EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MINISTRO DIAS TOFFOLI.

MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.360/RIO DE JANEIRO

Autos originais ACP nº 0093472-52.2020.8.19.0001 (Suspensão de Execução 0047950-05.2020.8.19.0000 e Agravo de Instrumento nº 0033809-78.2020.8.19.0000)

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE ACOLHE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA.
I. A INCOMPETÊNCIA DO STF PARA ANALISAR PEDIDOS DE CONTRACAUTELA FRENTE ÀS DECISÕES QUE CONCEDEM EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO CONTRA AS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO RELATOR. RECURSO ESTE APRECIADO PELO MESMO TRIBUNAL. COMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA DA CORTE LOCAL PARA EXAME DO REQUERIMENTO, O QUE FORA REALIZADO, E NÃO HOUVE INSURGÊNCIA DO ENTE PÚBLICO POR MEIO DE AGRAVO.
II. A INEXISTÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO:
II.1. A AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELO ENTE DE DIREITO PÚBLICO
II.1.1. DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE ESTUDANTES. DIREITO À PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIRETRIZES DA UNIVERSALIDADE E DO ACESSO IGUALITÁRIO.
II.1.2. A OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR DURANTE A PANDEMIA. POLÍTICA PÚBLICA COM ASSENTO NA CONSTITUIÇÃO. PROGRAMA SUPLEMENTAR DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR DE EXECUÇÃO OBRIGATÓRIA. OFERTA DE ENSINO REMOTO, EM CARATER SUBSTITUTIVO, PARA REDE DE ENSINO ESTADUAL. IMPOSIÇÃO, PELO PARLAMENTO FEDERAL, DE UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS PARA ATENDER A ESSA FINALIDADE, CONCEDIDA DURANTE O PERÍODO DE CALAMIDADE. INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE.
II.1.3. A INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AUSÊNCIA DE MARGEM DE APRECIAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR QUANTO À REALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA. ILEGALIDADE DA OMISSÃO.
II.2. A AUSÊNCIA DE RISCO À ECONOMIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO GENÉRICA.
II.2.1. INOPONIBILIDADE DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL: DA PREVALÊNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA, DE QUE DECORRE A DESTINAÇÃO PRIVILEGIADA DE RECURSOS. ART. 227 DA CF/88 E ART 4, § ÚNICO DA LEI 8.069/90.
II.2.2. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA AUSÊNCIA DE RECURSOS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS BALANCETES E EVOLUÇÃO ORGAMENTÁRIA.

II.2.3. DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO FINANCEIRO. DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL E ORÇAMENTÁRIA.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, instituição essencial à justiça, vem, por meio da Coordenação de Infância e Juventude, nos autos desta *Suspensão de Liminar* manejada pelo **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, à presença de V. Ex.ª, com fulcro no art. 4.º, § 3.º da Lei n.º 8.437/1992, e art. 297, § 2.º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), interpor recurso de

AGRAVO REGIMENTAL

contra a decisão proferida em 01 de setembro de 2020, que suspendeu os efeitos da decisão que concedeu liminar nos autos da **ACP nº 0093472-52.2020.8.19.0001**, confirmada na Suspensão de Execução 0047950-05.2020.8.19.0000 e no Agravo de Instrumento nº 0033809-78.2020.8.19.0000.

Diante do exposto, requer a V. Ex.ª seja reconsiderada a decisão agravada ou, caso assim não se entenda, sejam os autos submetidos a exame do plenário do STF, ocasião em que confia que seja dado provimento a este recurso.

Nesses termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2020.

RODRIGO AZAMBUJA MARTINS
Defensor Público
Mat. 969.581-8

DANIELA MARTINS CONSIDERA
Defensora Pública
Mat. 852.781-4

RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL

Agravante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Estado do Rio de Janeiro

Suspensão Liminar n.º 1.360 -RJ

Autos originais: 0093472-52.2020.8.19.0001

I. BREVE HISTÓRICO DO FEITO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Exm.º Sr. Presidente deste STF, Ministro Dias Toffoli, que analisou requerimento de suspensão de liminar formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, e suspendeu a decisão que deferia tutela antecipada nos autos **0093472-52.2020.8.19.0001.**

Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pela Defensoria Pública, ora Agravante, pleiteando que o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro sejam compelidos, liminar e definitivamente, a assegurar o direito à alimentação escolar de todos os alunos da sua rede pública que tiveram as suas aulas suspensas em razão da pandemia da Covid-19, podendo fazê-lo por meio de distribuição de gêneros alimentícios e/ou transferência de renda (#2).

O Juízo de primeira instância determinou, sob pena de multa, que:

> "1) Realizem o fornecimento de alimentação para todos os seus alunos da educação básica das redes públicas do Município e do Estado do Rio de Janeiro, seja com a distribuição de gêneros alimentícios ou com transferência de renda, correspondentes ao número de refeições normalmente realizadas na escola para suprimento das necessidades nutricionais diárias para o seu desenvolvimento sadio; 2) Esclareçam a comunidade escolar acerca da transferência de renda e/ou da distribuição dos gêneros alimentícios, com a indicação dos dias, horários e locais nos quais os responsáveis poderão comparecer para retirá-los, sempre observando as

> medidas sanitárias aplicáveis; 3) No caso de suspensão do transporte coletivo e/ou na impossibilidade dos pais ou responsáveis legais retirarem os itens, realizem a distribuição dos gêneros alimentícios na residência do estudante ou núcleos próximos à residência; 4) Promovam a publicidade da atuação com estrita observância ao disposto no art. 8.º da Lei nº 12.527/2011;"

Essa decisão foi mantida por duas vezes: a *primeira* pelo Desembargador Gilberto Clovis Farias Matos, ao negar o efeito suspensivo no agravo de instrumento interposto pelo ERJ; e a *segunda* pelo Desembargador Claudio de Mello Tavares, Presidente do TJRJ, tendo este apresentado fundamentação a respeito da impossibilidade de que a efetivação de direitos fundamentais fique subordinada à avaliação meramente discricionária da Administração Pública.

Irresignado, o Estado do Rio de Janeiro, requereu a este e. STF a suspensão da execução da liminar (#1), argumentando, em síntese, que as decisões impugnadas configuram "risco de grave lesão à ordem pública e às finanças públicas", pois "afetam as escolhas discricionárias [...], bem como implicarão em ofensa às normas constitucionais, orçamentárias e financeiras, e ainda sustenta que a decisão do TJRJ viola o postulado da separação dos Poderes, com risco de grave lesão à ordem administrativa e à economia".

Em seguida, a Presidência deste STF suspendeu a referida decisão liminar, sob o fundamento que, em que pese a relevância do direito à alimentação, a crise sanitária do novo coronavírus atingiu o funcionamento das instituições e não cabe ao Poder Judiciário substituir aos gestores responsáveis pela condução do ente federativo respectivo.

Ocorre que a decisão agravada, com a devida vênia, não merece prosperar, devendo ser reconsiderada ou, caso assim não se entenda neste momento, cassada ou, subsidiariamente, reformada, como se passa a demonstrar.

II. DA IMPOSITIVA CASSAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA

A violação ao princípio do contraditório. Comparecimento espontaneo do interessado com exposição de argumentos contrários à suspensão da decisão. Manifestação da parte absolutamente desconsiderada pelo órgão julgador. Violação do art. 93, IX da CF/88.

De plano, convém assentar que a decisão recorrida é nula, por ausência de fundamentação.

Com efeito, ao ter conhecimento do pedido de suspensão de liminar apresentado, a parte interessada apresentou longo arrazoado e juntou diversos documentos que, em sua visão, contra-indicavam a concessão da contracautela deferida.

Muito embora não tenha a presidência deste STF facultado o contraditório ao interessado, como lhe seria permitido pelo art. 4, § 2º da Lei 8.437, fato é que, ao saber do requerimento, a Defensoria Pública exerceu o direito de petição, em defesa dos estudantes (coletividade que substituiu em legitimitade extraordinária), razão pela qual suas ponderações, ainda que não acolhidas, deveriam ter sido consideradas pela autoridade judicial.

Ocorre que a decisão agravada sequer menciona a existência da petição constante dos autos, e também não considera os argumentos apresentados, ainda que refutando-os. Chega-se à conclusão, portanto, que a mesma foi absolutamente ignorada, em violação ao princípio do contraditório, segundo o qual as partes têm o direito de verem seus argumentos considerados pelo julgador.

Resta, portanto, violado o art. 5º da CF/88, bem como o art. 93, IX da CF/88, e art. 7º do CPC 2015, afinal de contas, não foram refutados, ainda que brevemente, as alegações da Defensoria Pública, contrárias ao pedido de contracautela.

A decisao, portanto, deve ser anulada.

A Competência da Presidência do TJRJ para Suspender Decisão Monocrática Proferida por Desembargador Relator de Agravo de Instrumento. Interpretação dos arts. 12, § 1.º, da Lei n.º 7.347/1985 e Art. 4.º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 8.437/1992. Cabimento de Recurso de Agravo Interno. Precedentes do STF e STJ

Ademais, há que se atentar para o fato de que a decisão agravada incorreu em outro *error in procedendo*, uma vez que a competência para analisar eventual pedido de suspensão de liminar manejada contra a decisão proferida por Desembargador Relator de Agravo de Instrumento em trâmite em Tribunal de Justiça estadual compete à Presidência daquele tribunal.

No caso em tela, a ação originária é uma ação civil pública proposta perante a Vara de Infância e Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Contra a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, foi interposto agravo de instrumento pelo ERJ, no qual foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal pelo Desembargador Gilberto Clovis Farias Matos, relator do indigitado recurso. Ato contínuo, o ERJ apresentou requerimento de suspensão de liminar perante a Presidência do TJRJ, o qual foi negado. **Contra a citada decisão, também não foi interposto o agravo a que faz menção o art. 4,§ 3º da Lei 8.437.**

É, justamente, contra essa decisão que foi manejada a suspensão de liminar distribuída perante este Supremo Tribunal Federal. Todavia, certo é que o referido agravo de instrumento ainda não foi julgado pelo TJERJ, ainda se encontrando pendente de

julgamento pela Colenda 15.ª Câmara Cível. Tampouco foi julgado o agravo previsto no art. 4, § 3º da Lei 8.437 contra a decisão da e. Presidência do TJERJ.

Com efeito, ainda não cabe a interposição de recurso especial nem extraordinário, pois ainda não houve julgamento e não foi proferido qualquer acórdão. E também não é cabível novo pedido de suspensão ao STJ ou ao STF, à míngua da ausência de interposição de agravo interno contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão de liminar na Corte local.

Desse modo, não restou inaugurada a competência deste Supremo Tribunal Federal para apreciar o caso, nos termos do art. 12, § 1.º, da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e do art. 4.º, *caput* e § 1.º, 3º, 4º, 5º, todos da Lei n.º 8.437/1992:

> Art. 12. (...) § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.
>
> Art. 4.º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
> § 1° Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
> (…)
> § 3o Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.
> § 4o Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> § 5o É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4o, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

Assim, em não tendo havido apreciação exauriente da matéria pelo tribunal de origem e não cabendo ainda recurso extraordinário, a presente suspensão de liminar revela-se inadmissível. Trata-se de dar efetividade ao **princípio da colegialidade**.

Com efeito, o manejo da suspensão de liminar perante os tribunais constitucionais requer apreciação exauriente pelo TJ de origem, seja pelo julgamento do agravo de instrumento, ou do agravo interno contra a decisão da Presidência da Corte local.

A mesma conclusão pode ser extraída da firme jurisprudência deste Egrégio **Supremo Tribunal Federal**, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. DECISÃO LIMINAR PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA DE JURISDIÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUSPENSÃO DE SEGURANÇA APRESENTADOS SIMULTANEAMENTE **NA ORIGEM**. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RENOVAÇÃO DE REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO. **RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO**. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, Ag.Rg. na Suspensão de Liminar n.º 530-AM, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/09/2018, DJe-219 DIVULG 11-10-2018 PUBLIC 15-10-2018.)

Exatamente nesse mesmo sentido, tem-se a interpretação do **STJ** acerca dos referidos dispositivos de lei federal, conforme se verifica no precedente abaixo relatado pelo **Ministro Luiz Fux**, quando ainda integrava aquele tribunal:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. CABIMENTO. ART. 39 DA LEI 8.038/90. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE DAS DECISÕES.
> 1. É cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal.
> 2. Não obstante a inexistência de previsão, no Regimento Interno do Tribunal a quo, de recurso contra decisão indeferitória de liminar no mandado de segurança, esta Corte Superior consagrou o entendimento de que o art. 39 da Lei nº 8.038/90, que disciplina o cabimento do agravo interno contra decisão singular proferida por membro do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, deve ser aplicado, por analogia, aos demais tribunais pátrios.
> 3. "A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.038, de 1990.(MC 6566, Rel. Min. Teori Zavascki)"
> 4. A lei 8.038/90 prevê, no art. 39, o direito de a parte reiterar o pedido perante o próprio colegiado. Nestes casos, cabe à parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática através de agravo regimental, como forma de assegurar o princípio da colegialidade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões.

5.Recurso especial provido." (STJ, RESP 575938/SC; Relator Ministro Luiz Fux, DJ 16.08.2004).

Confira-se, ainda, diversos outros precedentes do **STJ** no mesmo sentido:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA RECURSAL EM APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO INAUGURADA. AGRAVO REGIMENTAL.
1. O entendimento já firmado nesta Corte no sentido de que incabível o pedido de suspensão de liminar concedida por Desembargador Relator em Agravo de Instrumento, ainda não apreciado o Agravo Interno ou o próprio Agravo de Instrumento pelo colegiado do Tribunal de origem, SL 63/RS (Leis nº 8.437/92, art. 4º, e § 5º; e nº 8.038/90, art. 25), se aplica à antecipação de tutela recursal concedida monocraticamente por Desembargador Relator em sede de apelação em ação civil pública.
2. A Constituição Federal é expressa em seu art. 105 ao estabelecer a competência original e recursal e os pressupostos de admissibilidade dos recursos para o STJ. Assim, a decisão proferida monocraticamente, em observância ao art. 577 do CPC, não desafia de imediato a interposição do recurso especial, ante o não esgotamento da instância pela ausência do oferecimento do agravo interno.
3. A alegação de que não interposto agravo interno por falta de previsão regimental na Corte local não é o bastante para que este tribunal conheça da Suspensão, devendo o agravo ser interposto para evidenciar, seja ofensa ao princípio do colegiado, seja o impedimento de acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Precedente.
4. Não se examina em pedido de suspensão lesão à ordem jurídica, erro de julgamento ou de procedimento, cuja análise deve se dar nas vias recursais ordinárias.
5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg na SLS 150 / MG (2005/0112326-4) Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, j. 20/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 92.)

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE DECISÃO SINGULAR QUE CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO INAUGURADA. LEI Nº 8.437/92, ART. 4º. LEI Nº 8.038/90, ART. 25.
1. Entendimento já firmado nesta Corte no sentido de que incabível o pedido de suspensão de liminar concedida por Desembargador Relator em agravo de instrumento, ainda não apreciado o agravo interno ou o próprio agravo de instrumento pelo colegiado do Tribunal de origem, SL 63/RS (Leis nº 8.437/92, art. 4º, e § 5º; e nº 8.038/90, art. 25).
2. A expressa vedação do Regimento Interno do Tribunal Regional quanto ao não cabimento de Agravo Interno da decisão que confere efeito suspensivo em Agravo de Instrumento não é o bastante para que esta Corte conheça da Suspensão, uma vez que o disposto em regimento interno não se sobrepõe à previsão legal. Precedentes.
3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg na SLS 116 / PA (2005/0054749-9), Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, j. 20/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 192.)

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA. (...)
II - Não configura usurpação de competência desta Corte a decisão de Presidente de Tribunal a quo que defere pedido de suspensão de liminar concedida monocraticamente por

> Desembargador em sede de agravo de instrumento, uma vez que desta decisão é cabível agravo interno, nos termos do art. 4º da Lei n° 4.348/64.
> III - Ademais, a reclamante interpôs agravo interno contra a decisão que suspendeu a liminar, recurso que ainda está pendente de julgamento no e. Tribunal a quo, não havendo, portanto, o esgotamento das instâncias ordinárias capaz de atrair a competência desta Corte.
> Reclamação improcedente. (STJ, Rcl 1397 / AM (2003/0086085-4), Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 01/07/2005, DJ 29/08/2005 p. 134.)

Veja-se que, no caso em tela, não só o agravo de instrumento encontra-se pendente de julgamento, como o ERJ sequer se dignou a interpor agravo interno contra a decisão proferida pelo Desembargador Relator, nem mesmo contra a decisão da Presidência do TJRJ (art. 4, § 3º da Lei 8.437). Salta aos olhos, portanto, que esta suspensão de liminar encontra-se sendo utilizada tal como se fosse um *sucedâneo recursal*, assoberbando esta Corte Constitucional com questão que poderia ter sido resolvida no Tribunal de origem.

Dessa forma, *além de violar claramente o referido dispositivo de lei,* o julgamento desta suspensão de segurança por este Tribunal Superior promoverá antecipação de julgamento, muito embora, depois, esse mesmo tribunal vá julgar recurso interposto contra o futuro acórdão a ser proferido[1].

Verifica-se, pois, que (i) a ausência de julgamento do recurso de agravo de instrumento na origem; e a (ii) ausência de julgamento de agravo contra a decisão da Presidência da Corte local, obstam o manejo de suspensão de liminar perante os Tribunais Superiores.

Sobre a necessidade de manejo da suspensão perante o Presidente do Tribunal de Justiça de origem, tem-se também o ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno:

> Na forma atual deste dispositivo, art. 4º, § 4º, da Lei 8.437/92, o novo ou o segundo pedido de suspensão só tem cabimento da decisão colegiada do Tribunal de segundo

[1] Nesse sentido, o STJ já decidiu: "é inviável o pedido de suspensão de liminar concedida por Desembargador Relator em Agravo de Instrumento, perante o Superior Tribunal de Justiça, caso não apreciado o Agravo de Instrumento no Tribunal de origem (Leis n. 8.437/92, art. 4º, § 5º; e n. 8.038/90, art. 25)" (AgRg na SL n. 63–RS, Relator Ministro Edson Vidigal)

> grau de jurisdição que, em última análise, nega o pedido originário, de competência monocrática do presidente do Tribunal respectivo (art. 4º, caput, da Lei 8.437/92). Dito de outro modo: mister que o órgão colegiado do Tribunal de segundo grau de jurisdição manifeste-se previamente sobre o ato presidencial (monocrático) que versa sobre o pedido de suspensão (art. 4º, caput, da Lei 8.437/92) para que haja possibilidade de cabimento do novo ou do segundo pedido de suspensão perante a presidência dos tribunais superiores. Mister que se esgote – antes do oferecimento do novo ou segundo pedido de suspensão às Cortes superiores – a instância 'ordinária'.(...) É verdade que, hoje, para o sistema das ações cautelares contra o Poder Público, **ao contrário do que se verificou no passado, é necessária a interposição do agravo do ato presidencial que nega o pedido de suspensão**. Somente após sua interposição é que se pode tentar chegar às Cortes superiores mediante o novo pedido de suspensão." (BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coordenadores]. Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 194.)

Logo, impõe-se o indeferimento liminar da suspensão de liminar manejada pelo ERJ, uma vez que (i) ainda não foi proferido acórdão no recurso de agravo de instrumento na origem, estando o recurso pendente de julgamento e não tendo sido inaugurada a competência dos Tribunais Superiores; e (ii) não foi interposto agravo interno contra a decisão do Desembargador Relator que negou o efeito suspensivo ao agravo de instrumento; (iii) não foi interposto agravo contra a decisão do Presidente do TJERJ, que negou o pedido de suspensão da liminar.

III. DA IMPOSITIVA REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

III.1. Da Ausência de Plausibilidade Jurídica dos Argumentos Apresentados pelo Ente de Direito Público

Muito embora os pedidos de suspensão de liminar não correspondam à sucedâneo recursal, sua análise deve ser calcada não apenas na possibilidade de a decisão que se busca ver suspendida causar lesão à ordem, saúde, segurança e economia pública, mas também na probabilidade do direito invocado.

Tal requisito se extrai do art. 4.º da Lei 8.437/1992, acima transcrito, ao mencionar a necessidade da presença de "*manifesto interesse público ou de flagrante*

ilegalidade", ao que se segue a conjunção aditiva "*e*" acrescida da expressão "*evitar grave lesão*".

A jurisprudência desse STF é uníssona em não dispensar o exame, para concessão da contracautela demandada pelo ente de direito público, da plausibilidade jurídica de seu pedido, afinal, seu objetivo é que não sejam executadas decisões ou sentenças suscetíveis de serem reformadas; e, portanto, **não há que se salvaguardar o improvável, ou seja, as defesas frívolas da Fazenda Pública.**

Sobre o tema, convém citar o decidido

> E M E N T A: I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: **sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do fumus boni juris que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante**. II. Distrito Federal: polícia civil e militar: organização e manutenção da União: significado. Ao prescrever a Constituição (art. 21, XIV) que compete à União organizar e manter a polícia do Distrito Federal - apesar do contra-senso de entregá-la depois ao comando do Governador (art. 144, § 6º) - parece não poder a lei distrital dispor sobre o essencial do verbo "manter", que é prescrever quanto custará pagar os quadros de servidores policiais: desse modo a liminar do Tribunal de Justiça local, que impõe a equiparação de vencimentos entre policiais - servidores mantidos pela União - e servidores do Distrito Federal parece que, ou impõe a este despesa que cabe à União ou, se a imputa a esta, emana de autoridade incompetente e, em qualquer hipótese, acarreta risco de grave lesão à ordem administrativa.
> (SS 846 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/1996, DJ 08-11-1996 PP-43208 EMENT VOL-01849-01 PP-00091)

No caso em exame, tem-se que a decisão monocrática incidiu em *error in judicando* em deixar de avaliar, ainda que perfunctoriamente, a (in)viabilidade das teses defensivas apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro, afinal dela expressamente consta que foi feita uma **análise perfunctória, para concluir que "a subversão da ordem administrativa vigente no Estado do Rio de Janeiro não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento estatal, que está sendo**

chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo para a manutenção das despesas correntes básicas do Estado."

Assim, ao deixar de avaliar a plausibilidade jurídica das defesas da Fazenda Pública na ação coletiva iniciada pela Defensoria Pública, a Presidência deste STF acabou por suspender, equivocadamente, a decisão que concedera a tutela de urgência, afinal é bastante improvável que o pedido formulado na ação civil pública seja julgado improcedente, senão vejamos.

III.1.1. Direito à Alimentação Escolar. Das Diretrizes da Universalidade e do Acesso Igualitário

No requerimento em análise, o ERJ argumenta que, diante da sua limitação de recursos e no exercício da sua discricionariedade, teve que eleger um critério para fornecimento da alimentação escolar das crianças, qual seja, destinar àquelas cujas famílias são inscritas no Cadastro Único e são beneficiárias do Bolsa Família. Tal argumentação foi sufragada pela presidência deste STF.

Todavia, conforme se passa a analisar, a premissa do Estado de que essa foi uma escolha legítima encontra-se manifestamente equivocada, haja vista que a Constituição da República e a legislação federal preveem que a alimentação escolar é um **direito de TODOS os alunos** e que deve ser assegurada **mesmo neste contexto de pandemia**. Não há, portanto, qualquer margem de apreciação à disposição do administrador para deixar de realizar essa política pública, tampouco escolher seus destinatários, já que a discricionariedade só encontra espaço quando há zonas de incerteza.

É o que se passa a demonstrar.

A alimentação compreende um dos direitos sociais que assegura o **mínimo existencial**, tendo papel relevante para efetivar o plano de nação estabelecido pelo Constituinte originário quando dispôs, como objetivo da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais (art. 3.º da CRFB).

Não à toa, encontra-se previsto no art. 6.º da Constituição da República e em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV), no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (art. 11.1), no Protocolo de São Salvador (art. 12).

Em sede infraconstitucional, o direito sob comento também encontra fundamento na Lei n.º 11.947/09, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar (SINSA), regido pelo **princípio da universalidade e equidade** no acesso à alimentação adequada, sem qualquer espécie de discriminação (art. 8.º); e reconhece a alimentação adequada como "*direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal*", impondo ao Poder Público o dever de criar "*políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população*" (art. 2.º).

Assim, por esse princípio da universalidade e equidade, salta aos olhos que o direito à alimentação adequada deve ser assegurado a <u>todos</u>, sem exceção. Afinal, desde o Iluminismo, consolidou-se que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com igual respeito e consideração.

Certo é que, conforme já reconhecido por **Daniel Sarmento**, no Brasil, ainda há passos a percorrer para efetivação da universalização da dignidade humana, o que se manifesta, por exemplo, na falta de acesso universal aos serviços públicos[2]. Mas, esse

[2] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana:* Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59-68.

cenário só impõe, ao Poder Público, um dever ainda maior de conceder condições reais para que os *subintegrados*[3] acessem os seus direitos fundamentais. Caso contrário, a dignidade se converterá no seu inverso, transformando-se em um veículo adicional para reprodução e reforço do *status quo* de hierarquias e assimetrias, consagrando privilégios para uns à custa do tratamento indigno dispensado a outros[4].

No que diz respeito às crianças e adolescentes, a efetivação desse direito à alimentação adequada é ainda mais premente, haja vista que, em razão da tenra idade, elas dependem de uma nutrição de qualidade para seu desenvolvimento físico, intelectual e cognitivo[5].

Foi-se o tempo, assim, em que se entendia que os aspectos genéticos eram primordiais para direcionar o crescimento da criança. Hoje, compreende-se que o ambiente no qual ela se insere e, sobretudo, a sua **nutrição adequada** são fatores preponderantes para o seu desenvolvimento. Com efeito, eventual desnutrição nesse período tão importante acarretará não só a perda de peso, mas afetará "*também o seu crescimento e desenvolvimento, criando consequências para a vida futura da criança, como, por exemplo, dificuldade na aprendizagem*"[6].

[3] Essa disfunção da nossa sociedade foi tratada por Marcelo Neves, por meio da formulação das categorias da *subintegração* e da *sobreintegração*. Os subintegrados não têm condições reais de acesso aos direitos fundamentais, permanecendo sujeitos ao poder do Estado e submetidos a toda forma de violência do seu aparelho repressivo. Por outro lado, os sobreintegrados possuem amplo acesso aos direitos e conseguem mobilizar e manipular o discurso constitucional em favor dos seus interesses, nem sempre legítimos. (NEVES, Marcelo. *Entre a subintegração e a sobreintegração:* a cidadania inexistente. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.
[4] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana:* Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 67.
[5] http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1674-8.pdf acessado em 06/05/2020
[6] FUNDAÇÃO ABRINQ. SAVE THE CHILDREN. *Saúde e Nutrição na Primeira Infância:* uma conversa com famílias e profissionais sobre atenção à saúde e nutrição da criança de 0 a 6 anos. v. 3. Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente: Recife, 2013. p. 16. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/abrinq/pctd_vol3_saude_nutricao_2013.pdf. Acesso em 07/05/2020.

Não é à toa, portanto, que a própria Convenção da Criança das Nações Unidas prevê que os Estados-parte devem adotar medidas destinadas a "*combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde, mediante, inter alia, aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental*" (art. 24, item 2, alínea *c*).

Com fundamento na indispensabilidade da alimentação na vida das crianças, o art. 208 da Constituição da República assegurou que "*O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) 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*". No mesmo sentido, tem-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação no seu art. 4.º, VIII[7].

Diante da importância da alimentação escolar para o desenvolvimento da criança, o legislador ordinário entendeu por bem em estabelecer como diretriz a **universalidade do atendimento** e o seu **acesso de forma igualitária**, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 11.947/2009:

> Art. 2.º. São diretrizes da alimentação escolar:
> III - a universalidade do atendimento aos alunos matriculados na rede pública de educação básica;
> VI - o direito à alimentação escolar, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social.

Assim, diante da indispensabilidade da alimentação escolar para assegurar o mínimo existencial da pessoa humana e da disposição expressa de que seu acesso deve

[7] Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
VIII - 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;

ser universal e igualitário, não há dúvidas de que ela deve ser assegurada a **todos os alunos**.

No mesmo sentido, foi realizada a seguinte recomendação por parte do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA): "*Que seja garantida a continuidade da alimentação escolar, por meio de distribuição de refeições ou equivalente em dinheiro, correspondentes ao* ***número normalmente realizadas na escola****, a* ***todos as/os alunas/os*** *da rede pública, em âmbito federal, estadual e municipal, adotando as medidas necessárias para evitar o contágio*", já anexado[8].

Não à toa, recentemente, a Defensoria Pública logrou êxito no deferimento de várias medidas liminares em ações civis públicas propostas contra diversos Municípios do Estado do Rio de Janeiro[9], algumas delas, inclusive, propostas em conjunto com o Ministério Público[10]. Aliás, a decisão que concede o efeito suspensivo foi precedida de manifestação favorável do *parquet* fluminense, já anexada a estes autos.

Verifica-se, portanto, que a alimentação escolar é uma política pública universal, devendo ser assegurada a todos alunos, nos termos da universalidade e do acesso igualitário previstos na Constituição e na legislação federal.

III.1.2. Da Obrigatoriedade de Fornecimento da Alimentação Escolar durante a Pandemia

[8] CONANDA. *Recomendações do CONANDA para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes durante a Pandemia do COVID-19.* Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em 06/04/2020.

[9] Foram deferidas medidas liminares contra os Municípios de Areal, Barra do Piraí, Belford Roxo, Cachoeiras de Macacu, Cabo Frio, Mendes, Itaocara, Paraíba do Sul, Queimados, São João de Meriti e Vassouras, além do próprio Rio de Janeiro.

[10] As ações civis públicas contra os Municípios de São João de Meriti (0010124-74.2020.8.19.0054) e Belford Roxo (0125755-31.2020.8.19.0001) foram propostas em coautoria com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Fixada a premissa de que a alimentação escolar é uma política pública regida pela universalidade e pelo acesso igualitário, há que se atentar para o fato de que, **ao contrário do alegado pelo Estado, se trata de direito que subsiste mesmo em um cenário de emergência sanitária, sobretudo quando aulas à distância vem sendo ministradas**.

NESSE PONTO, CONVÉM ESCLARECER QUE O ESTADO DO RIO DE JANEIRO ESTÁ OFERECENDO ATIVIDADES EDUCACIONAIS REMOTAS E COMPLEMENTARES, CONFORME AUTORIZADO PELA LEI 14.040. O PLANO PEDAGÓGICO APRESENTADO PELO ERJ FOI DEVIDAMENTE APROVADO PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO, POR TER ATENDIDO A DELIBERAÇÃO CEE 376/2020, CONFORME DOCUMENTO ANEXADO, **DE MANEIRA QUE AS HORAS-AULAS MINISTRADAS SERÃO COMPUTADAS DENTRE AQUELAS 800 HORAS QUE DEVEM SER LECIONADAS NO ANO LETIVO DE 2020.**

Ou seja, o Estado está realizando aulas em regime especial domiciliar, utilizando-se de tecnologia da informação e de material impresso entregue aos alunos, e pretende, inclusive, que tais atividades sejam computadas como horas-aula a seus estudantes, mas não está garantindo, de forma concomitante, a merenda escolar, em **violação escancarada do art. 208 da CF/88**, já que o programa suplementar de alimentação não vem sendo executado de forma universal.

Com efeito, é absolutamente contraditório que o ERJ esteja realizando atividades pedagógicas de maneira virtual e, por outro, não queira se desincumbir do seu dever constitucional de assegurar a alimentação escolar. Nada mais contraditório, ao se considerar que a alimentação escolar não é uma política assistencial; mas efetivo direito garantido a **todos** os alunos como condição primordial para assegurar uma **educação de qualidade.**

Em síntese, a situação concreta e ilegal é a seguinte: exige-se, *de um lado*, o esforço intelectual necessário para o aprendizado de **todos** os alunos; e, *por outro*, retira-se deles a alimentação indispensável para lhes assegurar vigor físico e mental para tanto.

Sem a garantia da alimentação escolar, o processo de ensino-aprendizagem resta absolutamente limitado e, quiça, inviabilizado, afinal: **QUEM APRENDE DE BARRIGA VAZIA?**

Além disso, o legislador federal editou uma lei em tempo recorde, com o objetivo de, justamente, regulamentar o referido direito neste contexto excepcional. Cuida-se da **Lei nº 13.987 de 07 de Abril de 2020** que acrescentou o **art. 21-A à Lei n.º 11.947/09**, e permitiu a distribuição imediata de gêneros alimentícios adquiridos com os recursos financeiros do PNAE.

Com efeito, o legislador fez uma escolha democrática de que, mesmo neste cenário de pandemia, é imprescindível que seja dada continuidade ao fornecimento da merenda escolar, o que deve ser cumprido pelo Poder Executivo.

Por óbvio, o direito à alimentação escolar, sua universalidade e seu acesso igualitário subsistem no contexto de pandemia – *caso contrário, o legislador sequer teria se preocupado em editar tal norma*, mais ainda quando o Estado oferta "ensino à distância" a seus alunos.

Logo, considerando que a atuação da Administração Pública em um cenário de crise permanece condicionada à observância do Princípio da Legalidade, não há como se desconsiderar toda a normativa constitucional e legal que impõe que o Agravado dê efetividade ao direito à alimentação escolar das crianças e adolescentes da sua rede de ensino.

Eventual entendimento em sentido contrário implicaria, por óbvio, em evidente violação ao **Princípio da Proteção Deficiente**, vertente do Princípio da Proporcionalidade (art. 5.º, LV, da CRFB), segundo o qual o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional.

Trata-se de imperativo constantemente observado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no seguinte arresto de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

> Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012)

O Princípio da Proteção Deficiente também foi aplicado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI n.º 3.112, ocasião em que ressaltou que:

> a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Assim, à luz dessas premissas**, a decisão de se manter a alimentação saudável de crianças e adolescentes estudantes da rede pública nesse período de propagação do vírus não é, repita-se, discricionária, porquanto se trata de uma ferramenta importante para o não adoecimento dessa parcela da população**. Pessoas bem alimentadas têm menos chances de desenvolver quadros gripais pela preservação da imunidade.

Aliás, esse é o escopo de se fornecer alimentação para crianças e adolescentes no ambiente das escolas públicas: garantir que um público que ostenta dificuldade

financeira para ter acesso à alimentação possa, a partir do fornecimento da mesma pelo Estado *lato sensu*, manter a sua capacidade de aprendizado preservada, possibilitando-lhe uma condição adequada para aprender e, por via reflexa, superar essa condição de vulnerabilidade.

Não à toa, é firme a jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU no sentido de que a alimentação deve ser assegurada mesmo em períodos de crise, tendo afirmado que, "*mesmo em locais onde o Estado enfrente limitações graves em termos de recursos, ora causados por um processo de ajuste econômico, pela recessão econômica, por condições climáticas ou por outros fatores, devem aplicar medidas para garantir que se cumpra o direito a uma alimentação adequada, em especial para grupos da população e indivíduos vulneráveis*" [11].

Destarte, verifica-se que o direito à alimentação escolar deve ser assegurado ainda mais neste período de emergência sanitária decorrente do novo coronavírus, e do fato de aulas à distância estarem sendo ministradas, impondo-se que o Estado *lato sensu* adote medidas para tanto.

III.1.3. Da Inexistência de Violação ao Princípio da Separação de Poderes. Da Ausência de Margem de Apreciação à Disposição do Administrador quanto à Realização da Política Pública. Da Ilegalidade da Omissão Municipal

Em sendo a alimentação escolar um direito universal, salta aos olhos que não merece prosperar a argumentação do ERJ acolhida na decisão agravada, no sentido de que, diante da sua limitação de recursos e no exercício da sua discricionariedade, teria feito uma escolha legítima ao eleger outras prioridades e fornecer a merenda a apenas algumas crianças cujas famílias são inscritas no Cadastro Único e são beneficiárias do Bolsa Família.

[11] COMITÊ DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Comentário Geral n.º 12:* Artigo 11.º (O Direito a uma Alimentação Adequada). Vigésima sessão, 1999.

Isso porque é regra básica, em matéria de Direito Administrativo, que a discricionariedade do administrador tem como baliza os exatos limites da lei, só encontrando espaço quando há as chamadas *zonas de incerteza*.

Assim, se a Constituição da República e a legislação federal preveem que a alimentação escolar é um **direito de todos**, não há qualquer margem de apreciação à disposição do administrador para deixar de realizar a política pública ou eleger poucos destinatários. A universalidade é, portanto, um **elemento vinculado** do ato administrativo, o que autoriza o controle judicial sem que seja necessário adentrar na conveniência e oportunidade do administrador.

Isso porque é regra básica, em matéria de Direito Administrativo, que a discricionariedade do administrador tem como baliza os exatos limites da lei, só encontrando espaço quando há as chamadas *zonas de incerteza*.

Assim, se a Constituição da República e a legislação federal preveem que a alimentação escolar é um **direito de todos**, não há qualquer margem de apreciação à disposição do administrador para selecionar os destinatários dessa política pública. A universalidade é, portanto, um **elemento vinculado** do ato administrativo, o que autoriza o controle judicial sem que seja necessário adentrar na conveniência e oportunidade do administrador.

Dessa forma, o fornecimento de cestas básicas a somente 79.301 (setenta e nove mil, trezentos e um) estudantes (Ofício ASJUR/SEEDUC n.º 524) evidencia uma **omissão ilegal** por parte do Estado do Rio de Janeiro, frente aos cerca de 661.600 alunos matriculados na sua rede de ensino (fl. 07 da inicial). A toda evidência, o fornecimento da alimentação escolar para apenas **11% (onze por cento!)** dos alunos viola, manifestamente, a universalidade e o acesso igualitário previstos na Constituição da República e na legislação federal.

Com efeito, a intervenção judicial no caso concreto não resvala em ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2.º da CRFB), mas se faz indispensável **(i)** diante da evidente ilegalidade da omissão estatal e **(ii)** do papel contramajoritário do Poder Judiciário.

Vale dizer: há muito tempo, o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2.º da CRFB) não mais é compreendido sob a ótica de Montesquieu, segundo o qual nenhum dos Poderes poderia exercer qualquer atribuição ou função que coubesse essencialmente aos demais.

Com os estudos de Madison, passou-se a entender que a absoluta separação dos poderes, na prática, não existe, já que, no plano dos fatos, um Poder acaba sempre exercendo a função do outro. Percebeu-se, também, que, em verdade, a concentração da função de legislar só com o Poder Legislativo; de administrar e gerir só com o Poder Executivo; e de julgar só com o Poder Judiciário acabava por ensejar, justamente, a concentração dos Poderes, que era o que se pretendia afastar quando dos estudos iniciais de Montesquieu.

Assim, passou-se a entender como imprescindível, para configuração de um **Sistema Republicano**, que fossem atribuídas funções típicas e atípicas a cada um dos três Poderes, permitindo-se um sistema de controle recíproco entre eles, evitando-se a referida concentração excessiva, ocasião em que se instituiu o **Sistema dos Freios e Contrapesos**.

Nesse sentido, à luz do Princípio da Inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, inciso XXXV, da CRFB), uma vez demonstrada a ilegalidade da omissão estatal e os prejuízos aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, isso já é o bastante para permitir a intervenção judicial e ensejar a procedência dos pedidos formulados nesta ação civil pública.

Ademais, no caso em tela, a intervenção se faz ainda mais necessária, diante do *papel contramajoritário* do Poder Judiciário, que deve ser exercido, segundo Luís Roberto Barroso, com base em dois fundamentos principais: "*a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos*"[12].

Com efeito, parte-se da premissa de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria (dimensão procedimental) e exige a incorporação de valores fundamentais (dimensão substancial), dentre eles, o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, de ser tratado com a mesma dignidade dos demais.

A intervenção do Poder Judiciário no caso em tela, portanto, significa dar concretude a esse pressuposto substancial da democracia e efetividade ao direito fundamental à alimentação adequada, possibilitando que essa *minoria* não fique alheia a uma política pública essencial para o seu livre desenvolvimento. Permite-se, pois, que essas crianças e adolescentes não fiquem desamparadas e entregues à própria sorte, o que não se coaduna com o projeto político estampado na Carta de 1988.

Logo, diante da previsão constitucional e legal da universalidade do direito à alimentação adequada e inexistindo discricionariedade quanto aos destinatários dessa política pública, impõe-se a intervenção deste Poder Judiciário para sanar a omissão ilegal da Administração Pública estadual e efetivar o direito fundamental à alimentação adequada dessas crianças e adolescentes.

Ademais, no caso em tela, a intervenção se faz ainda mais necessária, diante do *papel contramajoritário* do Poder Judiciário, que deve ser exercido, segundo **Luís**

[12] BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.* Revista Direito e Praxis. v. 9, n. 4 (2018).

Roberto Barroso, com base em dois fundamentos principais: "*a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos*"[13].

Com efeito, parte-se da premissa de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria (dimensão procedimental) e exige a incorporação de valores fundamentais (dimensão substancial), dentre eles, o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, de ser tratado com a mesma dignidade dos demais.

A intervenção do Poder Judiciário no caso em tela, portanto, significa dar concretude a esse pressuposto substancial da democracia e efetividade ao direito fundamental à alimentação adequada, possibilitando que essa *minoria* não fique alheia a uma política pública essencial para o seu livre desenvolvimento. Permite-se, pois, que essas crianças e adolescentes não fiquem desamparadas e entregues à própria sorte, o que não se coaduna com o projeto político estampado na Carta de 1988.

Logo, diante da previsão constitucional e legal da universalidade do direito à alimentação adequada e inexistindo discricionariedade quanto à implementação dessa política pública, autorizada por lei e com a indicação da fonte de recurso, impunha-se a intervenção deste Poder Judiciário para sanar a omissão ilegal da Administração Pública e efetivar o direito fundamental à alimentação adequada dessas crianças e adolescentes.

III.2. DA AUSÊNCIA DE RISCO À ECONOMIA PÚBLICA

[13] BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.* Revista Direito e Praxis. v. 9, n. 4 (2018).

Da Inoponibilidade do Argumento da Reserva do Possível: Da Prevalência do Mínimo Existencial e da Prioridade Absoluta das Crianças e Adolescentes.

Ademais, o Estado do RJ, em seu pedido de suspensão de liminar, pretende se escusar da efetivação do direito à alimentação escolar com base em argumentos orçamentários (queda da arrecadação e necessidade de dispêndio de mais recursos além daqueles originalmente previstos), defendendo-se com a "alegação da reserva do possível", o que sensibilizou a presidência deste STF ao conceder a contracautela.

III.2.1. Da Prevalência do Mínimo Existencial e da Prioridade Absoluta das Crianças e Adolescentes

De plano, o argumento não merece prosperar, diante de duas questões básicas: **(i)** a firme jurisprudência deste **Supremo Tribunal Federal** quanto à inoponibilidade da reserva do possível quando contrastada com o mínimo existencial[14]; e **(ii)** a prioridade absoluta das crianças e adolescentes.

No que tange ao primeiro ponto, veja-se que não se está pleiteando a efetivação de direito de caráter cosmético, acessório. Ao contrário, pretende-se que,

[14] Por todos: "A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A NOÇÃO DE "MÍNIMO EXISTENCIAL", QUE RESULTA, POR IMPLICITUDE, DE DETERMINADOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS (CF, ART. 1º, III, E ART. 3º, III), COMPREENDE UM COMPLEXO DE PRERROGATIVAS CUJA CONCRETIZAÇÃO REVELA-SE CAPAZ DE GARANTIR CONDIÇÕES ADEQUADAS DE EXISTÊNCIA DIGNA, EM ORDEM A ASSEGURAR, À PESSOA, ACESSO EFETIVO AO DIREITO GERAL DE LIBERDADE E, TAMBÉM, A PRESTAÇÕES POSITIVAS ORIGINÁRIAS DO ESTADO, VIABILIZADORAS DA PLENA FRUIÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS BÁSICOS, TAIS COMO O DIREITO À EDUCAÇÃO, O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, O DIREITO À SAÚDE, O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL, O DIREITO À MORADIA, O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E O DIREITO À SEGURANÇA. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV)." (STF, ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.)

simplesmente, o Estado do RJ seja compelido a fornecer comida (ou o dinheiro correspondente) para os alunos matriculados na sua rede de ensino.

Apesar da modicidade dos itens fornecidos, a sua distribuição é imprescindível para permitir que milhares de crianças e adolescentes saiam de uma condição de **fome** e de **desnutrição infantil.**

Assim, em um juízo de proporcionalidade, esse direito à alimentação escolar prepondera em relação à reserva do possível como forma de efetivar a dignidade humana dessas pessoas.

Além disso, a prioridade absoluta destinada às crianças e adolescentes (art. 227 da CRFB[15]; art. 4.º[16] do ECA) significa que o Estado Brasileiro deve direcionar, primariamente, todos os seus esforços e políticas para o atendimento dos direitos da população infanto-juvenil. A ele não cabe, em casos tais, meras desculpas embasadas em falta de recursos financeiros. Afinal de contas, de nada adianta a previsão constitucional de prioridade se esta não for **efetivamente absoluta**.

Assim, nos termos do par. único do art. 4.º do ECA, as crianças e adolescentes gozam de destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas de proteção à infância e à juventude; além de terem direito à precedência de atendimento nos serviços públicos e

[15] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[16] Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (g.n.).

preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas.

Não à toa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à preponderância da prioridade absoluta em detrimento do argumento da reserva do possível, *in verbis*:

> DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. (...) 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. (...) 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. (...) (STJ, RESP 577836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 21/10/2004).
>
> Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá, constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da federação e da república, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais (STJ, RESP 575280- SP, 01ª Turma, j.02.09.2004, rel. Min. Luiz Fux).

Dessa forma, em tendo o Poder Público o dever constitucional de efetivar os direitos das crianças com absoluta prioridade, eventual alegação de ausência de recursos é inidônea para afastar a condenação do ERJ a garantir a alimentação escolar.

III.2.2. Da Ausência de Comprovação de Efetiva Ausência de Recursos

Além desses dois argumentos, diante das razões tecidas pelo ERJ, faz-se necessário esclarecer a insuficiência dos números apresentados pelo Estado do Rio de Janeiro em seu recurso.

A uma, já ao início do requerimento, salta aos olhos o equívoco cometido pelo Estado ao descontar 30% (trinta por cento) dos recursos federais, sob a alegação de que se trataria de parcela destinada à agricultura familiar.

Nada mais equivocado.

De fato, o art. 14 da lei n.º 11.947/2009 estabelece que 30% (trinta por cento) dos recursos provenientes do PNAE deverão ser destinados à agricultura familiar. Entretanto, *apesar do que o Estado quer dar a entender*, não se trata de uma simples doação à agricultura familiar; ao contrário, tais recursos deverão ser utilizados para compra de gêneros alimentícios adquiridos da agricultura familiar.

Confira-se a redação do dispositivo legal:

> Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.
> § 1o A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.
> § 2o A observância do percentual previsto no caput será disciplinada pelo FNDE e poderá ser dispensada quando presente uma das seguintes circunstâncias:
> I - impossibilidade de emissão do documento fiscal correspondente;
> II - inviabilidade de fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios;

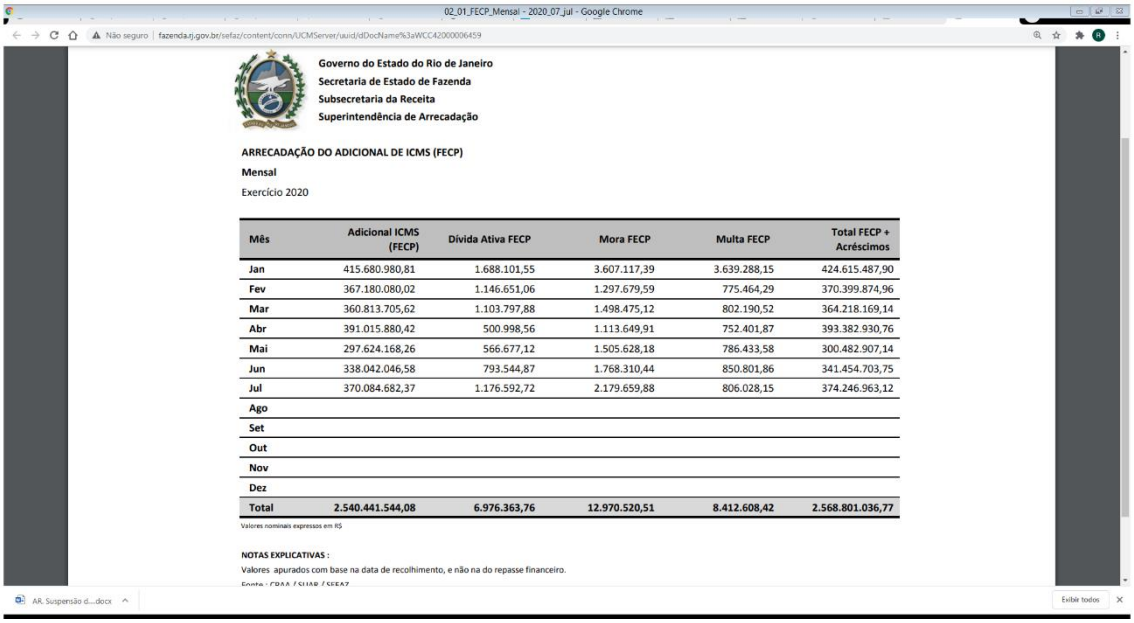
III - condições higiênico-sanitárias inadequadas.

Com efeito, é absolutamente equivocado, com a devida vênia, que o Estado desconte o valor de 30% (trinta por cento) dos recursos federais para justificar que não há recursos para a alimentação escolar. Como visto, não se trata de uma quantia "perdida", mas de dinheiro que deverá ser empregado, justamente, para a compra de gêneros alimentícios que, depois, deverão ser destinados às crianças.

Não há qualquer razão lógica, portanto, para se descontar esse valor do montante disponível para a alimentação escolar, pois, segundo a própria lei federal prevê, ele deverá ser utilizado para compra de alimentos. A única distinção em relação aos outros 70% (setenta por cento) decorre do fato de que, no que toca àquela parcela (30%), a compra dos gêneros **deve** ser feita dos agricultores familiares; ao passo que, nessa parcela (70%), o ente federativo está livre para comprar de qualquer fornecedor, observadas as regras de licitações e contratos.

A duas, porque o simplório cálculo aritmético realizado pelo Estado desconsidera outros recursos financeiros que se encontram disponíveis para execução da política pública em apreço.

É o caso, justamente, da receita contida no Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECP), que contava com uma arrecadação acumulada de R$ 2.568.801.036,77, conforme documento já anexado aos autos.



02_01_FECP_Mensal - 2020_07_jul - Google Chrome

Não seguro | fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3aWCC4200006459

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Superintendência de Arrecadação

ARRECADAÇÃO DO ADICIONAL DE ICMS (FECP)

Mensal

Exercício 2020

Mês	Adicional ICMS (FECP)	Dívida Ativa FECP	Mora FECP	Multa FECP	Total FECP + Acréscimos
Jan	415.680.980,81	1.688.101,55	3.607.117,39	3.639.288,15	424.615.487,90
Fev	367.180.080,02	1.146.651,06	1.297.679,59	775.464,29	370.399.874,96
Mar	360.813.705,62	1.103.797,88	1.498.475,12	802.190,52	364.218.169,14
Abr	391.015.880,42	500.998,56	1.113.649,91	752.401,87	393.382.930,76
Mai	297.624.168,26	566.677,12	1.505.628,18	786.433,58	300.482.907,14
Jun	338.042.046,58	793.544,87	1.768.310,44	850.801,86	341.454.703,75
Jul	370.084.682,37	1.176.592,72	2.179.659,88	806.028,15	374.246.963,12
Ago					
Set					
Out					
Nov					
Dez					
Total	2.540.441.544,08	6.976.363,76	12.970.520,51	8.412.608,42	2.568.801.036,77

Valores nominais expressos em R$

NOTAS EXPLICATIVAS :

Valores apurados com base na data de recolhimento, e não na do repasse financeiro.

AR. Suspensão d....docx

Exibir todos

Recentemente, neste contexto de emergência sanitária decorrente do novo coronavírus, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) aprovou a **Lei n.º 8.768/2020**, que autoriza a utilização dos recursos do referido fundo para a distribuição de kits merenda/bolsa auxílio aos estudantes da rede pública:

> Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder bolsa-auxílio para as famílias responsáveis por estudantes da rede pública de ensino, que tenham as aulas suspensas, por antecipação ou ampliação do recesso escolar, decorrentes de medida de contenção de epidemias virais, inclusive do CORONA VÍRUS - COVID-19.
> Parágrafo único. As bolsas de auxílio terão o valor mínimo de uma cesta básica por estudante, atualizado conforme o piso do salário mínimo nacional.
>
> Art. 2º A bolsa-auxílio deverá ser concedida enquanto durar as medidas de contenção de que trata o caput do art. 1º.
> Parágrafo único. Fica o Poder Executivo autorizado a realizar distribuição de cestas básicas, em caráter emergencial, para as famílias de estudantes da rede pública de ensino a partir do estoque de alimentos das escolas ou direcionados para a alimentação das mesmas.
>
> Art. 3º <u>As despesas resultantes da aplicação da presente Lei correrão à conta dos recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECP, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares</u>.
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sobre o tema, lembre-se que o FECP é um fundo especial, isto é, um produto de receitas especificadas que são afetadas a uma finalidade especial, sendo certo que a sua instituição ocorre por meio de lei. No que toca especificamente ao FECP, trata-se de um fundo com "*o objetivo de viabilizar a todos os fluminenses acesso a níveis dignos de subsistência visando à melhoria de qualidade de vida*" (art. 1.º, *caput*, da Lei Estadual n.º 4.056/2002).

Dessa forma, em tendo havido alteração legislativa recente que autoriza a vinculação dessa receita ao fornecimento de bolsa auxílio ou cestas básicas para as famílias dos estudantes da rede pública de ensino, verifica-se que os valores do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECP) estão à disposição do Poder Público para efetivar a política pública em pauta.

Isso, mais uma vez, evidencia o equívoco dos cálculos aritméticos realizados pelo ERJ, havendo outros recursos disponíveis além da matemática apresentada em suas razões.

O ERJ diz que não pode fazer uso desses recursos para fazer frente às despesas com programas suplementares de alimentação escolar, sob o argumento de que o FECP é composto da receita de impostos.

NADA MAIS EQUIVOCADO.

Segundo a CF/88, a vedação é do computo das despesas com merenda escolar nos 25% da receita proveniente de impostos. Nada impede que o recurso proveniente da arrecadação de impostos seja utilizado para fazer frente a esse gasto público, desde que não computado nos 25% para manutenção e desenvolvimento do ensino.

A três, porque, se não bastassem os argumentos anteriores, o cálculo do ERJ, mais uma vez, não pode ser considerado, na medida em que partiu da premissa de que cada cesta básica tem valor de R$ 81,00 (oitenta e um reais).

Ora, apesar das boas intenções do administrador, fato é que outros entes públicos conseguiram orçar e adquirir "kits merenda" em valor inferior. Por exemplo, o Município de Campos dos Goytacazes está fornecendo cestas básicas para todos os seus alunos e comprou cada uma no valor de R$ 47,88 (quarenta e sete reais e oitenta e oito centavos) (fl. 122/123 dos autos originários). Do mesmo modo, o Município de São Gonçalo comprou kits merenda no valor de R$ 34,80 (trinta e quatro reais e oitenta centavos).

Ademais, em agosto, foi firmado com o Município do Rio de Janeiro um termo de ajustamento de condutas para que fossem fornecidos cartões alimentação aos alunos da rede municipal, no valor de R$ 54,25, conforme documento já anexado.

É possível ao agravante, portanto, por força do princípio da **economicidade** montar e adquirir "kits merenda", correspondente ao número de refeições que fazia o aluno na escola, por valor bastante inferior ao anunciado, e assim assegurar a universalidade da medida. Experiências outras comprovam essa assertiva.

Desse modo, salta aos olhos que, além de existirem recursos financeiros omitidos nas razões do ERJ, fato é que também há uma série de opções colocadas à disposição do administrador estadual para executar a política pública de forma universal e que, igualmente, atenda às necessidades nutricionais dos alunos.

Não é demais lembrar, nesse ponto, que, da noite para o dia, o cidadão brasileiro perdeu o seu emprego, o seu salário e passou a ter que viver com os meros R$ 600,00 (seiscentos reais) fornecidos pelo Governo Federal. O Estado do Rio de Janeiro,

portanto, pode perfeitamente também se adaptar e realizar a política pública em comento com os bilhões que possui em seu orçamento, sem que, contudo, deixe de atender a todos os alunos.

Administrar recursos escassos é uma realidade enfrentada não só pelo gestor, mas também pela população fluminense e pessoas jurídicas de direito privado, a exigir – de todos – a habilidade e maleabilidade indispensáveis para continuar fazendo frente às suas respectivas necessidades.

Por outro lado, não se pode perder de vista que as cestas básicas são compostas de alimentos extremamente simples (v.g., arroz, feijão, farinha, sal). Assim, apesar de serem imprescindíveis para que muitas pessoas saiam da condição de fome, haverá casos em que as famílias poderão não precisar tanto de tais kits e deixarão de se deslocar. Diante do contexto atual, depreende-se que só quem está vivendo em condição de miserabilidade e está precisando muito se deslocará para buscar o seu kit alimentação..

Essas constatações desconstroem a premissa e o cálculo aritmético apresentado pelo do Estado do Rio de Janeiro. A mera afirmação de que não há recursos – fundada em uma multiplicação do número de alunos pelo valor de cada cesta básica comprada (muito superior às aquisições de outros entes)– é, por demais, simplória, frente à complexidade da realização desta política pública e a turbulência humanitária que vivemos.

Não à toa, ciente de que não seriam todas as famílias que buscariam as cestas básicas, o Município de Curitiba deu mais um excelente exemplo de boa governança: antes da distribuição, foi feita pesquisa com os alunos e suas respectivas famílias, objetivando apurar aqueles que, de fato, iriam buscar as respectivas cestas, evitando desperdício de recursos / gêneros alimentícios e atendendo ao Princípio da Eficiência da Administração Pública. O mesmo procedimento foi adotado no Município de Itapeva, SP.

Trata-se, pois, de mais uma forma colocada à disposição do gestor do Estado do Rio de Janeiro para, sem perder a universalidade do atendimento, evitar o desperdício de alimentos e, consequentemente, reduzir o volume de recursos públicos despendidos.

Nesse sentido, lembre-se que o monitoramento de políticas públicas é essencial para promoção real dos direitos fundamentais e a primeira etapa dessa dinâmica ocorre, justamente, antes da execução da política pública: ao concebê-la, é fundamental que os agentes públicos se valham de informação acerca de qual é o problema que se pretende enfrentar e a sua respectiva dimensão.

Segundo **Ana Paula de Barcellos,** o cumprimento dessa primeira etapa é o que permite dimensionar os recursos necessários para enfrentar o problema e que, por via de consequência, o administrador faça uma escolha sobre a própria concepção da política que permita, ao menos em tese, que todos os que necessitam sejam contemplados:

> As duas primeiras etapas na dinâmica do monitoramento são prévias à execução das políticas públicas. Isso, porque, ao conceber uma política pública, os agentes públicos — sejam do Legislativo, do Executivo ou de qualquer outro órgão ou entidade estatal — devem, logicamente, valer-se de informação acerca de qual é o problema que a política pretende enfrentar e qual sua dimensão, bem como estabelecer quais as metas que se pretende atingir com a política proposta. Essas são duas questões bastante básicas, mas que podem ser bastante problemáticas e exigem enfrentamento.
>
> Conceber a política pública com base em informações acerca dos problemas e suas dimensões, para além de uma exigência lógica, é fundamental por ao menos duas razões jurídicas: a garantia da **igualdade** (art. 5o, *caput*) e a **redução das desigualdades** (art. 3o, III). Isso sem mencionar o debate da **eficiência** (art. 37, *caput* e art. 74, II), que não se enfrentará neste artigo em virtude da necessidade de limitar o escopo do estudo, e não por sua desimportância.
>
> Em primeiro lugar, a informação é necessária para que seja possível dimensionar os recursos necessários para enfrentar o problema o que, possivelmente, repercutirá na própria concepção da política e nas decisões a serem tomadas. Imagine-se, em um exemplo esquemático, que o problema a ser enfrentado é o tratamento de câncer de mama no âmbito do SUS, e que existam 5 opções terapêuticas possíveis, de custo variado. Avaliar a quantidade estimada de pacientes que fará uso do tratamento nos anos subsequentes, por exemplo, será essencial para que se possa quantificar o custo global da política e assim fazer uma escolha que permita, ao menos tem tese, que todas as mulheres com a doença tenham acesso ao tratamento, e não apenas algumas delas.

> Caso as decisões acerca de uma política pública não considerem informações sobre a dimensão do problema que ela pretende enfrentar, há um risco alto de violação da igualdade na fase da execução, já que a política não será capaz de atingir todos aqueles que deveriam ser por ela alcançados. Aparentemente, é o que acontece com parte importante das políticas de fornecimento gratuito de muitos medicamentos do SUS: as listas são generosas, como se viu acima, mas os medicamentos não estão disponíveis no sistema para boa parte da população que deveria recebê-lo, considerada a realidade epidemiológica do país.
>
> Adicionalmente, é provável que a política pública acabe por beneficiar sobretudo as camadas mais favorecidas da sociedade, que terão mais capacidade de influenciar os órgãos do Poder Executivo responsáveis pela execução da política — e, portanto, de obter prioridade no atendimento —, ou que tem maior facilidade de acesso ao Poder Judiciário, a fim de pleitear a adjudicação do que a política prometia, mas não foi entregue. Na realidade, como já se mencionou acima, como regra geral, sabe-se que as políticas públicas já beneficiam, primeiramente, os grupos mais privilegiados da sociedade, atingindo as camadas menos favorecidas apenas depois de algum tempo. É razoável supor que esse quadro se agrave, ainda, mais no caso de uma política que sequer considerou toda a demanda existente em sua concepção: o "depois" pode simplesmente não chegar, violando de forma ainda mais grave a isonomia. (BARCELLOS, Ana Paula. *Políticas públicas e o dever de monitoramento:* "levando os direitos a sério. *In:* Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.251-265. p. 257-258.)

Assim, no caso em tela, a informação sobre as famílias realmente interessadas em retirar as cestas básicas é essencial para que o Estado dimensione a amplitude da política pública e, por via consequência, tome decisões objetivando alcançar a todos, evitando violações ao Princípio da Igualdade.

Logo, diante de todos esses argumentos, evidencia-se que o Estado do Rio de Janeiro não comprovou que, de fato, não possui recursos orçamentários para fornecer a alimentação escolar para todos os alunos.

Não se desincumbiu, portanto, de ônus que é seu, enquanto réu e enquanto ente federativo responsável pela prestação positiva correspondente ao direito à alimentação. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, caso um Estado-parte defenda que as limitações dos seus recursos o impedem de facilitar o acesso à alimentação a aquelas pessoas que não são capazes de obter por si mesma, ele deve demonstrar que fez todos os esforços possíveis para utilizar os recursos de que dispõe:

> Caso um Estado Parte defenda que as limitações dos seus recursos o impedem de facilitar o acesso à alimentação a aquelas pessoas que não são capazes de a obter por si mesma, o Estado tem de demonstrar que fez todos os esforços possíveis por utilizar todos os recursos de que dispõe com o objectivo de cumprir, com carácter prioritário, essas obrigações mínimas. Esta obrigação resulta do artigo 2.o, n.º 1 do Pacto, no qual se obriga cada Estado Parte a tomar as medidas necessárias até ao máximo de recursos de que disponha, tal como assinalou anteriormente o Comité no n.º 10, do Comentário Geral n.º 3. Um Estado que alegue que é incapaz de cumprir esta obrigação por razões fora do seu controlo, tem a obrigação de provar que esse é o caso e que não conseguiu obter apoio internacional para assegurar a disponibilidade e acessibilidade dos alimentos necessários.[17]

Note-se que essa indisponibilidade financeira deve decorrer pela análise do orçamento geral do ente estatal, e não apenas das verbas que foram provisionadas para execução de determinada política pública. Caso contrário, nunca poderiam ser assegurados os direitos sociais, que se converteriam em promessas constitucionais inconsequentes.

Logo, por todas essas razões, eventual arguição de ausência de recursos financeiros para custeio da manutenção da alimentação escolar não merece prosperar, diante da preponderância do mínimo existencial, da prioridade absoluta das crianças e adolescentes, da existência dos recursos e da inexistência efetiva de prova da insuficiência orçamentária.

III.2.3. Da Ausência de Violação às Normas do Direito Financeiro

Ademais, não merece prosperar a argumentação, no sentido de que a decisão teria desconsiderado regras do direito financeiro, haja vista que, como demonstrado, a política pública em comento encontra-se prevista em lei e também há previsão orçamentária das despesas que deverão ser utilizadas para tanto.

[17] COMITÊ DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Comentário Geral n.º 12:* Artigo 11.º (O Direito a uma Alimentação Adequada). Vigésima sessão, 1999.

Nos tópicos anteriores, demonstrou-se, à exaustão, que a merenda escolar é um direito de todos os alunos que pode ser extraído da CRFB (arts. 6.º e 208, VII), da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV), do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (art. 11.1), do Protocolo de São Salvador (art. 12), da Convenção da Criança da ONU (art. 24, item 2, alínea c), da Lei n.º 11.947/09 (arts. 2.º e 8.º), que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar (SINSA), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4.º, VIII).

Além disso, no que se refere especificamente à questão orçamentária, tem-se a **Lei nº 13.987 de 07 de Abril de 2020** que acrescentou o **art. 21-A à Lei n.º 11.947/09**, e permitiu a distribuição imediata de gêneros alimentícios adquiridos com os recursos financeiros do PNAE; bem como a Lei n.º 8.768/2020, que autoriza a utilização dos recursos do FECP para a distribuição de kits merenda/bolsa auxílio aos estudantes da rede pública.

Salta aos olhos, portanto, que o que não falta, com a devida vênia, é autorização legislativa e orçamentária para execução da política pública em comento.

Por outro lado, eventual alegação de insuficiência dos recursos previstos já foi superada no tópico anterior, no qual se demonstrou, de forma contundente, que há recursos disponíveis e que o cálculo aritmético do ERJ foi simplório, diante das modificações legislativas; da existência de outras fontes de recursos não mencionadas nas razões do recurso; e da própria necessidade de uma boa governança e planejamento por parte do gestor.

Verifica-se, pois, que deve ser rechaçado mais esse argumento apresentado pelo Estado do Rio de Janeiro, diante da farta previsão legislativa e orçamentária para execução da política pública de alimentação escolar em favor de todos os alunos matriculados na rede de ensino.

III.3 -Do Evidente *Periculum in Mora*. Da Necessidade de Manutenção dos Efeitos da Decisão Liminar. Prejuízo à segurança alimentar de milhares de estudantes.

Há que se atentar também para o fato de que há *periculum in mora*, o que torna impositiva a manutenção da decisão que deferiu a tutela provisória, à luz do art. 995, par. único, do Código de Processo Civil.

É evidente o risco de dano irreparável ou de impossível reparação, caso a medida liminar seja revogada. Afinal, o tempo não volta, e crianças e adolescentes estão deixando de realizar suas refeições na escola, estando à mercê da própria sorte, muitos em situação de fome **e em condição hostil para o adequado aprendizado**.

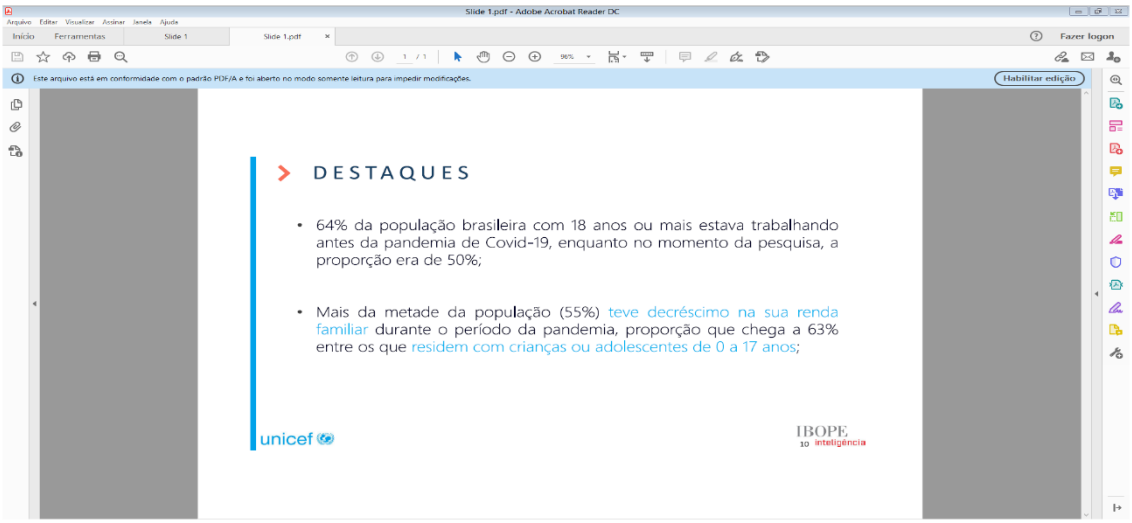
Ademais, é preciso destacar que, antes da propositura desta ação, a Defensoria Pública – *atenta à boa-fé objetiva* – expediu uma série de ofícios e recomendações com o objetivo de, justamente, solucionar a questão pela via extrajudicial. Todavia, o ente federativo se nega a atender as suas recomendações, evidenciando que inexiste qualquer intenção de conciliação.

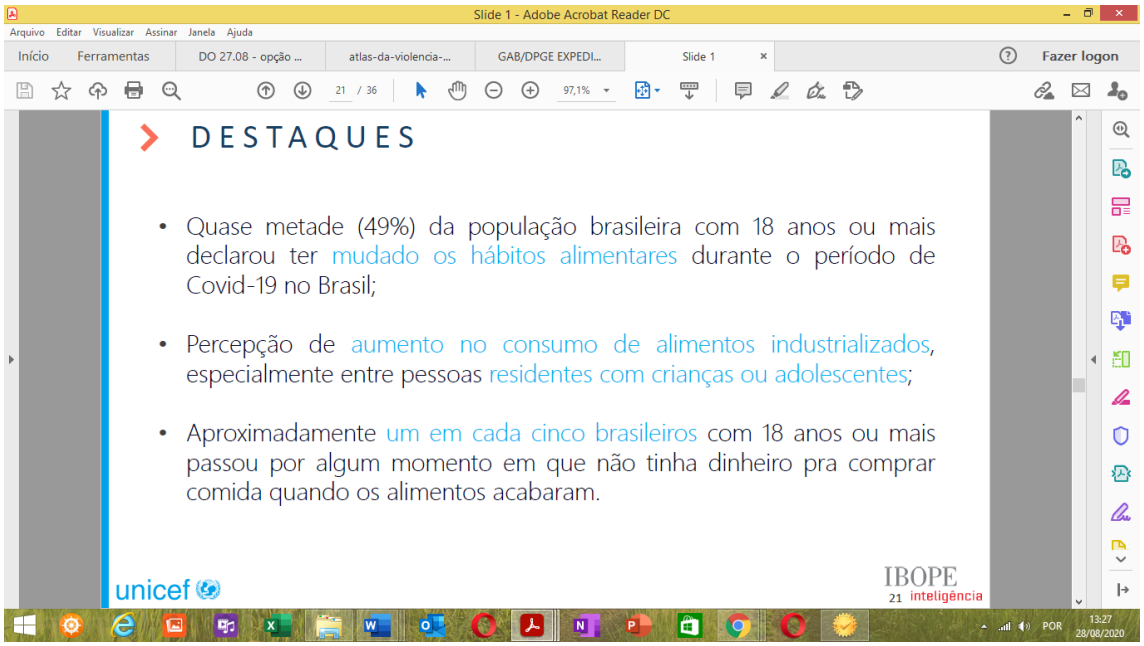
Aliás, mesmo após a decisão judicial – que foi proferida em 23/05/2020! –, o ERJ permaneceu inerte em assegurar a alimentação de todas as crianças e adolescentes, não tendo apresentado nos autos um único documento sequer que permita comprovar que a forneceu para os alunos vulneráveis, *muito menos para todos os alunos*, como determinado, **o que motivou a apresentação de requerimento de execução, cuja marcha processual foi suspensa face à decisão agravada**

Ademais, como visto, não é correto (i) desconsiderar 30% do valor total dos recursos, sob o argumento de que esse valor seria destinado à agricultura familiar, tal como se esse percentual não fosse ser utilizado, justamente, para compra de gêneros alimentícios que depois serão destinados às crianças; (ii) desconsiderar outras fontes de

recursos que se encontram disponíveis para serem utilizadas para efetivação da referida política pública, como o FECP e os recursos da pasta de assistência social; e (iii) utilizar uma cesta básica no valor de R$ 81,00 (oitenta e um reais) como base para o seu cálculo aritmético, sendo possível que o gestor adote medidas com vistas a comprar o kit merenda em um valor inferior, a exemplo das cidades de Campos dos Goytacazes e São Gonçalo.

Recente pesquisa da UNICEF, elaborada em conjunto com IBOPE (em anexo), em que se constatou queda generalizada na renda das pessoas, em especial aqueles com crianças em seu domicílio (63%); e informação de que 1 em cada cinco brasileiros "passou por algum momento em que não tinha dinheiro pra comprar comida quando os alimentos acabaram". Abaixo seguem os excertos que constataram essa triste realidade:





Impõe-se, portanto, indeferir o pedido de contracautela, com o provimento do presente agravo regimental.

IV. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a V. Ex.as:

(i) seja determinada a intimação pessoal da Defensoria Pública de todos os atos e termos praticados no bojo deste recurso, **inclusive da data da sessão de julgamento, a fim de viabilizar eventual sustentação oral**, com fundamento no art. 128, I, da LC n.º 80/94;

(ii) seja reconsiderada a decisão agravada para rejeitar o requerimento de suspensão da medida liminar deferida

(iii) subsidiariamente, caso não se entenda nos termos do item anterior, seja este agravo regimental levado à julgamento na próxima sessão,

onde confia no seu provimento, a fim reformar a decisão agravada, revogando-se a suspensão da execução da liminar deferida.

Nesses termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2020.

RODRIGO AZAMBUJA MARTINS
Defensor Público
Mat. 969.581-8

DANIELA MARTINS CONSIDERA
Defensora Pública
Mat. 852.781-4