



**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL/SP.**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu órgão de execução subscrito abaixo, com fundamento nos arts. 1º, 3º, 5º, LXXIV, §§ 2º e 3º, 6º, 134, 203 e 227, todos da Constituição Federal; c/c o art. 1º, IV, c/c o art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85; c.c os artigos 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente; c/c art. 5º, VI, "c" da Lei Complementar Estadual nº 988/2006, e o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio dos Promotores de Justiça signatários, integrantes do Grupo de Atuação Especial de Educação da Capital, com base nos artigos 127, 129, incisos II e III, da Constituição da República, artigos 3º, 4º, 5º, 11 e 12 da Lei nº 7347/85, e artigos 201, inciso V, e 224 da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido liminar

em face do **ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público interno, representada, nos termos do artigo 12, inciso I, do Código de Processo Civil, artigo 99, inciso I, da Constituição Estadual, e artigos 2º, inciso I e 6º, inciso V, da Lei Complementar nº 478/86, pela Procuradora Geral do Estado, oficiante à Rua



Pamplona, nº 227, 17º andar, Jardim Paulista, CEP: 01405-902, São Paulo – SP e **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, pessoa de direito público interno, a ser citada na Rua Maria Paula, n.º 270 - Bela Vista, São Paulo - SP, 01319-000, onde funciona a sede da sua Procuradoria-Geral, pelos motivos de fato e de direito expostos a seguir.

1. LEGITIMIDADE ATIVA

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo possui legitimidade prevista em lei para propor ação civil pública, conforme demonstração que segue.

Nesse sentido, a LC nº 80/94:

“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;”

A Lei Complementar nº 988/2006 previu, com a criação da Defensoria Pública, bem como suas competências a função de promover:

Art. 5º. São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

VI - promover:



c) tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

Ainda, cabe apontar que a própria Constituição Federal reconhece a função da Defensoria Pública de garantir a defesa dos direitos humanos em todos os graus, reconhecendo também seu caráter coletivo:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a **defesa, em todos os graus**, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais **e coletivos**, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (GRIFO NOSSO)

Da mesma forma, o art. 5º, II da Lei nº 7.347/85:

“Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

II - a Defensoria Pública;”

A legitimidade do Ministério Público decorre das normas constitucionais e infraconstitucionais consignadas no primeiro parágrafo desta inicial, merecendo destaque o artigo 127 da Lei Maior, que atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desse modo, indiscutível que se busca nesta demanda tutelar direitos de crianças e adolescentes, especialmente daquelas em maior situação de



vulnerabilidade, bem como realizar a defesa de direitos sociais à educação, saúde e alimentação (artigo 6º. Da Constituição Federal).

Inequívoca, portanto, a legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público para proporem ação que visa a tutelar referidos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente, no caso da Defensoria Pública, de população hipossuficiente.

2. DA INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA COM O PROCESSO Nº 1015254-36.2020.8.26.0053

Inicialmente, é importante esclarecer que se tem conhecimento da ação civil pública que tramita na 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital, sob o nº 1015254-36.2020.8.26.0053, proposta pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES) contra o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo.

Ocorre que não vislumbramos haver litispendência com tal demanda. Isso porque há litispendência quando temos uma ação idêntica já em curso, ou seja, com mesmas partes, causa de pedir e pedido.

No caso em tela, a causa de pedir e o pedido são diversos. Senão vejamos.

A ação proposta pela UBES tem como causa de pedir a suspensão das aulas em razão da pandemia causada pela transmissão do Covid-19 e a ausência de apresentação pelos demandados, à época, de solução para distribuição da merenda escolar para os alunos. O pedido, naquela ação, é o de condenação das rés em: (a) Promover, no prazo máximo de 48h contados da intimação da liminar, a regularização do fornecimento da merenda escolar e/ou do kit merenda, com mesmas características e condições daquelas fornecidas nas escolas, para todos os estudantes da rede pública afetados pela suspensão das aulas, dando ampla



divulgação ao fornecimento; (b) No mesmo prazo, iniciar estudos sobre a viabilidade da concessão de cestas básicas ou vale-alimentação que possam ser resgatados em uma única oportunidade, evitando assim a locomoção diária de estudantes ou seus responsáveis em busca do alimento; (c) Zelar pela distribuição dos alimentos perecíveis já adquiridos, a fim de evitar o desperdício de alimentos pela perda da validade de consumo; (d) Adotar as medidas de segurança necessárias para correta manipulação e distribuição dos alimentos, de acordo com as normas da Vigilância Sanitária e observados os métodos de prevenção ao contágio do Coronavírus; (e) Disponibilizar servidores públicos, não pertencentes ao grupo de risco, para trabalhar em regime de escala na distribuição das merendas escolares ou do seu equivalente aos estudantes ou aos seus responsáveis legais.

A causa de pedir da presente demanda, de forma diversa, diz respeito aos atos administrativos que regulamentam o fornecimento de alimentação escolar no período de suspensão excepcional das aulas presenciais, quais sejam, o Decreto Estadual nº 64.891/2020, do Governador João Doria, a Resolução Seduc nº 40, de 4/4/2020, do Secretária Estadual de Educação e a *Instrução Normativa nº 14/SME – DOC 02/04/2020*, da Secretaria Municipal de Educação, que sequer existiam à época da propositura da ação anterior, e suas inconstitucionalidades e ilegalidades a seguir explicitadas. O pedido, também não idêntico ao daquela outra ação, é a ampliação do direito reconhecido em referidas normas, conforme minuciosamente explicado nesta peça.

Assim, por medida de lealdade processual, comunica-se a ciência de outra ação coletiva em curso, salientando, todavia, a distinção de causas de pedir e pedidos. Não há que se falar, portanto, em litispendência.



3. DOS FATOS

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou como pandemia a disseminação da contaminação pela COVID-19, doença causada pelo novo Coronavírus.

Em decorrência disso e com o aumento do número de casos no Brasil, foi declarada Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), materializada na Portaria nº 188/2020 do Ministro de Estado da Saúde.

O Decreto Estadual nº 64.862/2020, do Governador do Estado de São Paulo, reconheceu tal situação e adotou medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio, dentre elas suspensão de aulas e eventos, evitando-se a aglomeração de pessoas, que foi alterado pelo Decreto Estadual nº 64.864/2020, para garantir que as aulas serão suspensas, **observada, em qualquer hipótese, a segurança alimentar dos alunos.**

O Decreto Municipal nº 59.283/2020, do Prefeito do Município de São Paulo, declara situação de emergência, em razão da pandemia do novo Coronavírus, e adota diversas medidas.

No dia 21 de março de 2020, foi publicado o Decreto Estadual nº 64.879, do Governador do Estado de São Paulo, que reconhece o **estado de calamidade pública** decorrente da pandemia do Covid-19.

Assim, as **aulas presenciais estão suspensas** integralmente nas redes estadual e municipal, desde 23 de março de 2020, **por tempo indeterminado.**

É certo também que, conforme notícias amplamente divulgadas nos sítios eletrônicos oficiais e em entrevistas concedidas pelos Chefes dos Poderes Executivos e seus respectivos Secretários, **o conteúdo pedagógico durante este período**



será ministrado à distância, sob a justificativa de menor prejuízo aos estudantes e cumprimento do calendário letivo, o que foi até regulamentado na esfera estadual.¹

Sabe-se que, ao mesmo tempo, foi decretada quarentena no Estado de São Paulo, conforme Decreto Estadual nº 64.864/2020 e Deliberação 2, de 23-3-2020, do Comitê Administrativo Extraordinário Covid-19, de que trata o art. 3º do Decreto citado e Decreto Municipal nº 59.298/2020. **Medidas estas que foram prorrogadas, por enquanto, até o dia 22 de abril do corrente ano.**

A situação trazida pela pandemia é multifacetária, com reflexos graves não só na esfera da saúde, mas também nas áreas social, econômica, trabalhista, afetando a todos e, com especial severidade, crianças e adolescentes.

Norteadas, sobretudo, pelo que prescreve o art. 227 da Constituição Federal, ao impor como dever da família, sociedade e do Estado *"assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio do Núcleo Especializado da Infância e Juventude, encaminhou Recomendação às Secretarias Estadual e Municipal de Educação.

Em referido documento, recomendou-se que as Secretarias adotassem todas as providências necessárias no sentido de continuar a oferta de

¹ Resolução Seduc, de 18/03/2020 e Deliberação CEE 177/2020

<https://www.educacao.sp.gov.br/destaque-home/educacao-sp-homologa-ensino-distancia-para-alunos-da-rede-estadual-no-periodo-de-suspensao-das-aulas/>

<https://www.educacao.sp.gov.br/destaque-home/educacao-sp-firma-parceria-com-o-amazonas-para-utilizar-aulas-para-o-centro-de-midias-sp/>

<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-estuda-medidas-que-serao-adoptadas-durante-periodo-de-suspensao-das-aulas>



alimentação a todos os alunos da rede pública que tiveram as aulas suspensas, **independente de as famílias serem beneficiárias de programas de transferência de renda e estarem em determinados cadastros**, da forma mais conveniente para a Administração Pública, mas que não gerasse ônus para as famílias (documento em anexo).

Foi elaborada com o intuito de solucionar a questão no âmbito extrajudicial, sendo devidamente endereçada aos Secretários Estadual e Municipal de Educação de São Paulo, através do meio eletrônico, em 18/03/2020. A presente recomendação não foi respondida pela Secretaria Municipal de Educação e, pela Secretaria Estadual, o foi em 31/03/2020, através do Ofício SEDUC-OFI-2020/43670-A (anexada).

Na resposta, a Secretaria da Educação do Estado informou que será criado o "*PROGRAMA MERENDA EM CASA, que visará atender o quantitativo estimado 700 (setecentos) mil estudantes matriculados na Rede Estadual de São Paulo, por meio de repasse, por esta Pasta, em convênio com a Secretaria Estadual de Assistência Social, no valor estimado de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) por estudante às suas famílias, para a compra de alimentos a partir do próximo mês de Abril/2020. Cabe ressaltar que os repasses serão oferecidos enquanto as aulas seguirem suspensas nas escolas, **beneficiando os estudantes cujas famílias estejam cadastradas no Programa Bolsa Família, bem como aqueles que vivem em condição de extrema pobreza, de acordo com o Cadastro Único do Governo Federal.***

Importante esclarecer que para a identificação dos alunos, haverá o cruzamento de dados entre as bases de Secretaria de Estado da Educação e da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, visando identificar alunos em extrema pobreza inseridos no Cadastro Único, sejam eles beneficiários do Bolsa Família ou não." (GRIFO NOSSO)

No dia 25/03/2020, a Defensoria Pública, através dos Ofícios nº 102/2020



e 103/2020, solicitou algumas informações referentes aos programas anunciados pelas Secretarias, como quantos alunos estão matriculados hoje na rede e quantos deles serão beneficiados com ajuda de custo citada e qual o valor da merenda escolar por aluno.

Em razão do anúncio do início das citadas medidas no mês de abril, pedimos que a resposta fosse enviada até 31/03, para que eventuais sugestões fossem feitas antes da implementação do programa.

A Secretaria Municipal de Educação respondeu em 03/04, esclarecendo que *"Assim sendo, a Administração Pública reconhecendo que a alimentação e a nutrição constituem requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde e de que por sua essencialidade deve ser prestada de forma contínua, especialmente diante da pandemia do coronavírus, de proporções incalculáveis, principalmente para aqueles em situação de maior vulnerabilidade, identificou a necessidade de contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração de benefício de auxílio alimentação, por meio de CARTÃO ELETRÔNICO COM CHIP E/OU TARJA MAGNÉTICA, a fim de efetuar repasse financeiro **para alunos regularmente matriculados na RME cadastrados no Bolsa Família**, como forma de suportar o custo da alimentação neste período em que está impossibilitado o oferecimento da alimentação escolar diretamente pelas unidades educacionais.*

(...)

Neste sentido, considerando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90 e pela Constituição Federal através dos artigos 208 e 227, houve a edição e publicação da Instrução Normativa nº 14/SME – DOC 02/04/2020 pag.9 para atendimento dos alunos matriculados na RME e de acordo com os requisitos estabelecidos na referida IN. Na data de 02/04/2020 começaram a ser entregues os cartões de vale alimentação, amplamente divulgado pela mídia especializada,



como forma de suprir a necessidade daquelas famílias em maior situação de vulnerabilidade, oferecendo a oportunidade de alimentação em casa, em substituição à alimentação escolar. Também precisamos deixar consignado de que muitos alunos da RME, considerando a situação de vulnerabilidade que se encontram, têm na alimentação escolar sua única e mais completa refeição, por isso, a SME, por intermédio da CODAE, não mede esforços para zelar pelo atendimento de qualidade da alimentação oferecida aos alunos da RME.” (GRIFO NOSSO)

Nesse sentido, o art. 1º, da Instrução Normativa nº 14/2020, da Secretaria Municipal de Educação:

“Art. 1º Garantir no âmbito do Programa de Alimentação Escolar (PAE) do Município de São Paulo, a transferência de recurso financeiro direcionado ao atendimento da alimentação dos bebês, crianças e estudantes regularmente matriculados nas Unidades Educacionais da Rede Direta e Parceira, **cadastrados no Programa Bolsa Família**, durante a situação de emergência declarada pelo Decreto municipal nº 59.283/2020, para enfren-tar a pandemia do Coronavírus - COVID – 19.” (GRIFO NOSSO)

A Secretaria Estadual até o momento não respondeu o documento, mas regulamentou a questão através do Decreto Estadual nº 64.891/2020, do Governador do Estado, e Resolução Seduc nº 40, de 4/4/2020, e ambos os instrumentos tem no seu artigo 2º a seguinte redação:

“Artigo 2º - O fornecimento de alimentação a que se refere o artigo 1º deste decreto será assegurado pela Secretaria da Educação, mediante pagamento de benefício financeiro ao responsável legal de alunos matriculados nas redes públicas estadual e municipais de ensino.



§ 1º - O responsável legal a que alude o "caput" deverá:

1. estar cadastrado no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, instituído pelo Decreto federal nº 6.135, de 26 de junho de 2007; ou
2. ser beneficiário do Programa Bolsa Família criado pela Lei federal nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004".

Também o Grupo de Atuação Especial de Educação, do Ministério Público de São Paulo, nos autos dos Inquéritos Cíveis 325/09 e 255/09, expediu ofícios, respectivamente, às Secretarias Estadual e Municipal de Educação de São Paulo, requisitando informações sobre a garantia do direito à alimentação escolar dos alunos de ambas as redes no período de suspensão excepcional das aulas, sugerindo a realização de crédito diretos aos responsáveis legais dos estudantes, de modo a evitar o trânsito de crianças, adolescentes e familiares e a aglomeração destes, e dos servidores, nos refeitórios das unidades de ensino (cópias anexas)

Não identificamos ainda, na Secretaria do Geduc, resposta ao ofício expedido à Secretaria Municipal de Educação. A Secretaria Estadual, informou, em síntese, o seguinte (doc anexo):

“Como resultado desses esforços, estão sendo elaborados e tramitados, com a urgência que o caso requer, normas para regulamentar PROGRAMA MERENDA EM CASA, instituído através do Decreto Estadual nº 64.891 de 30 de março de 2020, que visa atender 700 (setecentos) mil estudantes matriculados na Rede Estadual de São Paulo, em caráter excepcional e complementar, nas redes públicas municipais, por meio do repasse, por essa Pasta, de R\$ 55 (cinquenta e cinco) reais por estudante a suas famílias, conforme artigo 1º, parágrafo único e artigo 2º do mencionado dispositivo, para a compra de alimentos. Conforme se depreende, o



Decreto Estadual nº 64.891 dispõe sobre o atendimento de necessidade inadiável de alunos da rede pública estadual de ensino em situação de pobreza ou de extrema pobreza, conforme artigo 3º da norma em comento, no contexto da pandemia COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas. Cabe ressaltar que os repasses serão oferecidos aos estudantes matriculados na rede pública estadual de ensino cadastrados no Cadastro Único de que trata o Decreto Federal nº 6.135/2007 como situação de extrema pobreza ou, alternativamente, beneficiário do Programa Bolsa Família criado pela Lei Federal nº 10.836/2004, no período de suspensão das aulas de que trata o inciso II, do artigo 1º, do Decreto nº 64.682/2020, com redação dada pelo Decreto nº 64.684/20. Dessa forma, o fornecimento da alimentação escolar para os alunos a que se refere o Programa será mediante repasse financeiro realizado pela Secretaria de Desenvolvimento Social ao seu responsável legal, que poderá receber o benefício financeiro por meio de cartão magnético, saque em caixa eletrônico, aplicativo móvel de pagamentos ou solução tecnológica correlata, na forma de resolução a ser publicada do Secretário da Educação. Forçoso reprimir que o Programa Merenda em Casa irá atender 700.000 (setecentos mil) alunos, por meio do repasse mensal total de R\$ 40,5 milhões.”

Assim, consideradas as informações prestadas ao Geduc e à Defensoria Pública, temos que **ambas as Secretarias fornecerão alimentação escolar para um grupo limitado de alunos**. A Secretaria Municipal para os alunos que recebem Bolsa Família e a Secretaria Estadual para estes e também para os alunos inscritos no Cadastro Único.



Ainda que louváveis os esforços realizados pelas Pastas Estadual e Municipal da Educação, mostram-se inconstitucionais e ilegais as limitações impostas nas citadas normas, com indevida restrição do **direito à alimentação escolar apenas aos alunos das redes públicas que recebam Bolsa Família ou que estejam inscritos no Cadastro Único. É esse o ponto central da lide.**

4. DO DIREITO

É fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, artigo 1º., III, da Constituição.

São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de sociedade solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, artigo 3, I e III da Constituição Federal.

Educação e alimentação, como dito, são direitos sociais constitucionalmente assegurados, conforme artigo 6º. Da Lei Maior.

O artigo 208 da Constituição Federal dispõe que o **dever do Estado** com a educação será efetivado mediante garantia de "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**", (artigo 208, VII, CF).

O artigo 212 da Constituição prevê fontes de financiamento para os programas de alimentação escolar e o artigo 227 da mesma norma, além de consignar a absoluta prioridade na garantia dos direitos de crianças e adolescentes, reafirma, como seus direitos fundamentais, a alimentação e a educação.



É nesse quadro Constitucional de absoluta prioridade e de estreita vinculação dos direitos à educação e à alimentação escolar que deve ser analisada a demanda ora apresentada.

Com efeito, as verbas pecuniárias concedidas pela Municipalidade de São Paulo e Pela Fazenda Estadual apenas às famílias formalmente cadastradas em programas assistenciais, são, em realidade, modalidade substitutiva da alimentação escolar, devida a todos os alunos das redes públicas estadual e municipais de ensino.

Dito de outro modo, a alimentação escolar, que integra, como programa suplementar, o direito à educação, oferecida diariamente em todas as escolas da rede pública municipal de ensino e da rede estadual paulista **a todos os alunos nelas matriculados, não pode ser restringida justamente em período de crise sanitária gravíssima.**

Vale acrescentar que, se as próprias requeridas imputam necessária a continuidade das atividades educacionais à distância, exige-se, também para a garantia de padrões nutricionais adequados ao processo de aprendizagem, alimentação escolar a todos os estudantes.

Os próprios entes federativos reconhecem na edição de seus atos e nas respostas dadas à Defensoria Pública e ao Ministério Público, que os créditos diretos às famílias correspondem a forma diferente e excepcional de fornecimento da alimentação das redes públicas de ensino a seus estudantes até que cesse a suspensão das atividades escolares presenciais. **Na rede Estadual, aliás, o nome do programa é “Merenda em Casa”.**

Temos, em síntese, o fornecimento de merenda – alimentação escolar - de forma diferenciada em razão de os alunos estarem durante o período de pandemia e forçado e necessário isolamento social, impedidos de terem aulas presenciais e a oferta de alimentação diariamente em suas escolas.



Tais circunstâncias exigem políticas públicas que assegurem a oferta da alimentação escolar, compatibilizando-a com a impossibilidade de trânsito e aglomeração de crianças e adolescentes nos espaços escolares. A situação excepcional não autoriza, contudo, qualquer restrição ao público alvo de tal direito, qual seja, alunos matriculados nas redes públicas de ensino.

A alimentação escolar é direito constitucional dos alunos das redes públicas e, como tal, deve ser garantido sem discriminação, não havendo autorização constitucional e sequer previsão legal – que seria de questionável constitucionalidade – para quaisquer outras limitações.

É fato que, frequentemente, tais direitos fundamentais são encarados pelo Administrador Público como mera “diretriz programática”, como se não estivessem vinculados, pelo poder emanado do povo, a um agir específico no campo da formulação e execução das políticas públicas.

Tal postura, todavia, há que ser rechaçada pelo Poder Judiciário, pois **não há espaço para discricionariedade no que diz respeito ao atendimento de direitos fundamentais**, sendo certo que, em relação as crianças e adolescentes, e aos direitos sociais de educação e alimentação, há expressos mandamentos constitucionais quanto aos deveres estatais e direitos públicos subjetivos assegurados.

Para que não houvesse dúvidas quanto ao cumprimento da determinação constitucional, ao editar o Estatuto da Criança e do Adolescente, **o Legislador ordinário repetiu e explicitou o Princípio da Prioridade Absoluta**, nos artigos 3º e 4º que, por sua importância para a presente causa, merecem ser integralmente transcritos:

"Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o



desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, **sem discriminação** de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.”

"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.).”*

Assim, temos que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, de todos os fundamentais e inerentes à pessoa humana e, além desses, de todos os direitos específicos que, como visto, devem ser garantidos com absoluta prioridade, sem discriminação.

Na ordem internacional, a prioridade absoluta em relação a crianças e adolescentes já é norma posta há décadas. Dispositivos da ***Declaração Universal dos Direitos da Criança***, da Organização das Nações Unidas, datada



de 1959, já previram esta proteção especial, merecendo destaque o Princípio IV, segundo o qual “a *criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. **A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.***”

É preciso considerar ainda que, na realidade brasileira, muitas crianças têm na alimentação escolar sua principal, quando não a única, fonte de nutrição. A crise econômica decorrente da pandemia já submete e levará à situação de extrema vulnerabilidade socioeconômica e de insegurança alimentar muitas outras famílias que até então não viviam nesta situação e que, portanto, não eram formais beneficiárias de programas sociais ou estavam inscritas em cadastros para estes fins. Há, ainda, a situação de tantas outras famílias que, de tão carentes e marginalizadas, sequer buscam formalizar requerimento para a obtenção de direitos e benefícios assistenciais.

Em momentos de grave crise sanitária e socioeconômica como o presente, os imperativos constitucionais de solidariedade, erradicação de pobreza, redução de desigualdades e garantias de direitos sociais – prioritariamente às crianças e adolescentes – exige ampliação de esforços orçamentários e administrativos, bem como de concretização de direitos e não a redução decorrente dos atos normativos e administrativos ora questionados.

Ainda na análise do ordenamento jurídico, cumpre consignar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9394/96, positiva o mesmo dever de oferta de alimentação escolar (artigo 4, VIII).

A Lei 11.947/2009, que traz as normas gerais sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar, dispõe, em seu artigo 2º., que são diretrizes da alimentação escolar, dentre outras:



III) a universalidade do atendimento aos alunos matriculados na rede pública de educação básica;

(...)

VI) o direito À alimentação escolar, visando a garantir a segurança alimentar e nutricional dos alunos, **com acesso de forma igualitária**, respeitando as diferenças iológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social.

O parágrafo 4º, do artigo 5º, da mesma norma, ademais, diz que os recursos transferidos aos estados e municípios para aquisição de alimentação escolar o são com base no número de alunos devidamente matriculados na educação básica pública de cada um dos entes governamentais, conforme os dados oficiais de matrícula obtidos no censo escolar realizado pelo Ministério da Educação.

A verba possui caráter suplementar e o repasse ocorre em 10 parcelas mensais (de fevereiro a novembro) para a cobertura de 200 dias letivos, conforme o número de matriculados em cada rede de ensino. Em consulta ao site do FNDE **verifica-se que o Estado de São Paulo recebeu as parcelas de fevereiro, março e abril do corrente ano, não havendo notícias de eventual suspensão do repasse.**

Logo, a discriminação na oferta do crédito alimentar escolar, além de inconstitucional e ilegal, pode gerar grandes injustiças e violar também o princípio da igualdade, pois crianças e adolescentes na mesma situação de carência ou até em situação de vulnerabilidade mais acentuada e sem acesso aos cadastros oficiais de bolsa família ou de extrema pobreza, podem receber tratamentos diversos (em anexo casos concretos de alunos que não receberão a alimentação



escolar e estão em situação de vulnerabilidade).

Os entes federativos continuam recebendo as verbas do Plano Nacional de Alimentação Escolar, **que é paga por aluno**, conforme legislação acima transcrita e informações do endereço eletrônico do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação².

Assim, se o Estado e o Município recebem verba do Governo Federal para custear a merenda escolar, verba esta paga por aluno matriculado e não suspensa, além de terem parte de seus orçamentos próprios para este fim, não há como justificar o não fornecimento da alimentação para todos os alunos, máxime em período de crise e maior necessidade de garantia de direitos fundamentais.

É importante destacar que já há decisão do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, assim como parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a seguir transcritos, que não apontam qualquer ilegalidade ou irregularidade na oferta de cestas básicas ou kit alimentação como substitutivos à merenda escolar, neste momento de calamidade pública sem precedentes na história recente, determinando, inclusive, a não suspensão da destinação dos recursos do FNDE, especialmente do PNAE.

Sendo assim, mister transcrever excertos da decisão da 1ª Vara Federal de Teresópolis ao julgar ação do referido município contra o FNDE, nos seguintes termos:

"A "merenda escolar" (consagrado signo da segurança alimentar em ambiente educacional) representa um direito instrumentalizado por ações estatais positivas. É dever, portanto, do Município executar a política de alimentação, otimizando os recursos decorrentes do **PNAE**, fazendo com que eles cheguem até as crianças e adolescentes mais

² https://www.fnde.gov.br/pls/simad/internet_fnde.liberacoes_result_pc



necessitadas nesse momento de isolamento forçado pelas políticas de saúde de combate ao **COVID-19**.

É razoável que os demandados mantenham os repasses de verba do **PNAE** ao Município. É a interpretação do ordenamento de proteção à saúde e à alimentação de crianças e adolescentes para a garantia do mínimo existencial, considerando-se os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, nos termos do artigo 22 da **LINDB**.

É necessário e igualmente razoável, no contexto de adequação às políticas de gestão do estado de necessidade por força do COVID-19, que a verba federal seja utilizada para, caso necessário, transmutar pratos de merenda escolar em cestas básicas mensais destinadas às crianças e adolescentes da rede municipal.

(...)

Em face do exposto, **DEFIRO EM PARTE O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA**, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, para:

I - determinar ao FNDE e à União Federal a continuidade de repasses de verbas federais para a educação, em especial o PNAE (salvo se por motivo diverso ao da presente demanda) ao Município de Teresópolis;

II - **permitir que o Município de Teresópolis empregue verbas federais vinculadas à merenda escolar para o pagamento de prestador de serviços com o fim de adquirir, transportar e entregar cestas básicas e alimentos adequados para o consumo a estudantes da rede pública municipal de saúde, em substituição** temporária à merenda preparada nas escolas;

II.I - **a logística de entrega deverá atender aos critérios de segurança inerentes à gestão da pandemia; as escolas poderão ser empregadas como**



centros de distribuição e de segurança alimentar (atendidos os critérios de segurança relativas ao COVID-19);

III - admissão da verba empregada para a execução dessa decisão, de forma excepcional como substitutiva da merenda escolar, para fins do índice constitucional de 25% de gasto com a educação.”

Com o mesmo posicionamento, o Ministério Público do Rio de Janeiro, através da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Núcleo Campos, em parecer (anexo) sobre uma consulta acerca da existência de ato de improbidade, aduz que:

“É quanto basta para acolher a postulação do Município e, em nome da segurança alimentar das crianças, afirmar que a destinação, da forma pretendida, está longe de, na ótica deste órgão ministerial, que detém atribuição privativa para emitir juízo de valor quanto a eventual improbidade administrativa decorrente de tal conduta, não constitui a mínima irregularidade, estando, pois, plenamente justificado pelas circunstâncias excepcionais a não ortodoxia na observância dos fins específicos de tal verba, estipulados pelo legislador mirando numa situação normal, que não é a vivida no momento.

Assim, não só aquiesço com o pretendido como, avançando, recomendo ao Prefeito que o faça, exatamente como descrito no ofício em apreço: utilize as verbas de custeio da educação para aquisição de kits de alimentação, fazendo-as entregar às crianças matriculadas nas escolas da rede municipal. Adianto que não vislumbro qualquer irregularidade na prática, a par de, por motivo plenamente justificado pelas circunstâncias, deixar de observar a destinação específica dessas verbas ou de parte delas.”



Quanto à falta de Instrução normativa por parte do FNDE/MEC, não deve o executivo estadual ficar à espera de tal regulamentação, haja vista que parcelas das transferências de recurso já foram realizadas e não há notícias de que serão interrompidas, conforme consulta realizada no site do referido Fundo (link acima), demonstram verbas recebidas pelo estado de São Paulo em datas em períodos em que as aulas já estavam suspensas.

Imperioso mencionar, a publicação da lei nº 13.987/2020 que acresce o art. 21-A na Lei nº 11.947/1999, *in verbis*:

“Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do Pnae.”

O direito à alimentação escolar é fundamental para o desenvolvimento do aluno, pois, além de garantir condições fisiológicas para o aprendizado, previne consequências danosas da desnutrição para a vida adulta e novos agravos em termos de saúde pública.

É necessário destacar que a pandemia e a necessidade de isolamento social, diferentemente dos períodos regulares de férias, impediu qualquer programação prévia das famílias brasileiras para arcar com o aumento dos custos com a alimentação de seus filhos, crianças e adolescente, em período repentino e excepcional em que permanecerão em casa.



As famílias, portanto, estão em situação de maior penúria e com maiores gastos, sendo absolutamente necessário que tenham garantido, ao menos, o direito à alimentação escolar de seus filhos.

A suspensão das aulas por tempo indeterminado a fim de conter a disseminação da COVID-19, medida necessária à preservação do direito à saúde, não pode suprimir o correlato direito à alimentação escolar, sendo esta uma garantia de todo aluno matriculado na rede de ensino.

Vale reafirmar que se muitos alunos, em condições “normais”, dependem e alimentam-se, EXCLUSIVAMENTE, do que lhes é ofertado no ambiente escolar, cresce em preocupação a situação de insegurança a que estarão expostos em situação dramática, na atual crise em que muitos dos responsáveis por seu sustento estão e estarão impossibilitados de exercer plenamente atividades econômicas, sobretudo as informais, tornando as famílias ainda mais vulneráveis e hipossuficientes.

Quando se trata de lesão ou ameaça de lesão a direitos de crianças e adolescentes, a gravidade desta insuficiência de atendimento do poder público é ainda mais intensa, considerando-se a condição peculiar destes enquanto pessoas em desenvolvimento (expressa regra hermenêutica do artigo 6º do ECA, inclusive para efeito de políticas públicas).

E os argumentos aqui trazidos são reforçados pelo fato de que as atividades pedagógicas, como difundido pelas Pastas da Educação, serão realizadas de maneira virtual. Ou seja, está se exigindo de TODOS os dos alunos o esforço intelectual necessário para o aprendizado sem a contrapartida da alimentação necessária.

Não se trata aqui de política assistencial. A alimentação escolar como demonstrado é um direito dos alunos e deve ser garantido sem discriminação, não havendo espaço para limitações não previstas em lei.



5. INAPLICABILIDADE DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL – PRIORIDADE ABSOLUTA DE ORDEM CONSTITUCIONAL

Corriqueiramente o Poder Público defende-se quanto à sua ineficiência em prover o indispensável à garantia dos direitos dos cidadãos e à ilegalidade de seus atos utilizando-se do argumento denominado “*reserva do possível*”. Tal construção baseia-se no fato de que o orçamento público é escasso, não havendo verbas para atender a todas as necessidades da população, razão pela qual não lhe poderiam ser exigidos determinados atos, projetos, medidas e políticas públicas.

De fato, os recursos públicos são logicamente finitos.

Ocorre que não há que se falar em limite orçamentário, pois os entes ora demandados recebem verbas específicas para esta finalidade, além de possuírem em seus próprios orçamentos verbas destinadas à alimentação escolar. Não se trata aqui de uma nova rubrica no orçamento público, de uma nova despesa.

E ainda que não houvesse verba específica para tal finalidade, quando se trata do atendimento dos direitos e necessidades de crianças e adolescentes, uma vez constando da PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL a obrigação de PRIORIZAÇÃO ABSOLUTA DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL, não pode o Executivo demitir-se de suas funções sob o argumento da reserva do possível.

A opção feita pelo Poder Constituinte Originário, ao redigir o artigo 227 da Constituição, **é determinante para obrigar o Estado Brasileiro a 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 absoluta se esta não for **efetivamente absoluta**.

Comentando o embasamento destes posicionamentos, que remete em último grau à dignidade da pessoa humana, assim entende o Magistrado Guilherme de Souza Nucci:

“Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regradar ou limiar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos”³ (g.n.).

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, já se manifestou diversas vezes em relação ao embate entre a prioridade absoluta e o argumento da reserva do possível:

"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

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op cit.*, p. 6.



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 Documento: 1570218 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJ: 28/02/2005 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 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. (...)" (RESP 577836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 21/10/2004) (g.n.).

"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) (g.n.).

A doutrina também se manifesta contrariamente ao uso do argumento da “reserva do possível” para afastar a atuação judicial em casos do gênero. Assim entende Dirley de Cunha:

“De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerando indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos”⁴ (g.n.).

Gotti⁵, citando decisão do eminente Ministro Celso de Mello, ensina:

Conclui, por fim, que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada ocorrência de justo motivo objetivamente

⁴ CUNHA, Dirley de. Curso de Direito Constitucional. Ed. Jus Podium, 2008, p. 714.

⁵ GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, p.102.



aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

6. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – PAPEL DE GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabidamente, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagra o denominado *princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário*, prevendo que **a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**. Uma vez demonstradas a inconstitucionalidade e a ilegalidade da postura das requeridas e os prejuízos aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, afigura-se imperiosa a **intervenção judicial**, através do processamento da presente ação civil pública e procedência de seus pedidos.

Em casos tais, não há que se falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que **é justamente em decorrência de ato do Poder Executivo que está havendo ofensa aos direitos de crianças e adolescentes**. No caso em comento, não se está discutindo a forma como a Administração Pública Estadual e Municipal optou por fornecer a alimentação escolar de maneira excepcional (crédito direto, oferta de cestas básicas, etc.). Discute-se exclusivamente a extensão deste fornecimento a todos os alunos matriculados nas respectivas redes públicas de ensino, pois a limitação estipulada é ilegal.

Como já apontamos, a restrição não é razoável e viola o direito à proteção integral da criança e ao adolescente, o direito à vida, saúde, educação e



alimentação.

Diante de tal quadro de violações, não há como não admitir a intervenção do Judiciário, caso contrário, seu papel de garantidor dos direitos fundamentais e Guardião da Constituição Federal restaria irremediavelmente prejudicado.

Não se pode perder de vista que, inserida na Teoria da Separação dos Poderes, inclui-se como ferramenta de controle o chamado *sistema de freios e contrapesos*, **segundo o qual são dadas aos Poderes certas possibilidades de intervenção nos demais, justamente com a finalidade de coibir abusos e garantir que a população colha os benefícios da formação de um Estado Social Democrático**. Nesta medida, é legítima a atuação do Poder Judiciário para garantir que o Executivo cumpra as normas constitucionais e legais, cuja edição remete ao poder do povo, através do exercício do Poder Legislativo, por meio de seus mandatários eleitos.

Há mais de uma década o Supremo Tribunal Federal se posiciona neste sentido, expressando diversas vezes com eloquência que **o controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos por parte do Estado Social tem merecido a atuação positiva do Judiciário**, porquanto os demais Poderes têm se mostrado incompetentes para garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais. Quanto a isso, merecem destaque as palavras do Ministro Celso de Mello, na ADPF 45-9:

"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA



AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...) Em

*princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. **No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (...)** (ADPF 45-9, Min. Rel. Celso de Mello, J. 29.04.2004) (g.n.).*

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também ostenta decisões neste sentido:

"CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA



RESERVA DO POSSÍVEL. *A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio socioeducativo, sociofamiliar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. (...) Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. (...) **A última esperança das crianças e adolescentes em situações de risco está no Poder Judiciário, e este poder não deve se furtar a cumprir a sua alta e relevante função de tutelar o texto constitucional e de proteger o cidadão e a sociedade do arbítrio estatal.** (...). E "hora de atentar-se que o objetivo maior do Estado é proporcionar vida segura com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem" (Precedente do STF: AGRRE 271.286- 8 - RS). (TGMG, 5ª Câmara Cível, apelação cível nº 1.0133.05.027113-8/001, Relatora Desª. Maria Elza, DO 29/11/2007) (g.n).*

Portanto, inegável que o Poder Judiciário detém a legitimidade e até mesmo a obrigação de intervir para que os direitos de crianças e adolescentes



sejam respeitados.

7. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A doutrina especializada no estudo dos direitos fundamentais, pautada principalmente por estudos comparados de Direito Constitucional e pela interpretação dos princípios constitucionais brasileiros, **tem se manifestado de forma expressa pela existência do chamado *princípio da vedação ao retrocesso* no que diz respeito aos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social.**

A questão principal que tais autores colocam diz respeito à **impossibilidade de os demais órgãos estatais promoverem medidas de regressão em relação à implementação de direitos fundamentais**, ainda que não o façam com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional. Esta discussão diz respeito diretamente à matéria presentemente discutida, uma vez que **os direitos à educação, alimentação e assistência não estão sendo assegurados.**

Percebe-se que o princípio da proibição ao retrocesso social é implícito ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, decorrendo de diversos outros postulados constitucionais. Em primeiro lugar, **há derivação direta do princípio da segurança jurídica e social**, previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição. Isso porque **somente através da proteção e preservação das conquistas sociais é que o indivíduo, enquanto elemento nuclear da sociedade, pode planejar e executar os passos necessários à concretização de seus objetivos e, nesta medida, alcançar a sua plena valorização enquanto pessoa humana.** Daí porque, igualmente, a vedação ao retrocesso é corolário da **dignidade da pessoa e do mínimo existencial.**

Isso significa que não pode o administrador deixar de prestar o já consolidado serviço de alimentação escolar, ordinariamente garantido a todos os



estudantes das redes públicas, em momento de crise, circunstância que, além de proibir retrocesso, exige a destinação prioritária de recursos aos programas destinados à população de menor renda, valendo rememorar, ademais, que os entes federados receberam duas parcelas de valores destinados ao programa de alimentação escolar; fevereiro e março, e continuarão a receber a verba do PNDE destinada à merenda escolar.

Merece destaque ainda a aplicação dos **princípios da confiança e da boa-fé**, os quais **vinculam o Administrador em todas as suas relações com os administrados**. Sendo sabido que a função do Estado é promover políticas e executar medidas voltadas à promoção do bem comum, **suspender o fornecimento da alimentação escolar para determinadas famílias configura uma “traição” à confiança depositada pelo povo, sobretudo aos mais necessitados**.

Diversos são os autores que seguem esta linha de pensamento. Pedro Lenza assim se manifesta:

*“Já vimos que, **dentro de uma realidade de Estado Social de Direito**, estabelece-se um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais, irradiando essa orientação para a condição das políticas públicas, para a atuação do legislador e para o julgador no caso de solução de conflitos (...)*

*Ainda, dentro desse contexto, **deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso**, isso quer dizer, **uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado**, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*”⁶ (g.n.)*

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, igualmente identifica a aplicabilidade deste princípio no sistema jurídico brasileiro:

⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, Saraiva, São Paulo, 15ª ed., 2011, p. 985.



*“Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, **entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido**”⁷ (g.n.).*

8. CABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E DA MULTA COMINATÓRIA

a. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS

A necessidade e o cabimento da antecipação dos efeitos da tutela, no presente caso, são inegáveis.

Dita o artigo 12 da Lei nº 7347/85 que **“Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo”**.

Por sua vez, o artigo 213 do ECA assim dispõe:

“Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

***§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificção prévia, citando o réu.**”*

⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional a Efetividade de suas Normas. Renovar. Rio de Janeiro, 5ª ed., 2001, p.158.



§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.”

O Código de Processo Civil, do mesmo modo, dispõe que a tutela de urgência será concedida quando evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300).

A relevância do fundamento da demanda dispensa maiores comentários, bastando o lembrete de que **se trata de discussão quanto ao descumprimento direto de normas constitucionais e do princípio da prioridade absoluta, em prejuízo aos direitos à educação e à alimentação escolar e, conseqüentemente, ao desenvolvimento físico e psíquico de milhões de crianças e adolescentes.** Tal prejuízo decorre da comprovada falta de acesso à alimentação escolar a milhões de estudantes.

O Direito à alimentação escolar, de forma igualitária e universal decorre, como visto, da literalidade das normas constitucionais e infraconstitucionais anteriormente colacionadas, evidenciando-se não apenas a probabilidade, mas a certeza do direito.

No próprio portal da Secretaria de Estado da Educação⁸ há a informação de que o programa de alimentação escolar atende a mais de 3,7 milhões de alunos e a normativa que trata do programa “merenda em casa” reduz o atendimento a 700.000 estudantes.

⁸ <https://www.educacao.sp.gov.br/alimentacao-escolar>



Do mesmo modo, na rede municipal de ensino de São Paulo, dos cerca de 1 milhão de estudantes, apenas 350.000 mil receberão o crédito para alimentação escolar.⁹

Deve ser garantida, portanto, a continuidade da prestação da alimentação escolar, da forma escolhida pela Administração Pública, para TODOS os alunos das redes estadual e municipal de ensino de São Paulo, visto que inconstitucional e ilegal o critério de discriminação adotado, considerando os argumentos de fato e de direito trazidos, especialmente porque a alimentação escolar é um direito que tem como princípios o acesso igualitário e universal e que os entes aqui demandados recebem verbas federais para este fim por aluno matriculado, além de terem verbas próprias para esta finalidade.

O justificado receio de ineficácia final do provimento jurisdicional, caso não concedida a tutela de urgência, é igualmente cristalino. Vale lembrar que, no Direito da Infância e Juventude, vige o *princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*, segundo o qual crianças e adolescentes são pessoas na fase de mais intenso desenvolvimento. Isso significa que, **nesta fase da vida do ser humano, os fatores que permeiam o dia-a-dia favorecem ou prejudicam o desenvolvimento de maneira mais grave do que na fase adulta.** Assim sendo, garantir apenas ao final a prestação dos alimentos da forma adequada **SERIA ACEITAR PREJUDICAR DE FORMA IRREVERSÍVEL O DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.**

⁹ <https://educacao.sme.prefeitura.sp.gov.br/prefeitura-de-sao-paulo-ira-repassar-r-24-milhoes-para-familias-adquirirem-alimentos-em-casa/>



O direito alimentar, ademais, é direito de subsistência, não pode ser postergado, sob pena de danos nutricionais irreversíveis, de agravos de saúde e, no limite, de dano à vida de crianças e adolescentes.

No caso em análise, caso indeferida a antecipação do pedido formulado, considerando-se a demora natural de processamento da ação e das próprias medidas administrativas necessárias para concretização da ordem judicial, assumiríamos o grave risco de, **em momento tão peculiar e dramático, negar o direito e suprimir, talvez, a última esperança de milhões de crianças e adolescentes em ter acesso ao mínimo necessário para a sobrevivência de qualquer pessoa: a alimentação!**

A pandemia e a necessária suspensão das aulas impõem aos estudantes da rede pública, hoje, restrições alimentares que não podem aguardar o normal transcurso do processo para serem supridas, pena de se tornar absolutamente inútil o resultado final desta ação civil pública.

Reforça-se que nesse sentido decidiu recentemente o Tribunal de Justiça da Bahia, em decisão proferida pela 6ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos nº 8031870-11.2020.8.05.0001:

“Pelo que se expendeu retro, e mais o que nos autos consta, acolhendo a argumentação da DPE, DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR, no sentido de, respeitando a discricionariedade da administração pública quanto a escolha da forma a seguir, determinar que o Estado da Bahia -, no prazo 48 (quarenta e oito) horas úteis, vez que o estado de calamidade pública ampara a realização da despesa deferida -, “ **providencie o fornecimento da alimentação a todos os alunos da rede pública estadual, que tiveram as aulas suspensas (...) independente de as famílias serem beneficiárias de programas de**



transferência de renda e estarem em determinados cadastros, seja pelo repasse de verba, seja pela oferta de cestas básicas/kit alimentação, ou ainda, da forma mais conveniente para a Administração Pública, desde que não gere ônus para as famílias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), revestidos diretamente para a DPE, até ulterior deliberação.” (GRIFO NOSSO)

b. CABIMENTO DA MULTA COMINATÓRIA E SUA QUANTIFICAÇÃO

Em relação à multa cominatória, o §2º do artigo 213 do Estatuto é expresso ao prever o seu cabimento, inclusive independente de pedido do autor, de modo suficiente ou compatível com a obrigação. Ao comentar o referido artigo, assim se posiciona Wilson Donizeti Liberati: “*A cominação da multa diária deverá ser ‘suficiente’ ou ‘compatível’ com o fim desejado, ou seja, **levar o devedor da obrigação a fazer ou abster-se do ato,** e não dependerá de pedido do autor*”¹⁰ (g.n.).

Tendo em vista que a falta da alimentação atinge toda a população infanto-juvenil matriculada nas redes públicas de ensino e que, além disso, trata-se do fornecimento de serviço essencial, é necessário que a multa cominatória seja vultosa, sob pena de não provocar nenhum efeito quanto ao cumprimento da determinação judicial. Como se manifesta Guilherme de Souza Nucci, “*Por outro lado, não pode ser fixada em quantia ínfima, pois não produzirá efeito algum; o requerido pode preferir arcar com o seu curso a cumprir a obrigação imposta*”¹¹.

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 262.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit., p. 664.



Assim, **entende-se como suficiente e adequada a imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).**

9. PEDIDOS

Ante todo o exposto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado de São Paulo, representadas pelos signatários, requerem a Vossa Excelência:

1. A tutela provisória *inaudita altera parte*, determinando-se aos Requeridos que **estendam a alimentação escolar** regulamentada pelos Decreto Estadual nº 64.891/2020, do Governador do Estado de São Paulo, Resolução Seduc nº 40, de 4/4/2020, do Secretária Estadual de Educação e a *Instrução Normativa nº 14/SME – DOC 02/04/2020*, da Secretaria Municipal de Educação, **para todos os alunos** da educação básica das redes públicas estadual e municipal, independente de as famílias serem beneficiárias de programas de transferência de renda e estarem em determinados cadastros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
2. Subsidiariamente, sejam os requeridos obrigados à oferta de alimentação escolar, regulamentada nos instrumentos normativos citados, a todos os alunos da educação básica da rede pública estadual e municipal que requeiram tal direito, compelindo-se as requeridas, neste caso, à abertura de canais remotos de solicitação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
3. Caso não deferidas as medidas de urgência anteriores, também de forma subsidiária, sejam os requeridos obrigados à oferta de alimentação escolar, regulamentada nos instrumentos normativos citados, a todos os



alunos da educação básica da rede pública estadual e municipal que requeiram tal direito e justifiquem a atual situação de vulnerabilidade, independente de receberem Bolsa Família ou estarem no Cadastro Único. Neste caso, sejam os requeridos compelidos a garantir canais remotos de solicitação do direito e de formal e justificada resposta administrativa aos requerentes, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

4. A citação dos Requeridos, na pessoa de seus representantes legais, para, querendo, contestarem e acompanharem o presente feito, sob pena de revelia e confissão;
5. Ao final, A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO principal, confirmando-se a liminar deferida para obrigar os Requeridos a que estendam a alimentação escolar regulamentada pelos Decreto Estadual nº 64.891/2020, do Governador do Estado de São Paulo, Resolução Seduc nº 40, de 4/4/2020, do Secretária Estadual de Educação e a *Instrução Normativa nº 14/SME – DOC 02/04/2020, da Secretaria Municipal de Educação, para todos os alunos* da educação básica das redes públicas estadual e municipal de São Paulo, independente de as famílias serem beneficiárias de programas de transferência de renda e/ou estarem formalmente inscritas em determinados cadastros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
6. Subsidiariamente, sejam os requeridos obrigados à oferta de alimentação escolar, regulamentada nos instrumentos normativos citados, a todos os alunos da educação básica da rede pública estadual e municipal que requeiram tal direito, compelindo-se as requeridas, neste caso, à abertura de canais remotos de solicitação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
7. Caso não deferidas as medidas de urgência anteriores, também de forma



subsidiária, sejam os requeridos obrigados à oferta de alimentação escolar, regulamentada nos instrumentos normativos citados, a todos os alunos da educação básica da rede pública estadual e municipal que requeiram tal direito e justifiquem a atual situação de vulnerabilidade, independente de receberem Bolsa Família ou estarem formalmente inscritas no Cadastro Único. Neste caso, sejam os requeridos compelidos a garantir canais remotos de solicitação do direito e a apresentarem, a cada pedido, formal e justificada resposta administrativa aos requerentes, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

8. A condenação dos Requeridos ao pagamento de honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência.

Requer que defira-se a produção de prova do alegado por todos os meios em Direito admitidos, em especial pela juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos representantes dos requeridos sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, prova pericial e tudo o mais que se fizer necessário.

Para todos os efeitos legais, dá-se à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 08 de março de 2020.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

MPSP Ministério Público
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANA CAROLINA OLIVEIRA GOLVIM SCHWAN

Defensora Pública do Estado

Coordenadora do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

DANIEL PALOTTI SECCO

Defensor Público do Estado

Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

João Paulo Faustinoni e Silva

PROMOTOR DE JUSTIÇA

GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE EDUCAÇÃO