



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003985-93.2020.4.02.0000/RJ

AGRAVANTE: FNDE - FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

AGRAVADO: MUNICIPIO DE DUAS BARRAS

AGRAVADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE DUAS BARRAS

ADVOGADO: DANIEL DE CASTRO SOARES (OAB RJ148972)

ADVOGADO: MARCO ANTONIO BARCELOS JUNIOR (OAB RJ197358)

INTERESSADO: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo FNDE - FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO em face do MUNICIPIO DE DUAS BARRAS, com pedido de liminar, objetivando cassar a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Nova Friburgo - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, assim vertida:

"Cuida-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, proposta pelo MUNICÍPIO DE DUAS BARRAS em face da UNIÃO FEDERAL e do FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO –FNDE objetivando, na vigência do estado de calamidade pública decorrente da epidemia do CORONAVÍRUS, a manutenção dos repasses federais para a educação, principalmente o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, assim como a permissão para fornecimento de cestas básicas para as famílias dos alunos, com utilização das verbas federais vinculadas à educação e à merenda escolar para o pagamento dos fornecedores dos alimentos.

Requer ainda a parte autora que a verba de receita própria utilizada nessa operação excepcional e temporária, substitutiva da merenda escolar, seja considerada para o índice constitucional de 25% em educação.

Sustenta o demandante, em síntese, que: o Município de Duas Barras possui em sua rede escolar pública 590 alunos da educação infantil e 1.289 alunos no ensino fundamental, sendo que a maioria receberia a merenda escolar como único alimento para a sua subsistência; com a quarentena, esses jovens estariam privados de uma boa alimentação; o governo federal repassa ao município verba destinada à alimentação escolar, por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, segundo o qual 30% do montante repassado deve ser investido na compra de alimentos oriundos da agricultura familiar; como a verba é repassada com base no Censo Escolar do ano anterior, continuará ocorrendo o repasse, porém o contrato de prestação do serviço deverá ser suspenso, sendo a verba mantida nos cofres públicos sem destinação; e 30% da verba destinada à agricultura familiar não poderia ser utilizada.

Relatados, decido.

A alimentação é um direito social expressamente garantido no art. 6º da Constituição Federal.

No capítulo atinente à Educação, a Constituição Federal também prevê, no art. 208, VII, como dever do Estado, a efetivação de programas suplementares de alimentação ao educando.

E o dever do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à alimentação também é previsto no art. 227 da Carta Magna, inserido no capítulo Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

Tal dever é ainda corroborado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, em seus arts 3º e 4º.

No momento atual, afiguram-se despiciendas maiores digressões sobre o estado de calamidade pública decretado no Estado do Rio de Janeiro, como de resto em praticamente todo o território nacional, em virtude da pandemia do coronavírus.

Nesse panorama, inúmeras são as medidas a serem adotadas pelas mais diversas esferas do Poder Público para minorar os efeitos deletérios da pandemia sobre a vida das pessoas, notadamente quando se observam as medidas protetivas de isolamento social.

E é também fato notório a suspensão das aulas nas redes escolares, tendo em vista a necessidade de se evitarem as aglomerações.

Não resta dúvida, outrossim, quanto ao caráter essencial da merenda escolar da alimentação de grande parte dos alunos da rede pública de ensino, porquanto oriundos de famílias de baixa renda, que muitas vezes sequer conseguem prover a alimentação dos jovens. E essa situação tende a se agravar bastante na situação de isolamento social, pois muitos dos responsáveis pelos alunos auferem renda em atividades informais, as quais se tornaram inviáveis.

Portanto, assume caráter de razoabilidade, com nota de urgência, a pretensão do município no sentido de utilizar a verba destinada à merenda escolar para o fornecimento de cestas básicas para as famílias dos alunos.

Causa certa espécie, contudo, que o Judiciário tenha que ser acionado para a consecução desse objetivo, pois não parece plausível que pudesse haver alguma objeção dos órgãos de controle administrativo caso a medida fosse adotada sponte propria pelo município, ainda que houvesse necessidade de alguma adequação nos contratos com os fornecedores dos alimentos.

Nesse sentido, inclusive, há recomendação exarada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, anexada pela parte autora.

De qualquer sorte, tendo sido a questão submetida ao Judiciário e, considerando-se seu caráter emergencial, impende o acolhimento da pretensão principal deduzida em sede de tutela de urgência, referente à autorização para o fornecimento das cestas básicas, com utilização da verba destinada à merenda escolar.

No entanto, outros três pedidos deduzidos a título de tutela de urgência merecem outra abordagem.

O autor requer que seja determinado ao FNDE que continue a fazer os repasses federais para a educação, principalmente o PNAE. Esse pedido entra em contradição com a própria fundamentação da petição inicial, onde consigna-se que o repasse continuará ocorrendo e o valor ficará sem destinação. E também não há qualquer indicativo no sentido de que o FNDE pretenda suspender esse repasse, notadamente no contexto em que nos inserimos, onde o governo federal está justamente envolvido com o estabelecimento de mecanismos que proporcionem a chegada das ajudas financeiras emergenciais aos necessitados.

Também não restou suficientemente demonstrado o motivo de não poder ser observado o percentual de 30% de aquisição de produtos oriundos da agricultura familiar, uma vez que o noticiário dá conta da manutenção das atividades desses produtores, os quais podem perfeitamente ser inseridos entre os fornecedores das cestas básicas.

Por fim, igualmente não restou demonstrada a necessidade de permissão para que a receita própria utilizada na operação excepcional e temporária conte para o índice constitucional de 25% com a educação. O fornecimento das cestas básicas em substituição à merenda escolar, com utilização dos recursos do PNAE, não afetaria, em princípio, o percentual de destinação da referida verba, e eventuais recursos próprios dos municípios, adicionados, seriam ainda um acréscimo a esse percentual mínimo, de forma que não se demonstrou a justificativa plausível no tocante a esse requerimento.

Caso o município se refira à utilização de outros valores relativos ao repasse para a educação na realização do serviço de cestas básicas, não restou demonstrada, na fundamentação da inicial, a necessidade dessa providência, com a indicação dos possíveis custos adicionais necessários.

Ante o exposto:

I – Defiro parcialmente a tutela de urgência requerida, para autorizar o MUNICÍPIO DE DUAS BARRAS a fornecer cestas básicas para as famílias dos alunos da rede pública de ensino, utilizando-se, para tanto, da verba destinada à merenda escolar, com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

Intime-se com urgência, para cumprimento.

II – Retifique-se a autuação, fazendo constar no polo ativo MUNICÍPIO DE DUAS BARRAS.

III – Cumpram-se as determinações contidas na Portaria nº 57/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

IV – Deixo de designar audiência de conciliação prévia, tendo em vista a natureza do direito controvertido.

V – Cite-se.

Na contestação, deverá(ão) o(s) réu(s) indicar(em), precisa e motivadamente, quais provas pretende(m) produzir (art. 336, CPC), vedado o requerimento genérico de prova.

Apresentada(s) a(s) contestação(ões), havendo preliminares ou a oposição de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do(as) autor(a)(es), intime-se para réplica (arts. 350 e 351, CPC), devendo nesta ocasião o(a)(s) promovente(s) indicar(em) as provas que deseja(m) produzir e/ou requerer o julgamento antecipado da lide."

Opostos Embargos de Declaração, os mesmos foram parcialmente providos, nos seguintes termos:

"Cuida-se de embargos de declaração, opostos no evento 12, em face da decisão do evento 3, a qual deferiu parcialmente a tutela de urgência requerida pela parte autora, autorizando o MUNICÍPIO DE DUAS BARRAS a fornecer cestas básicas para as famílias dos alunos da rede pública de ensino, utilizando-se, para tanto, da verba destinada à merenda escolar, com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

Sustenta a embargante que seria cabível o manejo dos embargos de declaração para comunicação de fato novo, qual seja, a edição da Lei nº 13.987/20, a qual teria ensejado a perda de objeto da tutela de urgência. Ademais, a tutela de urgência também mereceria ser revogada em razão de sua omissão quanto à não observância do fato de a nova lei, assim como a anterior, não permitir a aquisição de cestas básicas, e sim de gêneros alimentícios. Portanto, a manutenção da decisão ora embargada configuraria afronta ao princípio da separação dos poderes.

Decido.

A alegação de perda de objeto da tutela de urgência confronta com a própria fundamentação da embargante relativa à impossibilidade de fornecimento de cestas básicas, uma vez que se evidencia a pretensão resistida, mesmo após a edição da Lei nº 13.987/20.

Quanto à alegada omissão, a decisão fundamentou-se explicitamente em dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o dever do Estado na efetivação de programas suplementares de alimentação ao educando. E não se mostra clara a pretensa distinção estabelecida pela embargante entre “gêneros alimentícios” e “cestas básicas”, uma vez que a última se compõe basicamente de alimentos, sendo que toda a fundamentação da petição inicial se direciona à preocupação com a alimentação dos educandos.

Contudo, caso a embargante esteja se referindo à possibilidade de inclusão de produtos de higiene pessoal e limpeza nas cestas básicas, embora essa não pareça a intenção da parte autora, merece parcial provimento o recurso, uma vez que não caberia ao Judiciário alterar a destinação da verba vinculada à alimentação escolar.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos declaratórios integrantes do evento 12, para asseverar que as cestas básicas a serem adquiridas e distribuídos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE deverão conter apenas gêneros alimentícios, sendo vedada a inclusão de outros tipos de produtos, como higiene pessoal ou limpeza.

Intimem-se com urgência."

O Agravante alega, em suma, como causa de pedir:

"(...) O FNDE, tal qual o Juízo Federal, está vinculando à lei e à Constituição. Não é, por outra razão, que não há qualquer resistência do FNDE à manter os repasses costumeiros do fundo, conforme a arrecadação, afora a autorização legislativa, já regulamentada, para aquisição de kits de merenda escolar, em favor dos alunos das escolas públicas, que muitas vezes representam sua principal fonte de alimentação.

Contudo, a decisão desvirtuou a vinculação constitucional dos recursos do Pnae (art. 212), bem como o peculiar interesse local (art. 30, I, da CF), ao permitir que despesas estranhas á educação, sejam computadas com recursos da educação para fins do cálculo dos 25% constitucionais, quando estas outras despesas deveriam ser arcadas com os recursos dos impostos dos Municípios, acaso necessárias.

O administrador municipal, com seu poder discricionário, irá organizar e, se for o caso, contratar, serviços de transporte e distribuição, a conta do orçamento municipal e não de recursos federais do Pnae, que se destinam exclusivamente à educação.

O recurso visa, ao fim e ao cabo, preservar a hígidez do Pnae, a destinação constitucional de seus recursos e a primazia do direito à educação, conforme prioridades constitucionais definidas para o gestor público.

(...) O Município requereu a condenação da autarquia para manter os repasses do Pnae. Contudo, não junta aos autos qualquer comprovação de que o FNDE deixou ou pretende deixar de fazê-lo. Pelo contrário, trata-se de obrigação ex lege da autarquia, por força do 21-A da Lei nº 11.947/2009:

(...) Para regulamentar o art. 21-A da Lei nº 11.947/2009, foi publicada a Resolução nº02/2020, do FNDE, de 13/04/2020, decorrente da Lei nº 13.987/2020, estabelecendo a forma que os entes federados deverão proceder a distribuição dos kits de alimentação.

Não há, a toda evidência, necessidade de provimento jurisdicional quanto à necessidade de aquisição de alimentos com verbas do Pnae. Trata-se, como dito, de falsa premissa, com base na qual se construiu o restante dos pedidos. As verbas do Pnae deverão ser empregadas conforme as hipóteses previstas em lei, conforme o princípio da legalidade estrita que rege a Administração Pública. Na espécie, incide o art.70 da Lei nº 9.394/1996 (LDB) quem estabelece o que se considera como manutenção e desenvolvimento do ensino, in verbis:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

O art. 71 da LDB ainda estabelece, exemplificativamente, o que não se considera como manutenção e desenvolvimento do ensino, senão vejamos

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência medicobodontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...) Do exposto verifica-se que os arts. 70 e 71 da Lei nº 9394/1996 regulamentaram o "caput" do art. 212 da Constituição, ao listar quais são, e quais não são, as despesas que serão consideradas como manutenção e desenvolvimento de ensino, não incluem despesas com transporte dos alimentos, que pode sequer ser necessário, de acordo com o peculiar interesse local (art. 30, I, da CF). Trata-se de decisão discricionária do gestor, que deve ser custeada, caso necessária, com recursos próprios do Município, sem a utilização das verbas do Pnae.

(...) Ademais, destinar recursos do Pnae, por decisão judicial, para custear serviços não previstos no rol taxativo da LDB, implicaria vinculação de receitas, por força exclusiva de decisão judicial, sem previsão legal, o que afronta igualmente o art. 167, IV, da CF:

(...) O enfrentamento à pandemia da COVID-19 é um desafio enorme e suscita o velho dilema de definir prioridade diante de recursos escassos. Nessa demanda, a prioridade é a educação, mas o requerimento da tutela de urgência acaba tendo o efeito inverso, de desviar recursos da educação para gastos não autorizados por lei, computando-os como se para educação fossem.

(...) A probabilidade do bom direito, no caso, é na verdade, a sua própria certeza. O Município requer ao Juízo o que a Lei nº 13.987/2020 já lhe faculta – a aquisição de merenda escolar com recursos do Pnae -, o que se confunde com a falta de interesse processual.

O perigo na demora se revela diante da possibilidade de gastar o dinheiro com educação para fins estranhos a esta, o que somente seria revertido mediante ação de cobrança e pagamento em precatório, o que levaria anos, a contar pelo atraso no adimplemento dessas obrigações pela maioria dos Municípios brasileiros

V – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, o FNDE requer:

a) a concessão de efeito suspensivo ao agravo, suspendendo a tutela de urgência no que tange à autorização judicial para contratação de transporte, a custa do Pnae, computados nos 25% de despesas obrigatórias com educação do art. 212 da CF, uma vez que se trata de decisão discricionária sujeita às peculiaridades de cada Município, que a custearão com recursos dos seus próprios impostos.

b) o provimento do recurso, até mesmo por decisão monocrática do Relator, nos termos do art. 932, IV, a, do CPC, confirmando eventual liminar concedida e, ao mesmo tempo, reconhecendo a carência de ação em face do FNDE e a improcedência prima facie da pretensão do Município, diante da impossibilidade de declaração da inconstitucionalidade do art. 212 da Constituição, nos termos da Súmula Vinculante nº 10.

c) a intimação do Ministério Público Federal para atuar como custos legis, nos termos do art. 1.019, III, do CPC;

c) a intimação do agravado para responder ao recurso."

Analisando os autos, resta claro que o ora Agravante insurge-se somente quanto ao custeio do transporte dos kits a serem distribuídos aos alunos da rede municipal do Agravado (Evento 1 - INIC1), até porque a utilização dos recursos do Pnae para a distribuição de gêneros alimentícios durante situação de emergência ou de calamidade pública, como a enfrentada atualmente frente à Pandemia da COVID-19, está prevista no artigo 21-A, da Lei nº 11.947/2009, com a redação da pelo artigo 1º da Lei nº 13.987, de 7 de abril do corrente e na Resolução nº 02/2020 do Conselho Deliberativo do FNDE.

Assim, prima facie, encontram-se presentes os requisitos para a concessão da liminar alvitrada, seja, a plausibilidade do direito alegado, face ao teor da legislação supracitada e da Lei nº 9.394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; seja a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, o que conduz ao deferimento da mesma.

Isto posto, defiro o pedido de liminar, nos exatos termos requeridos, qual seja: *"a concessão de efeito suspensivo ao agravo, suspendendo a tutela de urgência no que tange à autorização judicial para contratação de transporte, a custa do Pnae, computados nos 25% de despesas obrigatórias com educação do art. 212 da CF, uma vez que se trata de decisão discricionária sujeita às peculiaridades de cada Município, que a custearão com recursos dos seus próprios impostos."*

Comunique-se esta decisão ao Juízo a quo.

Intime-se a parte Agravada, nos termos do artigo 1.019, inciso II do CPC/2015.

Intime-se a União Federal para, querendo, manifestar-se.

Após, ao MPF.

Comunique-se o CNJ da presente decisão, observando-se o art. 4º, da Portaria CNJ nº 57 de 20/03/2020.

Documento eletrônico assinado por **POUL ERIK DYRLUND, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.trf2.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **20000152302v12** e do código CRC **04383728**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): POUL ERIK DYRLUND
Data e Hora: 29/4/2020, às 12:17:59

5003985-93.2020.4.02.0000

20000152302.V12