



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5034650-46.2021.8.21.7000/RS

TIPO DE AÇÃO: Ato normativo

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO: ASSOCIACAO MAES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD

AGRAVADO: CENTRO DOS PROFS DO EST DO RS SIND DOS TRAB EM EDUCACAO

DESPACHO/DECISÃO

- 1) *Ao Poder Judiciário é vedado adentrar no mérito dos atos administrativos de gestão, devendo ficar adstrito aos casos de abuso de autoridade ou ilegalidade, bem como quando houver teratologia na decisão.*
- 2) *Eventual ordem judicial de obrigação à Administração Pública de implementação das políticas públicas demanda a aferição da ocorrência de vício formal na sua recusa por parte do gestor público, sob pena de ofensa à separação dos poderes.*
- 3) *A ausência de motivação ou de sua coerência com a finalidade do ato, especialmente pela contradição histórica em relação aos atos administrativos emanados ao longo da pandemia, viabilizando exposição ao risco no momento mais grave da pandemia, é passível de nulidade.*
- 4) *Hipótese em que os dados atualizados indicam sobrecarga no sistema de atendimento hospitalar; não se denotando razoável a adoção de medida que possa ampliar o risco de contato físico entre as pessoas.*
- 5) *Manutenção da decisão que deferiu o pedido liminar para suspensão das aulas presenciais em todas escolas do Estado enquanto perdurar a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado-RS.*

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** contra decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela em ação proposta pela **ASSOCIAÇÃO MÃES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD**, visando à suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado-RS, independentemente de eventual flexibilização de protocolos.

A decisão, que acolheu a inclusão do **CPERS/Sindicato** no polo ativo, bem como do **SINEPE/RS** e **SINPRO/RS** como assistentes litisconsorciais, restou redigida nos seguintes termos:

(...)

- 1) *Recebo a emenda à inicial, Evento 9, para que sejam incluídos como assistentes litisconsorciais SINEPE/RS e SINPRO/RS.*
- 2) *Defero a inclusão do CPERS/Sindicato no polo ativo, diante da petição do Evento 10 e da permissão do art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/85.*



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

3) Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Associação Mães e Pais pela Democracia – AMPD e CPERS/Sindicato, já qualificados, contra o Estado do Rio Grande do Sul, também já qualificado, objetivando, em tutela antecipada, a suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado – RS, independentemente de eventual flexibilização de protocolos.

Consabido que estamos vivendo uma Pandemia de Covid-19 e esta tem imposto ao mundo desafios para o seu enfrentamento pelas autoridades de saúde, bem como pelos poderes de Estado.

Diversos países adotaram medidas rigorosas, limitando direitos e liberdades constitucionalmente garantidos aos cidadãos no estado democrático de direito, com o intuito de prevalecer o direito à vida.

No Brasil não foi diferente e foram impingidas aos cidadãos diversas restrições às liberdades, desde março de 2020, em prol da segurança à saúde e à vida. Foram adotadas medidas de restrição legalmente permitidas, como distanciamento social, quarentena, suspensão de atividades de educação e restrições de comércio e atividades culturais, entre outras. Ora mais severas, ora mais brandas.

Neste momento, o Estado do Rio Grande do Sul – em todas as suas regiões – está com a classificação de bandeira preta, conforme o Decreto Estadual 55.771/2021. E foram impostas muitas e severas restrições, como a atual situação impõe.

Exemplificando, a Capital, em 25/11/2020 – há 3 meses, portanto –, pelos dados da Prefeitura, possuía 783 leitos de UTI e 90,89% da capacidade ocupada, com 783 pacientes internados, sem nenhum paciente precisando aguardar leito de unidade intensiva. (https://www2.portoalegre.rs.gov.br/sms/default.php?p_secao=1027).

Ontem, Porto Alegre contava com 861 leitos de UTI, 101,20% da capacidade de lotação utilizada e mais 174 pacientes aguardando um leito de unidade intensiva. No Estado, a ocupação de leitos de UTI's em geral está em 97,2%. (<https://ti.saude.rs.gov.br/covid19/>).

Os números são completamente alarmantes e a previsão dos profissionais de saúde não é de diminuição dos contaminados em um futuro próximo, mas o agravamento desses números por todo o Estado. Não se sabe ao certo a razão, se em virtude das novas cepas do vírus da Covid-19 que estão sendo disseminadas ou se pelo número de aglomerações de pessoas ocorridas no carnaval. O fato é que no momento há um aumento expressivo no número de doentes e a escassez de leitos hospitalares para tratamento.

Contraditoriamente, no pior período da pandemia no Estado, o Poder Público pretende a reabertura das escolas para as aulas presenciais para a educação infantil e 1º e 2º anos do Ensino Fundamental, diante do Decreto Estadual nº 5.579/21.

O Estado, no Evento 11, refere que a autorização legislativa para a abertura das escolas e o retorno das aulas presenciais deriva de rigorosos protocolos sanitários, e que a realização das aulas presenciais é uma faculdade oportunizada às mantenedoras dos educandários, as quais devem sopesar as circunstâncias específicas de sua estrutura e da localidade que se inserem. Assim, não há uma determinação geral e incondicionada da Administração Pública no sentido de ordenar o retorno das aulas presenciais na educação infantil e 1º e 2º anos. Define que há facultatividade na adoção do regime presencial, desde que preenchidos os pressupostos objetivos para garantia da segurança sanitária.

Nesse sentido, o Poder Público, ao delegar às instituições de ensino particulares a mensuração dos riscos inerentes à saúde pública, confere aos particulares a faculdade de decidir sobre a



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

reabertura das escolas de modo presencial, bem como aos Municípios e à Secretaria de Educação do Estado.

Obviamente não se pode negar a essencialidade ao direito à educação. Inclusive, os arts. 6º e 205 da CF/88 dispõem que se garante a toda pessoa o direito à educação, devendo a família, o Estado e a sociedade cooperarem para a efetivação desse direito. Isso porque tal direito pertence ao educando: trata-se de direito público e, simultaneamente, subjetivo do educando (RE n.º 888.815/RS – Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário. DJe 21/03/2019). No mesmo sentido, o art. 54 do ECA obriga ao Estado a prestação desse direito à criança e ao adolescente.

Sobre a questão apontada pelo Estado, acerca da alimentação nas escolas públicas ser primordial, advirto que foi encontrada solução adequada durante a pandemia, pois na Lei 11.947/2009, foi incluído o art. 21- A pela Lei 13.987/2020, com a seguinte redação:

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.

Não é despidendo salientar, conforme já mencionei na decisão liminar do processo n.º 5019022-622021.8.21.0001, na qual se discutia o retorno das aulas presenciais no Município de Porto Alegre, que as diferentes normas principiológicas costumam entrar em conflito entre si. Nesses casos, a solução deve ser alcançada através de uma ponderação de bens, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e isso deve ser feito por aqueles juízes que exercem uma jurisdição constitucional.

Dessa sorte, quando em conflito princípios constitucionais e constitucionais administrativos, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, é de ser entendido que deva ocorrer uma flexibilização, inclusive, do princípio da legalidade, como único meio de se atingir a efetiva realização da Justiça. E para a aferição do princípio preponderante em cada situação apresentada em juízo, nos casos em que exsurge o conflito entre princípios, o melhor critério a ser utilizado é o da análise da proporcionalidade e da razoabilidade, além, é claro, da segurança jurídica.

Já havia decidido na ação anteriormente mencionada, n.º 5019022-622021.8.21.0001, sobre não ser adequada a reabertura das escolas municipais de Porto Alegre para as aulas presenciais nesse momento de crise nos hospitais, diante do elevado número de doentes e da ausência de leitos disponíveis. Assim, não pode este juízo apresentar incoerência, dada a piora nos dados sobre as internações relacionadas ao Covid-19.

Nesse norte, saliento que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário determina que o Poder Público adote medidas assecuratórias de direitos reconhecidamente constitucionais. Não se trata, pois, de ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera administrativa, mas sim de dar efetividade às normas que asseguram o direito à saúde, à vida e, em última análise, à dignidade humana. Para isso é que se coloca o Poder Judiciário aferindo in concreto as situações, não cabendo, portanto, falar em afronta ao princípio da separação de poderes.

Nesse diapasão, nos autos do RE 581352-AM, da lavra do e. Min. Celso de Mello:

“(…) Impende assinalar; contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

(...)

*Isso significa que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência de **arbitrária** recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima** (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte **adotou** em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.*

(...)

*Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, **no contexto em exame**, uma (**inexistente**) intrusão em esfera reservada **aos demais** Poderes da República.*

*É que, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (**de que resulta uma positiva** criação jurisprudencial do direito), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente **omissão** dos poderes públicos.” (grifos no original).*

Acrescento que as escolas mantiveram-se fechadas durante quase um ano, e – no pior cenário da Pandemia de Covid-19 – retomarem as atividades presenciais viola frontalmente os direitos constitucionalmente protegidos dos representados pelos autores, como o direito à saúde, à vida e à dignidade humana. Também há clara violação do direito à vida da coletividade. Vale lembrar que o art. 196 da CF/88 dispõe que é dever do Estado buscar a redução do risco à doença. Ou seja, o Poder Público não pode promover ações que acabem produzindo o efeito contrário.

Na situação extrema de risco vivenciada, mesmo levando-se em conta que as crianças de tenra idade apresentam menos riscos à doença, com o aumento exponencial dos casos, diante dos dados divulgados, proporcionalmente irá aumentar o número de pessoas no entorno dos infantes com a doença, colocando em risco os profissionais envolvidos na educação, os familiares e o restante da população – que será afetada com a escassez de recursos médicos e hospitalares.

Como bem destacado na decisão no agravo de instrumento nº 5034028-64.2021.8.21.7000, da lavra do Des. Antonio Vinicius Amaro da Silveira, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo para a reabertura das escolas municipais de Porto Alegre, "O momento é de sermos razoáveis, e ponderar que o reconhecimento de situação extrema de risco à vida do cidadão é incompatível com a adoção de medidas paliativas de flexibilização, pois no momento temos que considerar que o ritmo crescente das internações é reflexo direto do aumento da circulação do vírus, o que está gerando a maior taxa de contágio desde o início da pandemia."

Logo, defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar a suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado-RS, independentemente de eventual flexibilização de protocolos.

(...)

Em síntese, o agravante reportou-se inicialmente às ações civis públicas propostas visando a impedir o retorno das atividades presenciais de ensino, destacando que os argumentos invocados pela recorrida não autorizam a desconstrução da política pública de enfrentamento à crise sanitária causada. Discorreu sobre a crise sanitária no Estado e sua gestão sistêmica pelo Poder Executivo, reportando-se às medidas instituídas para prevenção e enfrentamento à COVID-19. Afirmou que no atual estágio de agravamento da pandemia foi admitida somente a modalidade remota na educação, ressalvada a educação infantil e os anos iniciais do ensino



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

fundamental (1º e 2º anos), reduzindo a movimentação de pessoas, tendo sido considerada, no tópico, a indispensabilidade de cada atividade e o impacto da sua paralisação total na sociedade. Aduziu o estabelecimento de rigoroso protocolo para o retorno às aulas presenciais, em conformidade aos requisitos cumulativos previstos no Decreto nº 55.465/2020, esclarecendo que as crianças menores sofrem maior prejuízo na ausência do desenvolvimento pedagógico. Asseverou que a realização de aulas presenciais é faculdade oportunizada às mantenedoras, que devem sopesar as circunstâncias específicas de cada estrutura, não havendo falar em delegação da mensuração dos riscos à saúde pública às instituições de ensino particulares, como constou na decisão agravada. Consignou o ínfimo número de casos confirmados em alunos, funcionários e professores, a corroborar a efetividade dos protocolos de segurança sanitária, bem como a coincidência do momento mais crítico no enfrentamento da pandemia com o período de férias escolares. Discorreu sobre a essencialidade do ensino presencial para as crianças que se encontram nos níveis iniciais de ensino, em razão dos incontáveis prejuízos à saúde mental das crianças de tenra idade, inclusive no tocante à proteção social da população mais vulnerável. Destacou a importância da independência e da harmonia entre os poderes no enfrentamento da crise sanitária, com o reconhecimento da atuação do Poder Executivo sem que represente omissão na atuação de medidas assecuratórias dos direitos fundamentais. Referiu não se tratar da flexibilização de medidas de enfrentamento da pandemia, mas da faculdade da adoção de aulas presenciais em escolas que comprovem rigorosos requisitos objetivos para contenção da propagação do coronavírus. Arguiu ausência da probabilidade do direito, bem como o risco ao resultado útil do processo para evitar a ocorrência de danos irreparáveis às crianças que se encontram nas fases iniciais de ensino. Pediu a concessão de efeito suspensivo para sobrestar a medida liminar concedida e, ao final, o provimento do recurso para que seja reformada a decisão agravada.

Sobreveio a juntada de petição da Associação de Mães e Pais Pela Democracia e do CPERS mencionando ter formulado na origem pedido de conexão com a demanda ajuizada pelo Sindicato dos Municipários de Porto Alegre - processo nº 5019022-62.2021.8.21.0001 (Evento 11).

Foi reconhecida a conexão pelo Des. Alexandre Mussoi Moreira, em decisão fundamentada, e determinada a redistribuição do recurso a este relator (Evento 13 - DESPADEC1).

É o relatório.

Decido.

Recebo o recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Impõe-se, de início, a análise da conexão declarada no Evento 13 - DESPADEC1, em relação ao agravo de instrumento nº 50340286420218217000, interposto pelo Município de Porto Alegre nos autos da ação ajuizada pelo Sindicato dos Municipários de Porto Alegre - SIMPA, do qual fui relator, para determinar a suspensão das aulas presenciais nas escolas municipais de Porto Alegre.

Impende destacar, no ponto, o que reza o art. 55, § 3º, do CPC/15, acerca do tema conexão:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

(grifei)

No que se refere especificamente à conexão entre as ações, evidenciam-se ausentes as causas determinantes para o seu reconhecimento, pois inexistente demonstração de que sejam comum o pedido ou a causa de pedir entre as duas ações.

Isso porque naquela primeira ação o pedido era de suspensão das aulas presenciais nas escolas municipais de Porto Alegre, enquanto vigente a decretação de bandeira preta na região, sob o fundamento de que a Secretaria da Educação do Município de Porto Alegre teria disposto acerca do retorno das aulas presenciais para alunos da educação infantil e os dois primeiros anos do ensino fundamental, antes, portanto, da suspensão da cogestão anunciada pelo Governo Estadual.

Na ação subjacente ao presente recurso, por sua vez, trata-se de pedido de suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado, insurgindo-se a parte autora contra ato administrativo emanado pelo Governo Estadual que autorizou a retomada das aulas presenciais na educação infantil, 1º e 2º anos do ensino fundamental.

De qualquer sorte, a par de inexistir conexão, impende ressaltar que o caso concreto encontra-se contemplado na hipótese do § 3º do art. 55 do CPC/15 ao estabelecer que, mesmo inexistente o liame processual destacado, haja risco da prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, especialmente porque na demanda subjacente a este recurso estão contempladas todas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, abarcando inclusive as escolas municipais de Porto Alegre, alvo da ação antes despachada.

Com isso, diante da possibilidade da prolação de decisões conflitantes, especificamente no tocante às escolas municipais de Porto Alegre, incluídas no objeto de ambas ações, tenho que merece ser fixada a competência deste relator para julgamento também deste recurso.

Definida a questão da competência, importa analisar o mérito deste recurso.

Pois bem, compulsando o presente instrumento, adianto que não encontro presentes os requisitos do art. 1019, I, do CPC, aptos a autorizar a concessão do efeito suspensivo pretendido.

Na espécie, consigno versar a demanda sobre pedido de concessão da tutela provisória de urgência, *inaudita altera parte*, ajuizada pela Associação Mães e Pais pela Democracia - AMPD, com posterior inclusão no polo ativo do CPERS/Sindicato, tendo como



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

assistentes litisconsorciais o SINEPE/RS e o SINPRO/RS, para determinar a suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado - RS, independentemente de eventual flexibilização de protocolos.

De início, cumpre frisar a atribuição do Poder Judiciário na efetivação dos direitos individuais e coletivos de estatura constitucional, tendo em vista a índole vinculativa da norma constitucional e a primazia da Constituição da República.

No entanto, eventual ordem judicial de obrigação à Administração Pública de implementação das políticas públicas, como na espécie, para determinar "a suspensão das aulas presenciais nas escolas públicas e privadas do Estado do Rio Grande do Sul, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado-RS", demanda a aferição da ocorrência de eventual vício formal na sua recusa por parte do gestor público, a fim de evitar a ofensa à separação dos Poderes.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 581352-AM, da lavra do e. Min. Celso de Mello, *verbis*:

*"(...) **Impende assinalar**, contudo, **que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede na espécie ora em exame.***

(...)

***Isso significa** que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência de **arbitrária** recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima** (**sem** qualquer ofensa, portanto, **ao postulado** da separação de poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses **e** de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte **adotou** em tema de respeito **e** de proteção ao direito à saúde.*

(...)

***Nem se atribua**, indevidamente, ao Judiciário, **no contexto em exame**, uma (**inexistente**) intrusão em esfera reservada **aos demais** Poderes da República.*

***É que, dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (**de que resulta uma positiva** criação jurisprudencial do direito), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida **e** desrespeitada por pura, simples **e** conveniente **omissão** dos poderes públicos." (grifos no original)*

De igual forma, o precedente nos autos do AI 734487 AgR, da então Min. Ellen Gracie, *verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. **É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.**
(AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 158-162) (grifei)*

Nesse passo, sem adentrar na complexa discussão acerca das valorações axiológicas que buscam relativizar o norte constitucional da separação dos poderes, sobretudo no que diga respeito à invasão da esfera de suas autonomias, deve-se, sem dúvida, prestigiar os princípios basilares do Direito Administrativo, em nome da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por isso, a atuação jurisdicional frente aos atos de gestão deve ficar adstrita a eventuais abusos de autoridade e de ilegalidade, bem como quando houver teratologia na decisão, o que poderá se vislumbrar na anomalia motivacional do ato atacado.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, "o Princípio da Motivação impõe à administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada" (Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, 2002, p. 70)

De fato, a Constituição de 1988 tem como regra a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, consagrando sobretudo o princípio da moralidade, ante a necessidade de se atribuir qualificação ética à atuação do administrador, o que só se poderá aferir pela clara e coerente indicação dos motivos do ato, principalmente para garantir ao Judiciário a sua eventual avaliação, em nome do controle da legalidade dos atos administrativos.

Bem leciona, a propósito, Marçal Justen Filho que "a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido" (Curso de Direito Administrativo, 7ª edição, 2001, p. 371).

Porém, não serve a validar o ato administrativo qualquer motivação. Ela deverá ser qualificada e coerente com a real finalidade do ato.

Sob este ângulo, ressaltando a necessidade de coerência do ato administrativo, pertinente a lição de Diogenes Gasparine, pois ensina que "a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo (...)" (Direito Administrativo, 10ª edição, 2005. p. 23) (sublinhei).

Mister, portanto, ressaltar que é imprescindível a motivação dos atos administrativos com a declinação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a sua



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

sustentação prática, e, mais que isso, que haja razoável coerência entre esta motivação e a sua real finalidade, sob pena de se ver nulo o ato.

Na espécie, o que se tem é um regramento geral restritivo inicial, disposto no Decreto estadual nº 55.465/2020, que estabelece normas aplicáveis às instituições e estabelecimentos de ensino situados em todo o território estadual.

Esse ato normativo, através de ampla e coerente motivação calcada na necessidade de preservação da saúde e da vida das pessoas, assim prevê:

Art. 2º Somente poderão realizar atividades presenciais de ensino, de apoio pedagógico ou de cuidados a crianças e a adolescentes, conforme as condições, o teto de operação, o modo de operação e os demais limites, restrições e medidas definidos neste Decreto e em Portaria Conjunta da Secretaria Estadual da Saúde e da Secretaria Estadual da Educação, as instituições e os estabelecimentos de que trata o "caput" do art. 1º deste Decreto, quer da rede pública, quer da rede privada de ensino, que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - estabeleçam Plano de Contingência para Prevenção, Monitoramento e Controle da epidemia do novo Coronavírus (COVID-19), de conformidade com as normas estabelecidas em Portaria Conjunta da Secretaria Estadual da Saúde e da Secretaria Estadual da Educação, no qual constem: a) a indicação do serviço de saúde de referência para encaminhamento de casos suspeitos ou pessoas sintomáticas; b) a comprovação da criação de um Centro de Operações de Emergência em Saúde para a Educação (COE-E Local); c) a comprovação do preenchimento de autodeclaração de conformidade sanitária, conforme as normas estabelecidas pela Secretaria Estadual da Saúde;

II - observem as medidas sanitárias permanentes de que trata o Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, as medidas segmentadas estabelecidas conforme a Região em que estejam situados, bem como as medidas municipais específicas;

*III - não estejam situados em Regiões classificadas, nos termos do art. 6º do Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, como **Bandeira Final Vermelha ou Preta**;*

(...) (grifei)

Nesse ponto, é importante frisar que a redação do aludido inciso III vem sofrendo modificações ao longo das edições de novos decretos, passando a prever que não estejam situadas em regiões classificadas como **bandeira final vermelha por duas vezes consecutivas ou preta** (Dec 55.579/20), que não estejam situadas em regiões classificadas como **bandeira final preta** (Dec 55.591/20) e, por fim, com a redação atual, que não estejam situadas em regiões classificadas como **bandeira final preta**, exceto para educação infantil, primeiro e segundo anos do ensino fundamental, que poderão contar com atividades presenciais, independentemente de cor de bandeira, conforme protocolos segmentados específicos (Decreto 55.767/21).

Na mesma linha, o Decreto nº 55.548, de 19.10.2020, que institui o Sistema de Distanciamento Controlado para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, e reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual, estabelece os critérios específicos de funcionamento de cada atividade conforme a classificação de bandeiras amarela, laranja, vermelha e preta.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Inferre-se daquela classificação que em bandeira vermelha os níveis de educação infantil e ensino fundamental estavam todos contemplados pelo modo de operação exclusivamente remoto, sem qualquer flexibilização para eventual atividade presencial.

Finalizando a linha coerente de ações, culminou-se com a edição do Decreto Estadual nº 55.771, de 26 de fevereiro de 2021, que salutarmente suspendeu o sistema de cogestão, destacando até então a percepção de bom senso das autoridades estaduais no sentido frear a adoção de protocolos distintos pelos gestores municipais e de estabelecerem medidas sanitárias segmentadas substitutivas às definidas pelo Estado, frente ao agravamento da pandemia, que ainda se avizinha mais preocupante.

Justificando a medida mais extremada do último ato, vale destacar o pronunciamento do Governador do Estado, Eduardo Leite, (<https://estado.rs.gov.br/mapa-do-distanciamento-controlado-confirma-todo-o-rs-em-bandeira-preta-na-43-rodada>), ao afirmar que *“O ritmo tão acelerado de internações reflete uma circulação maior do vírus, que gera uma taxa de contágio que é a maior desde o início da pandemia. Precisamos derrubar essa taxa de contágio. Não adianta fazer protocolos mais singelos de restrição porque, na verdade, todos os protocolos – máscara, álcool em gel, distanciamento nas filas – ajudam a reduzir o risco, mas não o eliminam. Então, precisamos fazer algo mais rígido, para poder reduzir mais fortemente o risco de contágio ao longo desta semana”*.

Porém, em seguida, de forma desalinhada à lógica até então adotada na preservação da vida humana, o ato ora impugnado, derivado do **Decreto estadual nº 55.767/2021**, autoriza a realização das aulas presenciais, no momento de maior gravidade desde o início da pandemia, adotando como fundamentação a preservação da educação infantil e alfabetização, inclusive para socialização e formação da personalidade de nossas crianças.

Não é difícil, respeitosamente, concluir que a fundamentação aqui adotada é imprópria ou, na lição de Diogenes Gasparine, incoerente com a finalidade do ato, pois em total desalinho com a postura até então adotada pelo administrador público durante toda a pandemia.

O ato administrativo atacado na ação subjacente, portanto, Decreto 55.767/21, que autoriza a realização de atividades presenciais naqueles níveis de educação, denota-se absolutamente incoerente com os critérios historicamente estabelecidos pelo próprio administrador, evidenciando contradição intrínseca e irrazoável entre o objetivo do ato e sua motivação, especialmente pela exposição ao risco no momento mais grave da pandemia.

A motivação lógica e razoável, para admitir tamanha excepcionalidade, deveria ser aquela que, ajustada à premissa do risco ressalvado na regra geral, estabelecesse que esse risco não se aplicaria aos destinatários do novo ato. Ocorre que, além de não excepcionar a regra, pois inegavelmente o risco persistirá, justifica a nova incidência em fator alienígena a tudo o que até então motivou a adoção das mais diversas e redobradas cautelas. A motivação passou a ser a necessidade de minorar os prejuízos que assolam as crianças em idade de educação infantil e ensino fundamental, primeiro e segundo anos.

Esse fator prejudicial é inerente à pandemia e não se revela em novidade alguma, já que amargado por todos, principalmente por estas crianças em idade de formação e alfabetização. Não há a menor dúvida quanto a isso.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Mas qual a novidade neste contexto todo? Não é o prejuízo, sabidamente, que desde o início existiu. A novidade, paradoxalmente, é o exponencial agravamento dos níveis de contágio provocados pela pandemia, que estão, no momento, expondo a rede hospitalar ao caos.

Com todo o respeito que sempre destinei aos agentes públicos, comprometidos com as causas da cidadania, e especial da saúde pública, é evidente a contradição na decisão de autorizar a realização de atividade presencial nos níveis de educação infantil, primeiro e segundo anos do ensino fundamental sem fundamentação razoável que justifique a mudança de compreensão acerca da realização de tal modalidade em bandeira preta, na contramão das estatísticas de hospitais lotados, em inobservância ao equilíbrio entre vagas disponíveis e capacidade da rede hospitalar.

Como acentuam todas as autoridades, estamos em estado de alerta máximo da lotação de hospitais em todo o Estado, o que demonstra, inclusive, contradição em relação aos protocolos antes adotados em momentos de menor gravidade.

Ainda que não se desconheça - e isso sequer pode estar em discussão - a essencialidade da educação, especialmente nos níveis de educação infantil e alfabetização, inclusive para socialização e formação da personalidade, imperioso observar nesse momento o cotejo com o risco aumentado em razão da lotação dos hospitais, devendo, portanto, ser observado o bem maior a ser tutelado neste momento de crise sanitária.

De acordo com informação obtida na data de hoje através do *site* oficial do Estado (covid.saude.rs.gov.br), a disponibilidade de leitos e respiradores:

- *Do total de Leitos 2.818 Leitos de UTI Adulto, 2.815 estão ocupados (o que corresponde a 99,9%);*
 - *Do total de 6.694 Leitos Covid-19 Fora de UTI Adulto, 4442 estão ocupados, totalizando 66,4%;*
 - *Além disso, dos 2818 respiradores em UTI adulto, 1999 estão atualmente ocupados, o que representa 70,9%;*
- Para além, pode-se acrescentar que, entre casos confirmados e suspeitos de Covid-19, totalizam 66 infantes ocupando leitos, a saber:*
- *20 em UTI Pediátrica (7 confirmados Covid-19)*
 - *46 Fora UTI Pediátrica (destes, 24 confirmados Covid-19).*

Por isso, como justificar a adoção de medida que amplia o risco de contato físico entre as pessoas, em uma sala de aula, neste momento de maior gravidade da pandemia, quando antes, em situações muito menos graves, a situação já era delicada? Asseverar-se que, mesmo quando isso foi possível, adotavam-se medidas de flexibilização compatíveis com aquele momento de agravamento, muito distinto do experimentado hoje.

De outro giro, conforme se infere da leitura do artigo 196 da Constituição Federal, é imposto ao Poder Público a implementação de política social e econômica que vise reduzir doenças e outros agravos, com manutenção dos serviços pertinentes, assegurando-se o direito à saúde aos cidadãos.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Nesse passo, o dever de busca da redução dos riscos à saúde pública é corolário lógico da competência relativa aos atos administrativos atribuída ao Chefe do Poder Executivo, em todas suas esferas, de onde se verifica que o art. 24, § 3º, da CF expressamente dispõe que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Na hipótese em comento, não obstante o agravante sustente em suas razões recursais o estabelecimento de rigoroso protocolo sanitário para o retorno às aulas presenciais, bem como o ínfimo número de casos confirmados em alunos, funcionários e professores, imperioso ressaltar que, neste momento, não há como negar que ainda assim eles existem e estão em considerável elevação, já que é crescente o número de internação de crianças em UTIs nos últimos dias.

Mesmo que os protocolos tenham evoluído a ponto de estabelecerem um aprendizado seguro acerca de suas aplicações práticas, não há margem para experimentar a efetividade destes protocolos sanitários de saúde neste momento tão cruel, principalmente por absoluta ausência de vagas hospitalares na hipótese de eventual maior sobrecarga de pacientes.

Por isso, ainda que o ato administrativo apenas autorize a realização de atividades presenciais, não é possível mensurar, neste momento, a dimensão do impacto que tal implementação possa gerar no sistema de saúde, seja público ou privado, atualmente saturado, conforme dados atualizados acima referidos.

Tais circunstâncias, que denotam imensa preocupação da sociedade civil como um todo, não podem ser ignoradas, sob pena de haver inevitável agravamento, que já se demonstra por demais preocupante.

Aliás, a própria imposição de medidas restritivas à população para frear a disseminação e contaminação é absolutamente contraditória com a implementação de atividade escolar presencial neste momento, haja vista a possibilidade de contato físico entre professores, funcionários, alunos, e demais integrantes da comunidade escolar, necessários ao seu funcionamento.

Portanto, não se está a falar apenas do risco (menor) de contágio entre crianças, mas sim e também a contaminação decorrente do contato entre os demais agentes que serão envolvidos neste cenário, pois a par da faculdade de escolas e pais de usufruírem ou não da disposição excepcional do ato atacado, a estes agentes coadjuvantes não há opção alguma.

Com efeito. Não descurando dos fundamentos invocados pelo ente público agravante, a questão engloba não só a movimentação física dos alunos de 0 a 8 anos de idade e dos professores da rede de atendimento, demais servidores e terceirizados das escolas, mas também daqueles que vão compor os Centros de Operação de Emergência em Saúde para a Educação no âmbito estadual (COE-estadual) e na estrutura da instituição de ensino (COE-E local), para a observância das medidas instituídas de prevenção e monitoramento.

No momento em que o executivo justifica a falta de profissionais da saúde para atendimento da população acometida pelo vírus não se coaduna com a implementação de tal medida pública, notadamente em razão da necessidade de ações conjuntas da área de profissionais da saúde e da educação.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Câmara Cível

Por fim, seguramente haverá o momento apropriado para a adoção destes bem elaborados é protocolos, como forma de recuperar e recompensar nossas crianças pelo prejuízo até aqui sofrido. Isso será possível. O que não poderá ser recuperado são as vidas perdidas pela pandemia.

Portanto, o momento segue sendo o de adoção de critérios razoáveis e coerentes, ponderando que, como dito quando da apreciação do AI 5019022-62.2021.8.21.0001, o reconhecimento de situação extrema de risco à vida do cidadão é incompatível com a adoção de medidas paliativas de flexibilização, pois no momento é necessário considerar que o ritmo crescente das internações é reflexo direto do aumento da circulação do vírus, o que está gerando a maior taxa de contágio desde o início da pandemia.

Por tais razões, nesta sede perfunctória, possível vislumbrar patente e insustentável contradição no ato administrativo do poder público estadual - **Decreto Estadual nº 55.767/2021** -, sob o aspecto formal, por aparente vício de fundamentação e de razoabilidade e proporcionalidade quanto à preservação da saúde diante da pretensão de manutenção das aulas presenciais em todas escolas do Estado, enquanto vigente a decretação de bandeira preta do Sistema de Distanciamento Controlado - RS.

Assim, indefiro a concessão de **efeito suspensivo** à decisão agravada.

Comunique-se à origem.

Ao agravado para contrarrazões.

Após, ao Ministério Público.

Diligências legais.

Documento assinado eletronicamente por **ANTONIO VINICIUS AMARO DA SILVEIRA, Desembargador**, em 3/3/2021, às 1:50:20, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000593780v5** e o código CRC **6b676556**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ANTONIO VINICIUS AMARO DA SILVEIRA
Data e Hora: 3/3/2021, às 1:50:20

5034650-46.2021.8.21.7000

20000593780 .V5