



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de
Porto Alegre

Rua Manoelito de Ornelas, 50 - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90110230 - Fone: (51) 3210-6500

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL Nº 5019964-94.2021.8.21.0001/RS

AUTOR: ASSOCIACAO MAES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD

RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DESPACHO/DECISÃO

Vistos.

1) Recebo a emenda à inicial, Evento 9, para que sejam incluídos como assistentes litisconsorciais SINEPE/RS e SINPRO/RS.

2) Defiro 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.

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 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 nº 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, nº 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.

(…)

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.

4) Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação.

5) Citem-se.

6) Com as contestações, vista à parte contrária.

7) Após, ao MP.

Documento assinado eletronicamente por **RADA MARIA METZGER KEPES ZAMAN, Juíza de Direito**, em 28/2/2021, às 22:45:43, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc1g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **10006225554v7** e o código CRC **04348770**.

5019964-94.2021.8.21.0001

10006225554.V7