



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5040710-98.2022.8.21.7000/RS

TIPO DE AÇÃO: Governador

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO: ASSOCIACAO MAES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD

DESPACHO/DECISÃO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra a decisão proferida nos autos da ação civil pública movida por ASSOCIACAO MAES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD, nos seguintes termos:

ASSOCIAÇÃO MÃES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD ingressou com Ação Civil Pública contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Em síntese, alegou que, com a edição do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022, ocorreram alterações no Decreto nº 55.882, de 15 de Maio de 2021, as quais estão em desacordo com aquilo que consta do art. 3-A da Lei nº 13.979/2020. Salientou que o Estado do Rio Grande do Sul incorreu em ilegalidade ao editar o Decreto nº 56.503/2022, pois, sem que houvesse modificação do texto da Lei Nacional, excluiu a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para todas as crianças com menos de 12 (doze) anos de idade. Disse que a norma nacional tornou obrigatório o uso de máscara de proteção individual para crianças maiores de 3 (três) anos de idade, de modo que o Decreto Estadual vai de encontro ao que consta daquele ato normativo. Discorreu sobre a situação de pandemia que, ainda, vivenciamos, e que os números de infectados pelo coronavírus é superior ao pior momento pelo qual passamos, quando se utilizava o enquadramento por bandeiras e todas as regiões foram classificadas na cor preta. Anexou documentos. Requereu a tutela de urgência, fins de suspensão da eficácia do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022.

Intimada a parte ré, fins de prestar informações preliminares, alegou que houve embasamento técnico-científico para que houvesse a alteração normativa aqui atacada, bem como o Decreto nº 56.503/2022 está em conformidade com a Lei nº 13.979/2020. Sustentou que compete aos entes federados definir e regulamentar a imposição de multa decorrente do descumprimento da obrigação do uso de máscara de proteção individual. Alegou que se deve realizar interpretação hermenêutica da norma federal, especialmente o significado de "obrigatório", constante do caput do artigo 3-A da Lei Federal nº 13.979/2020, considerando todo o plexo normativo regente das relações envolvendo crianças e adolescentes. Aduziu que se deve observar a realidade fática pormenorizada em cada região brasileira a serem sopesadas na regulamentação da norma federal. Salientou que a norma federal não afasta dos Estados a possibilidade, na definição e



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

regulamentação do tema, do caráter de recomendação para o uso desse equipamento de proteção até determinada faixa etária, notadamente se essa medida, a ser tomada no exclusivo interesse das crianças, vier acompanhada de elementos técnico-científicos que a embasem. Anexou documentos. Postulou pelo indeferimento da tutela pleiteada.

Relatei. Decido.

Primeiramente, quero salientar que os pontos que foram suscitados pelas partes, referentes ao mérito da norma aqui impugnada, os quais possuem caráter técnico-científico e foram embasados por estudos realizados por profissionais da área da saúde, nos seus diversos campos, não serão apreciados, pois se trata do mérito administrativo, cuja valoração da conveniência e oportunidade pertence ao administrador.

Ao administrador público (Poder Executivo) compete a elaboração das políticas públicas, não cabendo ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) promover estas escolhas, sob pena de invadir atribuições que, constitucionalmente, não lhe competem. No Estado de Direito, há alternativas de ação e o espaço da discricionariedade é limitado ao que a lei permite.

A toda evidência não existe solução única, e o controle judicial das decisões discricionárias fica adstrito à legalidade. Sendo assim, serão apreciados os critérios de legalidade do ato normativo estadual impugnado (Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022) em face das determinações constantes da Lei nº 13.979/2020, que possui eficácia nacional.

O cerne do debate jurídico aqui proposto gira em torno da alegação de ilegalidade, por conta da edição do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022, o qual está relacionado com a desobrigação do uso de máscara de proteção individual, para circulação em espaços públicos, para pessoas menores de 12 (doze) anos de idade.

Segundo se depreende das disposições constantes da Lei nº 13.979/2020, a utilização de máscara de proteção individual é de uso obrigatório para a circulação de pessoas, dentre outros locais, em espaços públicos, com exceção de crianças com menos de 3 (três) anos de idade e pessoas que possuam algumas das comorbidades de que cuida esta norma.

Eis a redação do art. 3-A da lei nacional:

Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em:

I – veículos de transporte remunerado privado individual de passageiros por aplicativo ou por meio de táxis;



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

II – ônibus, aeronaves ou embarcações de uso coletivo fretados;

III - estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

§ 1º O descumprimento da obrigação prevista no caput deste artigo acarretará a imposição de multa definida e regulamentada pelo ente federado competente, devendo ser consideradas como circunstâncias agravantes na gradação da penalidade:

I - ser o infrator reincidente;

II - ter a infração ocorrido em ambiente fechado.

§ 2º A definição e a regulamentação referidas no § 1º deste artigo serão efetuadas por decreto ou por ato administrativo do respectivo Poder Executivo, que estabelecerá as autoridades responsáveis pela fiscalização da obrigação prevista no caput e pelo recolhimento da multa prevista no § 1º deste artigo.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º Em nenhuma hipótese será exigível a cobrança da multa pelo descumprimento da obrigação prevista no caput deste artigo às populações vulneráveis economicamente.

§ 7º A obrigação prevista no caput deste artigo será dispensada no caso de pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que as impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção facial, conforme declaração médica, que poderá ser obtida por meio digital, bem como no caso de crianças com menos de 3 (três) anos de idade.

§ 8º As máscaras a que se refere o caput deste artigo podem ser artesanais ou industriais.

Por sua vez, as alterações acrescentadas ao Decreto nº 55.882, de 15 de Maio de 2021, pela publicação do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022, importam na desobrigação do uso de máscara de proteção individual para as pessoas com menos de 12 (doze) anos.

Abaixo, transcrevo o teor do art. 1º da norma estadual objeto deste processo:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Art. 1º No Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências, e com fundamento no Parecer Técnico constante do Anexo Único deste Decreto, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I - fica inserido o inciso V, do art. 10, com a seguinte redação:

Art. 10

...

V - a utilização de máscara de proteção individual por crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade, mantendo-se boca e nariz cobertos, mediante supervisão de um responsável para orientações sobre colocação e retirada da máscara.

II - fica alterado o inciso II, do art. 12, que passa a contar com a seguinte redação:

Art. 12

...

II - a utilização de máscara de proteção individual por pessoas maiores de 12 anos, para circulação em espaços públicos, mantendo-se boca e nariz cobertos, na forma e nos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Por sua vez, o caput do art. 10 e caput do art. 12, ambos do Decreto nº 55.882, de 15 de Maio de 2021, possuem as seguintes redações:

[...]

Art. 10. Fica recomendada a adoção por todas as pessoas das seguintes medidas de prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19:

[...]

Art. 12. São protocolos gerais obrigatórios para fins de prevenção e de enfrentamento à pandemia de COVID-19, dentre outros expressamente previstos:

[...]



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Logo, em resumo, após esta alteração na norma estadual a situação que passou a vigorar no âmbito de Estado do Rio Grande do Sul é de que é protocolo obrigatório o uso de máscaras de proteção individual por pessoas maiores de 12 (doze) anos. No entanto, a lei nacional obriga ao uso de máscara de proteção individual todas as pessoas maiores de 3 (três) anos de idade.

*No que concerne a competência normativa de Estados (art. 24 da CF/88), o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 6341 MC/DF, assentou a **legitimação concorrente** para legislar sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública.*

Fins de auxiliar na elucidação do caso concreto, importante colacionar um breve trecho final do acórdão ADI 6341 MC/DF, proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, in verbis:

*O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhor Presidente, uma rápida observação em relação ao que disse agora o eminente Ministro Gilmar. Parece-me que, com a decisão, o decreto presidencial é válido, **porém os decretos estaduais e municipais que forem mais restritivos, no âmbito das respectivas competências, serão também válidos.** Foi precisamente o que decidimos na ADPF, exatamente para evitar que decreto federal entenda que tudo é essencial e acabe liberando o isolamento. No âmbito das competências municipais e estaduais, nas que são estritamente municipais e estaduais, os decretos dos respectivos do chefes do Executivo estadual e municipal serão absolutamente válidos, nos exatos termos em que a referendada liminar do Ministro Marco Aurélio diz: competência concorrente. Se é concorrente para legislação, é concorrente também para decreto regulamentar da legislação. Parece-me que, se deixarmos isso bem claro, evitaremos conflitos federativos. (Grifei).*

Desse modo, a despeito da existência do poder-dever do administrador público estadual tomar todas as providências necessárias em cuja finalidade está calcado o interesse público, voltado para a proteção da vida e da saúde das pessoas, o seu agir deve ficar adstrito àquilo que lhe permite a norma constitucional que confere a competência normativa concorrente (art. 24 da CF/88) e administrativa comum (Art. 23 da CF/88).

*Portanto, como a lei nacional obriga o uso de máscara de proteção individual nas situações que regulamenta, dispensando apenas **"no caso de pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção"**, os Estados não detêm a competência normativa para liberar o uso do equipamento para as pessoas que não foram excepcionadas na norma nacional. A referida norma editada pela União, nos termos estabelecidos no § 1º, art. 24 da CF, no*



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

âmbito da competência legislativa concorrente, estabeleceu diretriz geral para o território nacional, afastando, nesse ponto, a competência dos demais entes.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (Vide ADPF 672)

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

(grifei)

Como explicitou o Min. Luiz Fux na ADI 6341: "Em caso de ausência de norma federal suficientemente protetiva à saúde, há espaço para atuação legislativa dos demais entes. Sob esse enfoque, eventual norma estadual ou municipal ao instituir medidas mais protetivas à saúde do que a legislação federal sobre o tema, poderiam cumprir melhor as normas constitucionais". Deste modo, tendo a União, por meio do congresso nacional, editado a Lei 13.979/20, e regulando de forma nacional a política pública a ser seguida no território nacional, isto é, uso obrigatório de máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, essa diretriz deve ser observada por todos os Estados da Federação.

Não é, todavia, o que ocorre no caso aqui apresentado, pois o Estado do Rio Grande do Sul ao invés de restringir a liberação do uso de máscaras de proteção individual, está fazendo exatamente o contrário, liberando do uso parcela da população gaúcha para cuja faixa etária não há previsão na legislação federal.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Ainda sobre o disposto no art. 3A da Lei 13.979/20 é importante ressaltar, passados mais de um ano e meio desde sua edição (redação dada pela Lei 14.019 de 02 de julho de 2020), embora as alterações do quadro pandêmico no território nacional, com especial destaque para o avanço da vacinação em nosso país, a vigência segue em razão da decisão proferida pelo STF nos autos da ADI 6625.

Nesse ponto, não cabe a esse juízo tecer considerações acerca da pertinência e/ou adequação da manutenção da referida diretriz geral vigente no âmbito nacional, vez que compete ao Poder Público em suas esferas legislativas e administrativas proceder com as referidas escolhas, devidamente respaldadas em critérios técnico-científicos. Ainda, se os entes federados entenderem que o referido normativo extrapolou a esfera de competência da União, no que toca a sua competência normativa de caráter geral, deverão utilizar-se dos meios próprios para tanto.

Por fim, cumpre salientar, pois suscitado pelo réu, que o fato de ele não aplicar as sanções para aquelas pessoas da faixa etária até 12 (doze) anos, que não se utilizam da máscara de proteção individual, não equivale a permitir que o Estado defina como de uso não obrigatório. A competência do ente federado para definir e regulamentar multa pelo descumprimento da obrigação prevista no caput do art. 3A da Lei Federal 13797/20 (ainda que opte, dentro desta esfera de competência, pela não incidência de qualquer sancionamento pecuniário) não equivale, como defende o Estado do Rio Grande do Sul, a autorização para que os entes federados desobriguem o uso de máscaras.

A imposição da multa e seus critérios é ato discricionário do Estado e eventual desinteresse público em penalizar àqueles que não se utilizam do equipamento de proteção individual não afasta a incidência da norma que os obriga ao uso.

Assim, em juízo de cognição sumária, tenho por estarem presentes os requisitos do art. 300 do CPC.

A probabilidade do direito alegado pela parte autora está demonstrada porquanto a norma estadual, ao liberar o uso de máscara de proteção individual para pessoas de cuja faixa etária não constam da Lei nº 13.979/2020, extrapolou a sua competência constitucional normativa de que cuida o art. 24, XII da CF/88.

A urgência na medida dá-se em razão de se tratar de matéria afeta à saúde pública, cujos efeitos da COVID-19 são de conhecimento de todos e, embora o número de mortes tenha caído significativamente após a ampliação da cobertura vacinal, o índice de transmissão do coronavírus continua elevado e igualmente o número de mortes mostra-se significativo. Nesse ponto, tenho que a cautela/prudência recomenda a manutenção do status quo anterior à promulgação do indigitado ato normativo, porquanto há risco de irreversibilidade quanto ao agravamento da taxa de transmissão.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Portanto, defiro o pedido de tutela de urgência, fins de que seja suspensa a eficácia do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022 até o julgamento deste processo.

Cite-se.

Com a contestação, à réplica.

Após, ao Ministério Público.

Intimem-se.

Após a juntada nos autos originais do recurso interposto, assim se manifestou o juízo:

Vistos.

Ciente da interposição do agravo de instrumento (Evento 31).

No que se refere à delimitação da decisão liminar, verifico que assiste parcial razão ao requerido.

O Decreto nº 56.403/2022, objeto de irrisignação na presente demanda é composto de apenas três artigos, os quais ora transcrevo:

Art. 1º No Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências, e com fundamento no Parecer Técnico constante do Anexo Único deste Decreto, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I - fica inserido o inciso V, do art. 10, com a seguinte redação:

Art. 10

...

V - a utilização de máscara de proteção individual por crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade, mantendo-se boca e nariz cobertos, mediante supervisão de um responsável para orientações sobre colocação e retirada da máscara.

II - fica alterado o inciso II, do art. 12, que passa a contar com a seguinte redação:

Art. 12

...

II - a utilização de máscara de proteção individual por pessoas maiores de 12 anos, para circulação em espaços públicos, mantendo-se boca e nariz



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

cobertos, na forma e nos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

...

***Art. 2º** Ficam os Secretários de Estado e os Dirigentes máximos dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta autorizados a prorrogar, até 11 de abril de 2022, o regime de trabalho de que trata o inciso IV do art. 20 do Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021.*

***Art. 3º** Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.*

Através da presente demanda, como já consignado no Evento 23, a parte autora discute apenas a flexibilização da obrigatoriedade do uso de máscaras por crianças com menos de 12 (doze) anos de idade; ou seja, em nada questiona a prorrogação do regime de teletrabalho dos Secretários de Estado e os Dirigentes máximos dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta.

Contudo, também não assiste razão ao réu ao alegar que a suspensão deveria limitar-se ao inciso I do art. 1º supratranscrito. Isso porque o art. 12, caput, do Decreto nº 55.882/2021, com redação dada pelo Decreto nº 56.199/2021, ao qual vincula-se o inciso II do Decreto nº 56.403/2022, assim dispõe:

***Art. 12.** São protocolos gerais obrigatórios para fins de prevenção e de enfrentamento à pandemia de COVID-19, dentre outros expressamente previstos:*

Veja-se que não surtiria qualquer efeito prático a suspensão da eficácia apenas do inciso I, já que o inciso II acabaria por retirar a obrigatoriedade do uso de máscaras por menores de 12 anos de idade.

Dessa maneira, entendo por retificar o dispositivo da decisão lançada no Evento 23, que passará a ter a seguinte redação:

Portanto, defiro o pedido de tutela de urgência, fins de que seja suspensa a eficácia do art. 1º, incisos I e II do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022, até o julgamento deste processo.

Quanto ao juízo de retratação, postergo sua análise para depois da manifestação do réu, em contestação, bem como do parecer do Ministério Público, se até lá o Agravo de Instrumento não tiver sido julgado definitivamente pelo TJRS. Isso se deve especialmente porque os fundamentos constantes no recurso são diversos daqueles constantes na manifestação do Evento 20 - PET1, fazendo-se necessária tal medida para verificar os limites da tese defensiva e, somente após, exercer eventual juízo de retratação.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Apesar da parte ré ter reconhecido o equívoco na juntada do agravo de instrumento nestes autos (Evento 32 - PETI), já procedeu na sua distribuição junto ao Tribunal de Justiça (Evento 31). Naquele, a parte autora já se manifestou aduzindo a existência de "preclusão consumativa e da intempestividade", justamente em função do equívoco havido (Evento 3 - PETI do AI nº 5040710-98.2022.8.21.7000). Por isso, como a análise compete ao TJRS, deixo, por ora, de proceder na exclusão da petição constante no Evento 30.

Aguarde-se pelo julgamento do recurso pela superior instância quanto a análise do pedido liminar e pelo decurso do prazo para o requerido apresentar contestação (Evento 28).

Intimem-se.

A parte agravante suscita, preliminarmente, que a decisão é *ultra petita*, pois o pedido não se dirigiu à suspensão de todo o Decreto Estadual nº 56.403/2022, mas apenas à parte que, de acordo com a sua argumentação, considera ter revogado o *caput* e o parágrafo 7º do artigo 3-A da Lei Federal nº 13.979/2020. Afirma que a decisão recorrida não se atentou para o alcance do Decreto Estadual nº 56.403/2022 ao suspender *in totum* a sua eficácia, deixando de perceber que, para além de ter recomendado a utilização de máscaras para crianças entre seis e onze anos, o diploma normativo objurgado também procedeu a outras alterações no Decreto Estadual nº 55.882/2021 e que em nada se relacionam com a matéria versada na demanda, e que apenas o inciso I do artigo 1º do Decreto Estadual nº 56.403/2022 tem relação com a matéria discutida na ação originária ("I - fica inserido o inciso V, do art. 10, com a seguinte redação: Art. 10 (...) V - a utilização de máscara de proteção individual por crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade, mantendo-se boca e nariz cobertos, mediante supervisão de um responsável para orientações sobre colocação e retirada da máscara), revelando-se *ultra petita* a decisão recorrida ao ultrapassar a argumentação autoral para o fim de suspender a eficácia de todo o normativo, e não apenas do inciso questionado pela associação autora.

Argúi que a medida liminar apenas retirou do ordenamento jurídico norma cujo conteúdo é meramente esclarecedor da normativa que lhe é precedente, o art. 34, §15, do Decreto Estadual nº 55.882/21, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 56.199/21, de forma que não há interesse jurídico no pedido.

No mérito, alude à conformidade do Decreto nº 56.403/22 com a Lei Federal nº 13.979/20. Assevera que, segundo o *caput* do art. 3-A da Lei nº 13.979/20, a obrigatoriedade do uso da máscara não se dá de forma indistinta, mas conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal", evidenciando a insuficiência da interpretação da norma



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

que restringe as exceções ao uso obrigatório às situações arroladas no §7º. Argumenta que, havendo essa abertura na Lei Federal n.º 13.979/2020 para que a obrigatoriedade seja imposta em conformidade com a legislação sanitária e na forma da regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, deve-se questionar se os entes subnacionais, desde que cientificamente fundamentados, não poderiam prever também, pelas suas normas sanitárias, outras hipóteses que afastem a obrigatoriedade no uso, respaldadas em fundamentos científicos. Reputa equivocada a decisão recorrida ao afirmar que a norma estadual deixou de considerar obrigatória ou coativa a previsão da lei federal ao tratar a proibição como recomendação, uma vez que, sob o prisma do dever intrínseco ao artigo 3º-A, § 7º, da Lei Federal nº 13.979/2020, não houve nenhuma regulamentação do Estado, que se resumiu a prever a falta de consequência concreta em caso de efetivo descumprimento, o que foi reservado à sua competência, para o que, em termos jurídicos, se estará perante uma recomendação. Aduz que a própria Lei nº 13.979/2020, conquanto fixe a regra da obrigatoriedade do uso de máscaras no caput de seu art. 3º-A, retira os efeitos sancionatórios de seu descumprimento em face “das populações vulneráveis economicamente” (§ 6º), norma que, a par de sua eficácia imediata, apresenta-se como relevante norte interpretativo da disciplina e regulamentação do tema pelos entes federativos, dando abertura para a previsão de casos em que o uso da máscara de proteção possuirá caráter de recomendação. Assevera que a definição presente no Decreto Estadual nº 56.403/2022, ao esclarecer o alcance do plexo normativo anterior (art. 34, §15, do Decreto nº 55.882/21), teve a finalidade de demonstrar que, apesar de inexistir a cominação de multa para o descumprimento, existe uma recomendação a que crianças entre seis e onze anos de idade utilizem máscaras, estando em plena harmonia com a disciplina elaborada em nível federal. Giza que não houve qualquer anotação no Decreto Estadual no sentido de que a utilização das máscaras devesse ou mesmo pudesse não ser realizada; entretanto, emprestou-se-lhe o conteúdo normativo adequado, de recomendação de cumprimento da regra definida no artigo 3-A da Lei Federal nº 13.979/2020, à falta de sanção autoaplicável, ante a reconhecida competência estadual para defini-la, ou não. Menciona o embasamento técnico-científico da política pública do Estado do Rio Grande do Sul. Requer:

b) a concessão do efeito suspensivo, para o efeito de restabelecer a eficácia do Decreto Estadual nº 56.403/2022, em todos os seus termos, ou, subsidiariamente, a dos dispositivos não questionados na demanda, mantendo-se a suspensão da eficácia apenas ao inciso I do seu artigo 1º.

(...)

d) o provimento do recurso, reformando-se a decisão agravada para o efeito de restabelecer a eficácia do Decreto Estadual nº 56.403/2022, em todos os seus termos, ou, subsidiariamente, a dos dispositivos não questionados na



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

demanda, mantendo-se a suspensão da eficácia apenas ao inciso I do seu artigo 1º.

A parte agravada peticionou (Evento 3), suscitando preliminarmente o não conhecimento do agravo de instrumento em razão da preclusão consumativa e da intempestividade. No mérito, requereu o indeferimento do efeito suspensivo postulado.

O Estado juntou petição (Evento 6), manifestando-se sobre as preliminares arguidas pelo agravado.

2. As preliminares de preclusão consumativa e de intempestividade não merecem acolhimento.

A interposição de Agravo de Instrumento pelo Estado perante o juízo de origem (Evento 30) trata-se de mero erro material, na medida em que a petição indubitavelmente é dirigida ao juízo *ad quem* (AGRAVO1, p.1), não se cogitando que tal equívoco seja capaz de configurar preclusão consumativa.

Da mesma sorte, tendo a decisão recorrida sido proferida em 05/03/2022 (Evento 23), a interposição do presente recurso em 06/03/2020 é manifestamente tempestiva.

Preliminares que vão rejeitadas.

As preliminares de decisão *ultra petita* e de falta de interesse processual confundem-se com o mérito da demanda, merecendo análise conjunta.

3. O recurso é tempestivo, tendo sido instruído com cópias da decisão agravada, da certidão de intimação, da procuração outorgada pela parte agravante aos seus procuradores, da inicial da ação, bem como dos demais documentos considerados essenciais ao julgamento da questão. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, em especial o cabimento do recurso (art. 1015, inc. I, do CPC/15), conheço do agravo de instrumento.

4. ASSOCIACAO MAES E PAIS PELA DEMOCRACIA - AMPD ajuizou ação civil contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, requerendo, em sede de tutela de urgência, que seja *suspensa a eficácia do Decreto 56.403/2022, que pretende, de forma ilegal, revogar o caput e o parágrafo 7º, do art. 3º-A, da Lei 13.979, de 2020, para indevidamente flexibilizar a obrigatoriedade do uso de máscara por crianças com menos de 12 anos de idade, garantindo-se, assim, a vigência da referida norma federal, hierarquicamente superior.*



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

O juízo de origem, entendendo presentes os pressupostos para a concessão da medida liminar, deferiu o pedido, dando ensejo à interposição do presente recurso.

O artigo 1.019 do CPC dispõe que, “recebido o agravo de instrumento do tribunal”, o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (inc. I).

Por sua vez, o artigo 300 do CPC, ao dispor sobre a tutela de urgência, assim estabelece:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

De plano, passo à análise dos aludidos requisitos, necessários para a concessão da tutela de urgência.

Requisito da Probabilidade do Direito

Na obra “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, os autores aludem que a “probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a **tutela** dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder **tutela** provisória.”

Segundo Araken de Assis, quando da análise dos pressupostos materiais da liminar, o juiz avaliará se o autor deduz em juízo direito possível, comportando prognóstico menor (verossimilhança) ou maior (evidência) de êxito na respectiva postulação. Realiza o juiz o que se rotulou expressivamente de “cálculo de probabilidade da existência do direito”. Passando ao segundo estágio, ao considerar esse hipotético direito apto a receber a **tutela** reclamada, impedindo seu desaparecimento ou a sua lesão, o juiz aquilatará os meios de prova que levam a esse juízo.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Requisito do Perigo de Dano ou do Risco ao Resultado Útil do Processo

Para os autores da obra supracitada (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil), tal requisito nada mais é do que o perigo da demora, isto é, a **tutela** provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora (“pericolo di tardività”, na clássica expressão de Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari* cit.). Vale dizer: há **urgência** quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.

Já Araken de Assis leciona que o perigo hábil à concessão da liminar reside na circunstância que a manutenção do status quo poderá tornar inútil a garantia (segurança para a execução) ou a posterior realização do direito (execução para segurança).

A Situação Concreta dos Autos

A parte autora sustenta, em síntese, que o Decreto Estadual nº 56.403/22, ao alterar o Decreto nº 55.882/21, contrariou norma federal para não tornar mais obrigatório o uso de máscara por crianças com menores de 12 anos de idade.

Sobre a competência dos entes federados para o cuidado e defesa da saúde, dispõe a Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (Vide ADPF 672)

.....

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Convém ressaltar o julgamento da ADI 6341 MC-Ref pelo Tribunal Pleno do STF em 15/04/2020, no qual ficou confirmado o entendimento de que de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Eis a ementa do julgado:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

(ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020)

E como referido Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 672 MC-Ref, o Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

(ADPF 672 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020)

A Lei Federal nº 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, estabeleceu o seguinte quanto à obrigatoriedade de utilização de máscara de proteção individual por crianças:

*Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em: **(Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020) (Vide ADPF 714)***

(...)

*§ 7º A obrigação prevista no **caput** deste artigo será dispensada no caso de pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que as impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção facial, conforme declaração médica, que poderá ser obtida por meio digital, bem como no caso de crianças com menos de 3 (três) anos de idade. **(Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)***

Nesse contexto, o Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto nº 55.882/21, de 15/05/2021, instituindo o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 no âmbito estadual, o qual dispunha em sua redação original:

Art. 8º As medidas sanitárias de prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 classificam-se em:

I - protocolos gerais obrigatórios: estabelecidos nos artigos 9º e 10 deste Decreto e de aplicação obrigatória em todo o território estadual;

II - protocolos de atividade obrigatórios: estabelecidos por grupo de atividades econômicas no Anexo Único deste Decreto e de aplicação obrigatória em todo o território estadual;

e III - protocolos de atividade variáveis: estabelecidos por grupo de atividades econômicas no Anexo Único deste Decreto e de aplicação nos Municípios que não adotarem protocolos variáveis próprios.

Parágrafo único. Os protocolos de atividade variáveis poderão estabelecer critérios de funcionamento para os estabelecimentos, públicos ou privados, comerciais ou industriais, tais como: I - teto de operação e lotação dos



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

ambientes; II - modo de operação; III - horário de funcionamento; IV - medidas variáveis, como o monitoramento de temperatura e a testagem dos trabalhadores, dentre outras.

Art. 9º São protocolos gerais obrigatórios, de adoção obrigatória por todos, para fins de prevenção e de enfrentamento à pandemia de COVID-19, dentre outros:

(...)

VI - manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme o disposto no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, em estabelecimentos comerciais, industriais e de ensino, templos religiosos e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas, bem como nas suas respectivas áreas de circulação.

§ 1º É também obrigatório o uso da máscara de proteção facial de que trata o inciso VI deste artigo, dentre outros, nos seguintes locais: I - hospitais e postos de saúde; II - elevadores e escadas, inclusive rolantes; III - repartições públicas; IV - salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo, salas de teatro e cinema, quando permitido o seu funcionamento; V - veículos de transporte público, coletivo e individual, bem como os veículos de transporte privado de passageiros por meio de aplicativos; VI - aglomerações de três ou mais pessoas, ainda que em ambiente aberto ou em via pública, tais como paradas de ônibus, filas, parques, praças, orlas, calçadas, escadarias e corredores. VII - ônibus, aeronaves ou embarcações de uso coletivo fretados; VIII - demais recintos coletivos fechados, de natureza privada ou pública, destinados à permanente utilização simultânea por várias pessoas.

§ 2º A máscara a que se refere o inciso VI deste artigo pode ser artesanal ou industrial e sua utilização deve estar bem ajustada e obrigatoriamente manter boca e nariz cobertos.

§ 3º A obrigação prevista no inciso VI artigo será dispensada no caso de pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que as impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção facial, conforme declaração médica, que poderá ser obtida por meio digital, bem como no caso de crianças com menos de três anos de idade.

§ 4º As concessionárias e empresas de transporte público deverão atuar em colaboração com o Poder Público na fiscalização do cumprimento das normas de utilização obrigatória de máscaras de proteção facial, podendo



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

inclusive vedar, nos terminais e meios de transporte por elas operados, a entrada de passageiros em desacordo com as normas estabelecidas pelo respectivo poder concedente.

Com efeito, o art. 8º do Decreto nº 55.882/21, no âmbito da política estadual sanitária de enfrentamento à pandemia, classificava os protocolos sanitários a serem obedecidos por todos os cidadãos e por grupos de atividades econômicas, sendo que protocolos gerais obrigatórios (inciso I) foram estabelecidos nos arts. 9º e 10.

No art. 9º estão arrolados os **protocolos gerais obrigatórios, a serem adotados por todos**, dentre os quais **manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual**, conforme o disposto no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, para circulação **em espaços públicos e privados** acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, em estabelecimentos comerciais, industriais e de ensino, templos religiosos e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas, bem como nas suas respectivas áreas de circulação (inciso VI). O §3º do mesmo artigo menciona dispensa de uso de máscara análoga à constante do §7º do art. 3-A da Lei nº 13.979/20.

O art. 10, por sua vez, é dirigido a estabelecimentos públicos e privados, mas não menciona qualquer protocolo de uso de máscaras respiratórias.

Em 18/11/2021, o Estado editou o Decreto nº 56.199/21, veiculando alteração nos protocolos sanitários de enfrentamento à pandemia de COVID-10, onde se vê, pela primeira vez, o surgimento de protocolos de recomendações:

I - os incisos I, II e III do art. 8º passam a ter a seguinte redação:

Art. 8º...

I - protocolos gerais obrigatórios: estabelecidos no art. 12 deste Decreto e de aplicação obrigatória em todo o território estadual;

II - protocolos de atividade obrigatórios: estabelecidos mediante deliberação do Gabinete de Crise para o Enfrentamento da Epidemia de COVID-19, de que trata o art. 1º do Decreto nº 55.129, de 19 de março de 2020, diante de circunstâncias fáticas e técnicas que evidenciem o agravamento da pandemia de COVID-19, e de aplicação territorial limitada ao mínimo necessário, na forma do disposto no art. 6º deste Decreto;

III - protocolos de recomendações: estabelecidos no art. 10 deste Decreto e de aplicação recomendada.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Como se extrai da redação do art. 8º do Decreto nº 56.199/21, os protocolos de recomendações passaram a constar do art. 10 (que antes veiculava obrigações a estabelecimentos), ao passo que os protocolos gerais obrigatórios foram deslocados para o art. 12, tendo sido revogado o art. 9º, que anteriormente tratava do assunto. Ocorre que os protocolos de recomendações (art. 10) nada dispõem acerca do uso do máscaras, sendo irrelevante a alteração legislativa para o deslinde da controvérsia:

III - o art. 10 passa a ter a seguinte redação:

Art. 10. Fica recomendada a adoção por todas as pessoas das seguintes medidas de prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19:

I - a observância do distanciamento social, restringindo a circulação, as visitas e as reuniões presenciais;

II - a observância de cuidados pessoais, sobretudo da lavagem das mãos, antes e após a realização de quaisquer tarefas, com a utilização de produtos assépticos, como sabão ou álcool 70% (setenta por cento), bem como da higienização, com produtos adequados, dos instrumentos domésticos e de trabalho;

III - a observância do distanciamento interpessoal de dois metros, sempre que possível, e não menos de um metro, evitando-se a formação de aglomerações de pessoas nos recintos ou nas áreas internas e externas de circulação ou de espera, bem como nas calçadas, portarias e entradas dos prédios e estabelecimentos, públicos ou privados; e

IV - a manutenção dos ambientes arejados e bem ventilados, garantindo a circulação e renovação do ar, com portas e janelas abertas, sempre que possível.

§ 1º Fica facultada a substituição das medidas de que tratam os incisos do caput deste artigo pela solicitação de testagem para o ingresso em eventos, estabelecimentos ou locais de uso coletivo, observadas as orientações médicas e sanitárias.

§ 2º Os Municípios poderão, diante de circunstâncias fáticas e técnicas que o justifiquem, tornar obrigatórias as recomendações de que trata o “caput” deste artigo.

Já o art. 12, inciso II, mantém a obrigação do uso de máscaras de proteção individual para a circulação em espaços públicos, *na forma e nos locais e nos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979:*

V - o art. 12. passa a ter a seguinte redação:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Art. 12. São protocolos gerais obrigatórios para fins de prevenção e de enfrentamento à pandemia de COVID-19, dentre outros expressamente previstos:

I - a disponibilização, por todo e qualquer estabelecimento, de produtos assépticos para lavagem das mãos, como sabão ou álcool 70% (setenta por cento), a seus empregados e clientes;

II - a utilização, mantendo-se boca e nariz cobertos, de máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos, na forma e nos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, ressalvada a hipótese de que trata o § 15 do art. 34 deste Decreto; e

III - a determinação, pelo encarregado, de encaminhamento imediato para atendimento médico e o afastamento do trabalho, conforme determinação médica, dos empregados dos estabelecimentos destinados à utilização simultânea por várias pessoas, de natureza pública ou privada, comercial ou industrial, fechado ou aberto, com atendimento a público amplo ou restrito, quando verificada a presença de sintomas de contaminação pelo novo Coronavírus (COVID-19).

É contraditória a nova redação do inciso II, pois ao mesmo tempo que alude à forma e aos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, estabelece obrigação apenas para a circulação em espaços públicos, sendo que a lei que lhe dá suporte é mais abrangente - "*para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em...*".

Todavia, não é esse o ato administrativo impugnado na presente demanda.

É relevante ressaltar, antes de examinar o Decreto nº 56.403/22, que foi o Decreto nº 56.199/21 que introduziu o §15 ao art. 34 do Decreto nº 55.882/21, em que o Estado **abre mão da aplicação das sanções de multa e advertência** para o descumprimento do uso de máscaras para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivo *por crianças ou adolescentes menores de 12 (doze) anos de idade, vedada a responsabilização de seus pais, curadores, tutores, educadores ou dos estabelecimentos comerciais, de ensino ou templos religiosos:*

Art. 34. Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, são infrações às medidas sanitárias estabelecidas para a prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19, passíveis das seguintes sanções:

(...)



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

VII - descumprir a determinação legal de manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos: pena - advertência ou multa;

(...)

§ 13. Na hipótese de que trata o inciso VII do “caput” deste artigo, quando não aplicável o disposto no § 10 deste artigo, será aplicada ao infrator a multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e, em caso de reincidência, a multa de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

(...)

§ 15. Não se aplicam a multa nem a advertência de que trata o inciso VII do “caput”, combinado com o § 13 deste artigo, quando se tratar do descumprimento do disposto no caput do art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, por crianças ou adolescentes menores de 12 (doze) anos de idade, vedada a responsabilização de seus pais, curadores, tutores, educadores ou dos estabelecimentos comerciais, de ensino ou templos religiosos.

Finalmente, em 26/02/2022, sobreveio o Decreto nº 56.403/22, que efetivamente inova nos protocolos sanitários relativos ao uso de máscaras, nos seguintes termos:

Art. 1º No Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território estadual e dá outras providências, e com fundamento no Parecer Técnico constante do Anexo Único deste Decreto, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I - fica inserido o inciso V, do art. 10, com a seguinte redação:

Art. 10

...

V - a utilização de máscara de proteção individual por crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade, mantendo-se boca e nariz cobertos, mediante supervisão de um responsável para orientações sobre colocação e retirada da máscara.

II - fica alterado o inciso II, do art. 12, que passa a contar com a seguinte redação:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Art. 12

...

II - a utilização de máscara de proteção individual por pessoas maiores de 12 anos, para circulação em espaços públicos, mantendo-se boca e nariz cobertos, na forma e nos locais definidos no art. 3º-A da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Das alterações promovidas pelo Decreto nº 56.403/22, extrai-se que o Estado passou a inserir a conduta do uso de máscaras de proteção respiratória para crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade **como protocolo de recomendação** (art. 10, inciso V), e a conduta de uso de máscaras por pessoas maiores de 12 anos como protocolo de obrigação geral para circulação em espaços públicos (art. 12, inciso II).

Conforme já decidiu a Câmara, "os Municípios não podem desbordar dos limites traçados tanto pela União, quanto pelo Estado, na medida em que podem apenas suplementar o que já definido, **quicá ampliando as restrições impostas pelo ente estatal, considerado o interesse local (art. 30, II, da Constituição da República)**". A ementa é a seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SINIMBU. SERVIDORA EM GRUPO DE RISCO QUANTO À COVID-19. GESTANTE. REGIME PREFERENCIAL DE TELETRABALHO. 1. No tocante ao regramento das medidas sanitárias para a proteção da população contra a COVID-19, os Municípios não podem desbordar dos limites traçados tanto pela União, quanto pelo Estado, na medida em que podem apenas suplementar o que já definido, quicá ampliando as restrições impostas pelo ente estatal, considerado o interesse local (art. 30, II, da Constituição da República). 2. No Município de Sinimbu, o Decreto Municipal nº 2.674/20 alterou o Decreto Municipal nº 2.588/20, retirando a previsão de teletrabalho das servidoras gestantes, o que era incompatível com o disposto no Decreto Estadual nº 55.240/2020. 3. No entanto, o Decreto Estadual nº 55.240/2020 foi revogado pelo Decreto Estadual nº 55.882/21, que instituiu o Sistema de Avisos, Alertas e Ações e deixou de conferir proteção diferenciada aos servidores públicos integrantes dos grupos de risco, não havendo mais amparo legal ao afastamento da impetrante de suas atividades presenciais. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento, Nº 50337142120218217000, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em: 24-06-2021)

Idêntica conclusão é aplicável ao Estado, no sentido de que lhe é vedado implementar políticas públicas de saúde de enfrentamento da pandemia de COVID-19 menos restritivas do que aquelas adotadas pela União, como no



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

caso concreto, que versa sobre a obrigatoriedade de utilização de máscara de proteção individual por crianças.

O histórico de sucessão de decretos supramencionado empresta um juízo desfavorável de probabilidade de provimento do agravo de instrumento interposto, na medida em que, aparentemente, **em cognição sumária e não exauriente**, houve um processo de abrandamento dos protocolos sanitários de enfrentamento à pandemia de COVID-19 pelo Estado, mormente em relação ao que determina o **art. 3º-A, §7º, da Lei nº 13.979/20**, que dispensa a obrigatoriedade de uso de máscaras de proteção facial para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos *apenas para crianças com menos de três anos de idade*, que é o que se discute na presente ação civil pública.

No que interessa à solução da controvérsia, ressalto que as outras exceções estabelecidas pelo §7º - para pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que as impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção facial - aparentemente desbordam dos limites da lide, que investe apenas contra o critério etário mais flexível adotado pelo Estado.

Deve se ter presente que a decisão agravada, na sua fundamentação, está, à primeira vista, em alinhamento com a orientação hermenêutica do Supremo Tribunal Federal no que concerne à competência do Estado para a tomada de providências normativas e administrativas de enfrentamento da emergência de saúde pública, tendo adotado, ademais, **interpretação de prudência, em favor da melhor concretização de medidas sanitárias garantidoras do direito coletivo à saúde.**

Retomando a análise das preliminares, não vislumbro que decisão agravada seja *ultra petita*, pois o juízo originário, após a interposição do recurso de agravo de instrumento, procedeu à delimitação da liminar, suspendendo apenas a eficácia do art. 1º, incisos I e II do Decreto nº 56.503 de 26 de Fevereiro de 2022, até o julgamento deste processo (Evento 34). E como referido pelo juízo de primeiro grau, *não surtiria qualquer efeito prático a suspensão da eficácia apenas do inciso I, já que o inciso II acabaria por retirar a obrigatoriedade do uso de máscaras por menores de 12 anos de idade.* Ademais, o próprio Estado abandona a preliminar suscitada na petição do Evento 6.

Tampouco é robusta a preliminar deduzida pelo Estado de falta de interesse recursal, na medida em que o escopo do art. 34, §15, do Decreto Estadual nº 55.882/21, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 56.199/21, é apenas a regulamentação das sanções de multa e advertência para o descumprimento da



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

utilização de máscara de proteção facial por crianças ou adolescentes menores de 12 anos de idade, o que não se confunde, em juízo sumário, com a obrigatoriedade ou não da conduta em si.

Saliento, ademais, que a própria redação do caput do art. 34 do Decreto Estadual nº 55.882/21 inicia com uma ressalva: "*Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis*", isto é, a opção administrativa de não sancionar com advertência ou multa a conduta da não utilização de máscaras por menores de doze anos de idade não isenta, necessariamente, os seus responsáveis legais de outras possíveis consequências jurídicas do descumprimento da obrigação.

Outrossim, a própria classificação de protocolos que passou a ser adotada pelo Estado, incluindo o uso de máscaras de proteção respiratória por por crianças maiores de seis e menores de doze anos de idade como protocolo de mera recomendação (art. 10, inciso V), sinaliza uma alteração da política pública sanitária estadual até então vigente, no sentido de se afastar - para menos, o que é vedado - da obrigação imposta pelo art. 3º-A, §7º, da Lei nº 13.979/20, compulsória enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19.

É desnecessário dizer o quanto é importante para a comunidade gaúcha a decisão oficial do Estado do Rio Grande do Sul, cujos efeitos não decorrem somente da previsão de sanções administrativas a serem impostas, mas, também, da orientação adotada pelo ente público. No plano normativo e da divisão de competências em matéria de saúde pública durante a pandemia causada pelo Coronavírus, como já destacado, firmou-se o entendimento jurisprudencial do STF no sentido de que a autonomia dos entes federados poderia ser exercida para aumentar o caráter restritivo das medidas sanitárias, considerando as peculiaridades locais. Ao menos em um breve exame da complexidade de decretos emitidos, o Estado optou pelo caminho inverso no específico tema do uso de máscaras, o que, ao menos neste momento processual, não se afigura legítimo.

Logo, nos termos da fundamentação, **INDEFIRO** o pedido de antecipação da **tutela** recursal postulado.

5. Intime-se.

6. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público para parecer.

7. Após, voltem conclusos para julgamento.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Cível

Documento assinado eletronicamente por **LEONEL PIRES OHLWEILER, Desembargador Relator**, em 8/3/2022, às 17:57:28, 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 **20001799982v69** e o código CRC **3c1fe7c8**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LEONEL PIRES OHLWEILER
Data e Hora: 8/3/2022, às 17:57:28

5040710-98.2022.8.21.7000

20001799982 .V69