

Nota técnica nº 018.2022 - Uso de máscaras por crianças - Alcance do Decreto Estadual nº 56.403/2022

I - O novo decreto

O recentíssimo Decreto nº 56.403, de 26 de fevereiro de 2022, editado pelo Governador Eduardo Leite, modificou o Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que instituiu o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19. A modificação, apesar de singela, é importante:

- a) **recomenda**, em vez de obrigar, a utilização de máscara de proteção individual por crianças **maiores de seis e menores de doze anos de idade**;
- b) obriga a utilização de máscara de proteção por pessoas maiores de 12 anos de idade;

Na verdade, o Governo do Estado apenas efetuou um alinhamento em relação à vigente recomendação da Organização Mundial da Saúde¹. De acordo com a OMS, crianças com 05 anos de idade ou menos **não devem ser obrigadas, em qualquer hipótese, à utilização do uso de máscaras**. Em relação a crianças que estejam na faixa dos 06 a 11 anos de idade, a utilização das máscaras **pode ser recomendável**, sempre em consideração aos seguintes elementos: a existência de transmissão generalizada na área em que reside a criança; a capacidade de utilização do artefato de maneira adequada, com supervisão e higienização; o impacto potencial na aprendizagem e no desenvolvimento psicossocial; a ocorrência de interações específicas da criança com pessoas que eventualmente corram o risco de desenvolver doenças graves.

¹ O documento pode ser consultado no site oficial da OMS. Ver: <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/q-a-children-and-masks-related-to-covid-19>.

Não por acaso, esses elementos estão devidamente considerados no Parecer Técnico que ampara e fundamenta o novo regramento estadual². O documento contém ampla avaliação acerca das melhores evidências disponíveis e a sua principal conclusão é, sintética e literalmente, a seguinte: “*não há como formatar uma orientação obrigatória e universal para o público entre 2 e 12 anos*”. Embora o parecer explicita, corroborando as disposições do próprio decreto, que o uso de máscaras em crianças de 6 a 11 anos de idade deve ser **recomendado**, a retirada da obrigatoriedade indica a necessidade de um exame singular, caso a caso, em consideração às peculiaridades de cada criança e, do ponto de vista comunitário, de cada região.

O fato é que a obrigação geral e irrestrita para menores de 12 anos mostra-se não apenas desproporcional à fotografia *de momento* da pandemia, como termina por desconsiderar, com rigidez injustificada, os elementos vinculados ao pleno desenvolvimento das relações afetivas e das competências de aprendizagem das crianças. A correção do decreto estadual repousa na legitimidade da ponderação que realiza: em consideração a todos esses elementos, a eliminação da obrigatoriedade geral e irrestrita é, nesse sentido, a medida mais adequada.

II - Os municípios devem obediência ao decreto?

Os municípios devem, em princípio, observar o decreto estadual, eliminando a obrigatoriedade irrestrita do uso de máscaras para menores de 12 anos.

Ao longo da pandemia, principalmente em virtude da dificuldade de entendimento entre as distintas esferas federativas, o Supremo Tribunal

² Para consultar o texto do decreto e, especialmente, o parecer técnico da Secretaria Estadual de Saúde, basta acessar: <https://estado.rs.gov.br/upload/arquivos//decreto-56-403-26022022.pdf>.

Federal, julgando a paradigmática ADI nº 6.341³, buscou resguardar as competências estaduais e municipais, reafirmando a competência material comum de todos os entes da federação para proteger o direito à saúde. A decisão não estabeleceu critérios de competência explícitos e bem delimitados. Por isso, convencionou-se que estaria valendo a seguinte máxima: em eventual conflito normativo entre medidas estaduais e municipais, prevalecerá aquela que for mais restritiva.

Essa é, porém, uma maneira simplificada (e, em certa medida, equivocada) de enfrentar a questão. É que o Supremo Tribunal Federal fixou, na verdade, o seguinte critério, observável já na ementa da decisão:

“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**” (grifos nossos).

Não se trata, portanto, de fazer prevalecer *sempre* a medida mais restritiva em relação à circulação de pessoas, ao funcionamento do comércio, ao uso de máscaras. Cuida-se, isto sim, de priorizar a medida que **melhor realize o direito à saúde**; e isso nem sempre se harmoniza com uma restrição. Restrições podem ser indevidas, excessivas e, em uma complexa ponderação entre os fatores envolvidos, podem terminar não só por prejudicar a própria proteção da saúde, mas também por comprometer, desnecessariamente e sem justificativa adequada, outros valores e direitos em jogo, como, por exemplo, o direito à educação.

Basta que se pense na seguinte hipótese: seria legítimo que no momento atual, sem indicação de algum tipo de surto ou justificativa equivalente, um município “X” resolvesse voltar a fechar as escolas? Se adotássemos o simplório

³ O acórdão completo, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, pode ser acessado aqui: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>.

critério da prevalência da medida mais restritiva, deveríamos afirmar a legitimidade desse tipo de medida. Afinal, ela seria mais restritiva que o regramento estadual. Mas não é esse o caso. Uma medida como essa seria injustificada, irrazoável, desproporcional e, portanto, ilegítima. **Sendo assim, o Município não está autorizado a tomar sempre a medida mais restritiva.** Não se poderia sujeitar toda a comunidade ao arbítrio, ao excesso de cautela ou à desproporção do comando local.

Por isso que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no pequeno trecho acima transcrito, acrescenta que a atuação deve estar “**amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde**”. E vai ainda mais além ao tratar da vinculação do gestor público às diretrizes da OMS:

“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**” (grifos nossos).

Note-se que, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as diretrizes da Organização Mundial da Saúde são vinculantes. Os entes federados não podem simplesmente e arbitrariamente deixar de observá-las. Em palavras mais simples: **não podem os entes federados orgulhar-se de “seguir a OMS” para estabelecer restrições e, por outro lado, negar-se a aplicar diretrizes - da mesma OMS - que eventualmente relaxem e flexibilizem essas restrições.** Não se pode fundamentar o uso de máscaras em recomendações da OMS e, contraditoriamente, ignorar que essas mesmas recomendações rejeitam a obrigatoriedade geral e irrestrita para menores de 12 anos. Essa espécie de contradição não é tolerável no campo da Administração Pública.

Em conclusão, **os municípios são obrigados a seguir as orientações do decreto estadual.**

Somente em **hipóteses excepcionais** o ente municipal poderia invocar a sua autonomia federativa para estabelecer o uso obrigatório de máscaras para menores de 12 anos (e mesmo assim, jamais alcançando crianças menores de 06 anos de idade, ante a necessidade de observância dessa regra geral da OMS). Ou seja: somente em hipóteses excepcionais o município poderia acionar o dispositivo contido no art. 10, §2º, do Decreto Estadual nº 55.882/2021, que assim reza:

“os Municípios poderão, diante de circunstâncias **fáticas e técnicas que o justifiquem**, tornar obrigatórias as recomendações de que trata o “caput” deste artigo (grifos nossos)”.

Aqui, não basta a existência de um parecer ou de uma nota técnica referendando a importância da restrição. *Primeiro*, é necessário que as justificativas técnicas sejam suficientemente robustas para transformar uma recomendação em exigência; isto é, as justificativas devem ser suficientemente robustas para superar a compreensão técnica que ampara a regra estadual. *Segundo e mais importante*, é preciso que haja **circunstâncias fáticas** que fundamentem a necessidade de restrição.

As competências municipais, no sistema constitucional brasileiro, são sempre estabelecidas pela fórmula do *interesse local*. No caso do uso de máscaras para crianças, o Município que desejasse adotar uma ação mais restritiva deveria apresentar, por exemplo, dados que apontassem algum surto na região, o aumento irrefreável do número de casos, a incapacidade hospitalar; enfim, a restrição exige a demonstração robusta de que há, em determinada hipótese, um *interesse local* que se distingue claramente das circunstâncias fáticas que orientam as normas de todo o resto do Estado.

III

As escolas privadas devem obediência ao decreto?

Essa questão é mais delicada que a anterior. Em princípio, as instituições privadas têm relativa autonomia para impor determinadas regras de convivência. Em um cenário pandêmico, não seria irrazoável admitir que instituições privadas de ensino, em observância ao vínculo contratual estabelecido com os pais e responsáveis pelos alunos, estabelecessem regras próprias - quiçá mais restritivas - de proteção à saúde da comunidade escolar. Isso poderia justificar-se, ainda, pelo fato de que a própria escola, contando com apoio pedagógico próprio e especializado, tem, ao menos em tese, condições de examinar, concretamente, os prejuízos ao aprendizado que eventualmente decorram da medida restritiva.

Essa questão ainda não foi suficientemente debatida na esfera judicial; e, por isso, não há como estabelecer uma orientação jurídica solidamente segura. A situação torna-se ainda mais complexa ao considerarmos que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, formou maioria para reconhecer que as universidades federais, em nome de sua autonomia (uma espécie de “autogoverno”) podem exigir comprovante de vacinação de seus estudantes⁴. Não poderia o Ministério da Educação, nesse contexto, criar uma regra geral que suplantasse a possibilidade de as próprias universidades estabelecerem suas próprias normas restritivas.

Aqui, convém fazer uma simples ressalva. Essa noção de “autonomia” não é, por óbvio, aplicável às escolas municipais e estaduais. Essas unidades de ensino possuem um vínculo de subordinação com os órgãos de comando da Administração Pública, com a “pessoa política” com a qual se relacionam.

⁴<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/02/stf-forma-maioria-para-suspender-veto-do-mec-a-passaporte-da-vacina-em-universidades.shtml>.

Nesse sentido, uma escola estadual, por exemplo, não teria autonomia para criar, para si, uma regra específica, distinta daquilo que determine o comando normativo válido para todo o Estado.

De todo modo, o reconhecimento da autonomia das universidades no tema do “passaporte vacinal”, em que pese se possa criticar a construção desse posicionamento judicial, pode ser um indício de que os tribunais tenderiam a estender esse mesmo entendimento às instituições privadas de ensino, atribuindo-lhes autonomia privada, própria das relações contratuais, para a definição da obrigatoriedade do uso de máscaras. A probabilidade de que isso aconteça não é desprezível, especialmente diante da inexistência de uma lei que, expressamente, **vede** a exigência irrestrita do uso de máscaras por menores de 12 anos.

Diante disso, é prudente, ao menos em um primeiro momento, que a comunidade escolar conserve a expectativa de ter de decidir esse tema **na qualidade de comunidade escolar**, isto é, na relação estabelecida entre pais, alunos, professores e a direção da instituição.

Não quer dizer que não haja argumentos suficientemente razoáveis para sustentar, no ponto específico do uso de máscaras por crianças, a obrigatoriedade de observância do decreto estadual pelas escolas privadas.

Primeiro: porque o decreto estadual segue as recomendações da Organização Mundial da Saúde e, como já visto, o próprio Supremo Tribunal Federal estabelece que as medidas restritivas devem obediência a essas diretrizes. *Segundo:* a máscara não é um uniforme, ela não está inserida no âmbito de disposição próprio do funcionamento do ambiente escolar. *Terceiro:* se a máscara não é parte daquilo que poderia integrar a relação contratual entre pais (ou responsáveis) e a instituição, então a sua utilização deriva estritamente de normas dirigidas a toda a comunidade e, portanto, estabelecidas pelo Poder

Público. *Quarto*: uma vez considerado o anterior, é preciso compreender que as normativas estaduais não se dirigem às escolas, mas aos *indivíduos* que devem (ou estão dispensados de) utilizar as máscaras, ou, no caso das crianças, aos pais e responsáveis que devem zelar pela aplicação dessas normas. *Quinto*: se isso é assim, **então é possível concluir que a retirada da obrigatoriedade não se dirige à instituição de ensino, mas às crianças e aos seus pais**; ou seja, não se trata de transferir para a escola a decisão sobre a utilização ou não das máscaras por crianças, mas sim aos pais, que, em conjunto com seus filhos, têm a prerrogativa de tomar essa decisão.

É o parecer.

Deputado Fábio Ostermann

Deputado Giuseppe Riesgo

Frederico Cosentino - Coordenador-Geral da Bancada

Pedro Moreira - Assessor Jurídico da Bancada