

Em tempos em que a vida e a saúde – seja ela física e/ou psíquica – ganharam tamanha importância, referidos bens ínsitos ao ser humano devem ser reconhecidos e ainda mais valorizados e protegidos, não apenas pelo indivíduo em si, mas igualmente pelos demais Poderes da República.

Hoje, há o confronto entre quais direitos fundamentais devem prevalecer: vida ou educação? Decisões recentes sobre se as escolas públicas e particulares devem reabrir ganharam o palco do mundo jurídico. E nossas crianças? Como fica a saúde mental desses seres ainda em estágio peculiar de desenvolvimento, sua interação social e seu aprendizado? Afinal, as escolas devem retomar as aulas presenciais ou manter as aulas à distância? Qual será o impacto na rede pública de ensino?

Se há uma verdade absoluta é que tudo é relativo – em especial nas ciências jurídicas – havendo correntes doutrinárias para as mais variadas teses e casos. Tudo é “debatível”. Decisões antagônicas para o mesmo caso comprovam a relatividade do Direito, e por quê não dizer da vida também?

No presente estudo, tentaremos elucidar, da melhor maneira possível, o que entendemos sobre esta colisão tão peculiar de direitos fundamentais de tamanha importância – em especial nas atuais circunstâncias – e qual seria nossa posição sobre a volta às aulas presenciais.

1- BREVES CONSIDERAÇÕES ENTRE DIREITO À SAÚDE PLENA E À EDUCAÇÃO

O direito à saúde plena, corolário do direito à vida, é reconhecido e estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948, na exegese conjunta dos artigos 3º e 25. Nossa Constituição Federal, por sua vez, assegura a saúde como um direito fundamental, nos artigos 6º e 196, instituindo-o não apenas como um direito do cidadão, mas também num dever do Estado. A saúde, por ser um direito umbelicalmente ligado à vida, deve ser entendido num **direito de defesa** do cidadão, na medida em que muito difícil definirmos aonde começa um e termina o outro, impondo uma obrigação estatal de assegurar a sua preservação e fruição. Afinal, a vida sem a saúde básica à sua fruição não pode ser considerada numa existência digna da pessoa.

A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelece, em seu art. 2º, § 1º, que “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na **formulação e execução de políticas econômicas e sociais** que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, instituindo, portanto, um mecanismo protecionista, qual seja, o **princípio de prevenção** na formulação e implementação das políticas públicas em saúde pública.

No mais, vejam, segundo dispõe a mesma lei federal, a saúde constitui-se como um verdadeiro **fator condicionante** ao pleno exercício diversos direitos fundamentais, dentre eles, o do trabalho e da educação. Idêntica conclusão é extraída da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual estipula que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” e que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano”. Ou seja, sem a saúde, atributo mais básico do ser humano, direito indisponível da pessoa, não se pode usufruir dos demais bens e direitos que a vida tem a nos oferecer, aproximando-o muito mais, a nosso ver e s.m.j., de um direito de defesa, portanto. A executoriedade deste direito, pelo Estado, é que deve ser tomada em seu viés de direito prestacional.

Por sua vez, o direito à educação, previsto no art. 205 da Constituição cidadã, serve como base não só ao *desenvolvimento da pessoa*, mas também para fins de *inseri-la no contexto sócio-político de seu país*, visando a que esta exerça com a mais absoluta plenitude e liberdade, sua cidadania, além de, obviamente, *qualificá-la ao mercado de trabalho*, constituindo-se num verdadeiro **direito à prestação material** propriamente dito.

Muito importante tal diferenciação, na medida em que, no tocante ao direito à saúde, o Estado possui um dever de agir, obrigatório, de forma mais qualificada e eficiente possível. Relegá-lo à condição de direito à prestação material, condicionando-o a fatores econômicos e à vontade do administrador público implica na mitigação de sua importância, significando dizer que a vida só importa na exata medida das possibilidades financeiras estatal. Ao passo que o segundo se submete à chamada **reserva do possível**, ou seja, às possibilidades econômicas, técnicas e de pessoal constituídas à época de sua implementação.

Numa visão que leva em conta o atual cenário mundial de pandemia, a covid-19 acabou escancarando as inúmeras e indiscutíveis falhas no sistema econômico adotado pelo Brasil, quando a grande maioria dos alunos matriculados em instituições públicas não conseguiram ter um acesso mínimo à educação, na modalidade à distância, evidenciando que milhares de brasileiros ainda vivem, em pleno século XXI e no mundo globalizado de hoje, sem o alcance da internet – um bem de consumo básico da comunicação –, ferindo de morte os princípios da **igualdade de condições de acesso ao ensino e garantia do padrão de qualidade**, preconizados nos incs. I e VII respectivamente do art. 206 da Lei Magna¹.

¹ O renomado autor LINDGREN ALVES, inclusive, aponta em sua obra “A arquitetura internacional dos direitos humanos”, que os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem haver uma reserva financeira por parte dos Estados-membros do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais E Culturais, incorporado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, e que, por isso, “acaba-se assumindo, ainda que involuntariamente, em termos práticos, a interpretação liberalista tradicional de que eles não seriam efetivamente direitos, mas simples metas a

Mesmo os profissionais da educação – que têm sua **valorização erigida à condição de princípio**, previsto textualmente no art. 206, V da Constituição Federal c.c. art. 3º, VII da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDBE) – estão sendo **constante e diariamente sobre carregados** não apenas com o desenvolvimento das atividades docentes típicas, mas também – ainda que em *home office* – com trabalho excessivo e desgastante, sem levar em conta suas condições pessoais, em especial sua saúde mental.

Há indiscutivelmente uma diferença absurda entre dar aulas presenciais e aulas *on line*. Muitos – em especial os que lecionam no ensino privado – estão visivelmente esgotados, com atribuições curriculares em excesso, além de, para aqueles que retomaram as atividades presenciais, serem forçados a darem aula sem condições mínimas de prevenção à covid-19, como aferição de temperatura de alunos, máscaras, protetores faciais, luvas, água e sabão, salas arejadas, etc.

Não apenas a preocupação em contrair a doença, mas também a questão da acessibilidade e manuseio das plataformas digitais de interação com os alunos acabam por gerar angustia demasiada. Males como medo, ansiedade e exaustão física e mental são os maiores males atuais que rodeiam os verdadeiros heróis da nação. Neste sentido, diversos sites advertem sobre a atenção à saúde mental e acolhimento destes profissionais em tempos de pandemia².

A cultura brasileira enxerga nas escolas um verdadeiro local legalizado de **depósito de crianças**. Quanto mais tempo na escola, melhor. Menos tempo com as crianças é inversamente equivalente a mais tempo de trabalho e, quanto mais tempo de trabalho, mais dinheiro, melhores condições de vida, etc. Daí o círculo vicioso em que vivemos. Temos de entregar resultados, bater metas periódicas, conseguir mais dinheiro, pagar contas e, com isso, mudamos o substantivo “prioridade”, retirando-o do lado da palavra “filho” e o realocando ao lado da palavra “trabalho”, enxergando na escola um subterfúgio legalmente válido para tanto e, muitas vezes, como única rede de apoio familiar.

A LDBE vincula o ensino ao mundo do trabalho, à prática profissional, ao aprendizado de um ofício ou profissão, consoante a exegese dos arts. 1º, § 2º, 2º, *caput* e 3º, XI. Entretanto, o que vemos é um ensino – em especial, o público – extremamente defasado, que não leva em conta a percepção de mundo de cada aluno, suas aptidões físicas e intelectuais, suas individualidades e o potencial de cada aluno em si. A grade curricular acaba sendo repassada de forma única a todos, indistintamente, desrespeitando não apenas a individualidade de cada criança, como seu mais pleno desenvolvimento.

Na seara constitucional, percebemos que deva haver uma prevalência do direito à saúde em relação ao direito à educação. A prevalência, entretanto, não se faz de maneira absoluta e definitiva, mas apenas de forma relativa, provisória e circunstancial, na medida em que a educação também é importante e deve ser implementada da melhor maneira

serem perseguidas”, in LINDGREN ALVES, José Augusto. A ARQUITETURA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. São Paulo. FTD, 1997, Pág. 45.

² <https://hospitalsantamonica.com.br/como-promover-a-saude-mental-dos-professores/> ou <https://novaescola.org.br/conteudo/19401/ansiedade-medo-e-exaustao-como-a-quarentena-esta-abalando-a-saude-mental-dos-educadores/>, ou <https://educador.brasilescola.uol.com.br/trabalho-docente/saude-mental-do-professor-na-quarentena.htm> ou <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/08/31/saude-mental-de-72-dos-educadores-foi-afetada-durante-pandemia-afirma-estudo>, acessados em 11.02.2021.

possível, porém, visando o bem-estar físico e emocional, não apenas de nossas crianças, como também e igualmente, dos profissionais da educação.

Mas deixando de lado o debate sobre a qualidade do ensino brasileiro, passemos à analisar o conflito desses direitos e o que entende o Supremo Tribunal Federal em casos similares.

2- CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUAL DEVE PREVALEcer?

O confronto entre direitos erigidos ao *status de fundamentais* deve levar em consideração o chamado **âmbito de proteção**³ de ambos os direitos postos em confronto, a fim de que o intérprete possa sopesar qual a devida importância de cada um para aquele determinado caso, dando-lhe, assim, uma solução satisfatória e adequada. Isto não implica dizer que um direito é excluído em detrimento de outro. O que se pretende é equilibrar a equivalência de ambos, a fim de que se alcance a referida importância para o caso posto em discussão.

No caso do confronto entre direito à saúde e direito à educação, o mais importante é levarmos em consideração a situação atual em que vivemos. Jamais vivenciamos uma pandemia como a do covid-19. Ainda estamos engatinhando em termos científicos, na medida em que, tão logo encontramos vacinas capazes de nos proteger dos estágios moderados e graves da doença, surge uma nova cepa mais contagiosa do vírus, capaz de reduzir sua eficácia, fazendo surgir novo risco de agravamento dos casos de infecção e, inclusive, morte. A Administração Pública não pode ignorar referidas circunstâncias, se deseja minimizar os impactos sócio-econômicos trazidos pela pandemia da “gripezinha”, sob pena de repetir os mesmos erros da primeira onda, o que levou à morte de milhares de brasileiros, sem a construção de uma política pública sólida e bem estruturada por parte, principalmente, do governo federal.

Neste sentido, importante pontuarmos os entendimentos dos eminentes mestres da seara constitucional. Para Bernardo Gonçalves Fernandes, a **dignidade da pessoa humana** foi elevada à condição de **meta-princípio**, servindo de verdadeiro parâmetro de interpretação para as temáticas de cunho constitucional e federal. Para o e. mestre, inclusive, referido princípio exige que “*a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como um fim em si mesma, nunca, como meio (coisa) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros*”⁴. Ainda, o ilustre professor Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que “*a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais*”⁵.

³ O i. Ministro GILMAR MENDES aponta que, no tocante ao âmbito de proteção, “*faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (o que é efetivamente protegido?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção*”. Conclui o e. mestre, ainda, que “*quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como ‘restrição’. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre Estado e o indivíduo*” (MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2012, 7^a ed., Pág 221).

⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Salvador, Bahia: Ed. JusPodivum, 9^a ed., 2017, Pág. 408.

⁵ Idem nota 4, Pág. 169.

Qualquer abuso, portanto, por parte do administrador público, em ignorar ou mesmo negligenciar direitos fundamentais ocasiona, inegavelmente, numa ilegalidade flagrante, passível de invalidação e, inclusive, de responsabilização do ente estatal correspondente.

No que tocante à temática sobre a possibilidade de aulas presenciais ou não, acreditamos que o melhor entendimento é pela não abertura, de modo a protegemos nossas crianças e professores, visando seu bem-estar físico, principalmente. Vejam que a incompetência técnica quanto à disposição, pelo Estado, de aulas à distância – em especial na seara pública – não pode servir de escusa em favor da Administração Pública, de modo a que esta possa, revestindo-se de uma legalidade em demasiado duvidosa – autorizar o retorno às aulas presenciais, em especial no tocante à mutação genética ocasionada sobre o novo covid-19, o qual é evidentemente mais transmissível e, assim, com maior potencialidade de aumentar o número de infectados e mortos.

Advertimos para o constante do art. 10, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, para o qual “*deve-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social*”. Poderíamos, num contexto semântico, estender a interpretação do termo “exploração” para a situação atual, em que os donos de escolas particulares preferem abrir “seus comércios”, a fim de cobrar o valor integral da mensalidade, ao invés de oferecer o ensino à distância e reduzir equitativamente o seu lucro. É mais lucrativo abrir a escola e arriscar a saúde e a vida de alunos e professores, do que salvaguardar seu bem-estar físico e social, colocando-se de lado o princípio do risco do negócio.

O âmbito de proteção do direito à vida e a saúde deve prevalecer sobre qualquer outro direito fundamental, sendo responsabilidade do administrador público, não apenas observar as disposições constitucionais, como também e igualmente proteger referidos direitos, em respeito ao princípio administrativos da legalidade e da eficiência⁶. Neste sentido, ressaltamos o entendimento do e. Ministro EDSON FACHIN, na ADI nº 5.592-DF, o qual prestigiou os **princípios da precaução e da prevenção**, diante do risco tanto à **saúde dos indivíduos**, quanto do **impacto ambiental** decorrentes de medidas de contenção das doenças causadas pela epidemia do mosquito *Aedes Aegypti*, impostas pela Lei nº 13.301/2016. No referido acórdão, ressalta o e. ministro, com sabedoria ímpar que “*a previsão legal de medida sem a demonstração prévia de sua eficácia e segurança pode violar os princípios da precaução e da prevenção, se se mostrar insuficiente o instrumento para a integral proteção ao meio ambiente equilibrado e ao direito de todos à proteção da saúde*”.

Em que pese referidos princípios protecionistas serem melhor aplicáveis para se proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tais preceitos também podem ser facilmente aplicados à seara da saúde pública, na medida em que meio ambiente e saúde são institutos jurídicos que se comunicam e se integram⁷.

⁶ Ressaltamos entendimento do e. Ministro CELSO DE MELO, para o qual “*o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.*” (**RE 271.286 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2^a T, DJ de 24-11-2000).

⁷ Neste sentido, ressaltamos trecho do voto da e. Ministra CÁRMEN LUCIA, examinando a temática dos princípios da precaução e da prevenção, assim leciona “*o princípio da precaução vincula-se diretamente aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e adoção de segurança dos procedimentos para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de resguardo da*

Entendemos, s.m.j., que ambos os direitos em confronto são importantes e merecem ser assegurados às crianças e adolescentes. Entretanto, é fato público e notório que o Estado falhou em assegurar o acesso ao ensino – em especial, na modalidade à distância – às classes mais pobres da população, constituindo-se em **grave omissão constitucional**. Em tempos em que a internet, entendida esta como a mais valiosa arma de concretização da atual comunicação global, não se pode admitir que o ensino público siga estagnado, sendo que única solução concreta para a sua retomada seja o retorno às aulas presenciais. Outras ferramentas deveriam ser utilizadas pelo Poder Público, de modo a assegurar ambos os direitos em resguardo, tais como contratação de mais professores, ainda que em caráter temporário ou com processo seletivo mais simplificado, a aquisição de celulares para os alunos com condições mínimas de qualidade para as aulas remotas, acesso a pontos de internet móvel, viabilizando-se, assim, o mais pleno acesso à educação. Neste sentido, ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011. RE 594.018 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009 e AI 658.491 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 20-3-2012, 1ª T, DJE de 7-5-2012.

3- A DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Importante vislumbrarmos que o Decreto paulista nº 65.384, de 17 de dezembro de 2020, foi publicado antes da segunda onda do covid-19, estando, portanto desatualizado em relação às atuais condições de prevenção do coronavírus. A resolução SEDUC nº 11, de 26 de janeiro de 2021, em que pese publicada no início do atual ano letivo, também não leva em conta a segunda onda, mais infecciosa e, potencialmente mais letal, ainda estando em fase de estudos em milhares de laboratórios pelo mundo.

A Resolução SEDUC nº 11/2021 obriga o oferecimento de ensino presencial e à distância aos alunos de escolas públicas ou privadas, determinando que as instituições de ensino sigam o protocolo de prevenção e instituindo o SIMED - Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19, porém, deixando de prever um mecanismo fiscalizatório mínimo.

O SIMED, em si, não se afigura como um instrumento de fiscalização, mas sim, muito mais de mapeamento de casos de covid-19, deixando assim, de existir um instrumento que assegure aos responsáveis pelos alunos e aos professores de que as instituições de ensino estão sendo constante e rigorosamente fiscalizadas, deixando, assim, de haver **segurança na retomada das aulas presenciais**, ainda que se adotando o escalonamento gradual de alunos.

A educação não pode estar à mercê da discricionariedade do administrador público, como já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor, portanto, que o retorno às aulas presenciais levem em conta direito muito mais fundamental das liberdades: o direito à vida e à saúde, sem os quais o direito à educação não pode ser plenamente usufruído.

existência humana, seja pela proteção do meio ambiente ou pela garantia das condições de respeito à saúde e integridade física, considerados o indivíduo e a sociedade” (ADI nº 5.592-DF).

Segundo Gonçalves Branco, “os direitos de defesa também protegem bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem. Assim, em face do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano⁸”.

Assim, não só o Estado falha em assegurar um acesso pleno ao ensino, como também em implementar uma política pública de maior acessibilidade ao ensino à distância, em especial para a população menos favorecida, que depende de incentivos do Poder Público para poderem continuar estudando. A educação, como um direito prestacional puro, deve assegurar as **condições materiais** para que seus titulares possam deles usufruí-los. A Administração Pública falha, assim, com o **dever de atualidade**, alçado à função de **princípio informador**, na prestação dos serviços públicos, tanto em relação à edição da norma estadual que não considera o nascedouro da segunda onda da covid-19, como também na adoção das melhores técnicas para se assegurar um serviço de qualidade, de acordo com a obrigatoriedade contida no art. 6º, § 2º da Lei nº 8.987/95⁹.

Inobstante, a Lei federal nº 13.979/20 dispõe quanto à obrigatoriedade dos estabelecimentos em funcionamento durante a pandemia de “*fornecer gratuitamente a seus funcionários e colaboradores máscaras de proteção individual*”, respeitando os princípios e normas de proteção ao trabalhador. De igual modo, prevê-se que os órgãos e entidades públicos, por si, suas empresas, concessionárias e permissionárias, “*deverão adotar medidas de prevenção à proliferação de doenças, como a assepsia de locais de circulação de pessoas e do interior de veículos de toda natureza usados em serviço e a disponibilização aos usuários de produtos higienizantes e saneantes*”. Nenhuma destas condições é assegurada de forma clara e, inclusive, coercitiva no decreto paulista.

A ausência de atualidade na expedição do ato normativo acaba maculando os próprios motivos deste, havendo erro nos motivos determinantes que deram ensejo ao seu nascedouro, como também afetando sua própria finalidade. Para Hely Lopes Meirelles, deve haver “*perfeita correspondência entre eles [motivos determinantes] e a realidade*¹⁰”, sem a qual o ato torna-se inválido, consoante o previsto no art. 2º, “d” da Lei nº 4.717/65.

Os motivos determinantes, por conceituação doutrinária, devem guardar relação lógica de causalidade entre a justificativa do ato e sua formação (manifestação de vontade da Administração Pública), sem o qual, o ato nasce nulo, por erro¹¹.

Da análise dos motivos do ato que deram ensejam à edição do decreto, verifica-se que este é calcado principalmente em recomendação do Centro de Contingência do Coronavírus, da Secretaria de Saúde. Ocorre, entretanto, que a época da referida recomendação, não havia, ainda, sido divulgado a nova cepa do covid-19, o que acaba

⁸ *Idem nota 4, pág. 180.*

⁹ O Juiz Alexandre Guimarães Gavião Pinto, em seu artigo “OS PRINCÍPIOS MAIS RELEVANTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO” acentua que “*em razão do princípio da atualidade, o prestador do serviço deve se manter plenamente informado e atualizado das permanentes evoluções tecnológicas, proporcionando um melhor atendimento às necessidades dos usuários*”, in https://www.emerj.tjri.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_130.pdf, acessado em 12.02.2021.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. São Paulo: Malheiros, 2005, 30ª edição. pág. 197.

¹¹ Nas palavras do mestre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “*a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade*”. E segue o e. mestre: “*Sendo um elemento calcado na situação anterior à prática do ato, o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro*”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Atlas, 2013, 26ª edição. pág. 118 e 119).

viciando os motivos do ato em si, portanto, por desatualização, isto é, pela incongruência entre o motivo e a finalidade do ato. O decreto nasce obsoleto, na medida em que leva em conta apenas e tão somente a primeira onda da doença. Não houvesse a mutação genética do vírus, o ato seria, para todos os fins – jurídicos, científico, sanitário, etc. – plenamente legal e válido.

É sabido que todas as esferas de governo, em especial, as esferas estaduais da República, sofrem grande pressão por parte dos empresários, com o fim de que comércios não sejam fechados ou tenham seus horários de funcionamento drasticamente restrinidos, sob a justificativa de se afetar a economia. Dentre tais donos, se inserem os donos de escolas particulares. Assim, é razoável concluirmos que o governo estadual também sofre pressão das escolas particulares, maculando, assim, o real interesse em manejá-la retomada das aulas presenciais. Não se está protegendo o direito das crianças e adolescentes em serem devidamente alfabetizadas, mas sim, numa tática governamental travestida de interesse coletivo, procura-se atender aos anseios do ramo de empresários desta específica esfera.

Neste sentido, o Judiciário deve intervir, aferindo e, se o caso, revisando a legitimidade do ato administrativo. Já verificamos que, diante da magnitude dos direitos aqui estudados, a discricionariedade administrativa não é plena e absoluta, mas sim, relativa e condicionada à observância dos direitos fundamentais, podendo ser revisada, caso esteja em descompasso com os fins pessoais colimados pelo administrador público e descartando o verdadeiro interesse público coletivo. Pontuamos, ainda, que, segundo o e. administrativista Hely Lopes, “*tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração*¹²”.

Acerca da possibilidade de revisão do ato administrativo em relação aos seus motivos determinantes, o Supremo Tribunal Federal já elucidou referida temática, afirmando categoricamente que “*cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração. O exercício do poder de polícia está sujeito a censura judiciária*¹³”.

O e. Ministro CELSO DE MELO, referendando o entendimento quanto à possibilidade de revisão de atos (ou omissões) administrativo pelo Judiciário, afirma que “*a inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos*¹⁴”.

¹² Idem nota 11, pág. 689.

¹³ RE 17126, Relator(a): HAHNEMANN GUIMARAES, Segunda Turma, julgado em 31/08/1951, DJ 12-04-1952 PP-03376 EMENT VOL-00077-01 PP-00209.

¹⁴ ARE 639.337/SP.

Mais recentemente, o e. Ministro EDSON FACHIN concluiu que “*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*¹⁵”.

Referida conclusão coaduna-se com a opinião de diversos doutrinadores de peso, dentre eles, o já mencionado professor Hely Lopes Meirelles. O Judiciário serve, assim, como um meio de aferição tanto da compatibilidade do ato praticado com a Constituição Federal, com as leis ordinárias e mesmo servindo para verificar o real motivo maquiado pelo administrador público, salvaguardando o interesse coletivo, em detrimento aos interesses particulares do Poder Público.

4- CONCLUSÃO

Concluímos, portanto, que tanto da análise constitucional entre o confronto de importantes direitos fundamentais, quanto, no âmbito administrativista, o ato legiferante que autoriza a retomada das aulas presenciais é, em sua essência, inválido, na medida em que não sopesa de forma adequada (i) o âmbito de proteção dos direitos postos em colisão, bem como, (ii) num confronto entre motivo e realidade, acaba por ignorar o alto risco à saúde – diga-se mesmo à vida – de inúmeras crianças, adolescentes e mesmo dos professores, diante da segunda onda da covid-19, ainda mais transmissível e que, inclusive, pode reduzir a eficácia da imunização nacional, já tão vagarosa.

¹⁵ **ADI 6.341 MC-REF**, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 15-4-2020, P, *DJE* de 13-11-2020.