

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-153-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação jurídica. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A Pandemia Covid-19 impôs a todos uma série de sacrifícios de ordem pessoal, familiar, profissional e determinou a adaptação de rotinas, pensamentos e planos para os tempos vindouros. Essa provocação foi encarada de frente pelo Conpedi que não poupou esforços em criar soluções à altura dos obstáculos trazidos pela nova situação. Impulsionado por seu espírito combativo e inovador, o Conpedi dedicou-se a manter a tradição de seus eventos, notadamente do Congresso Nacional do Conpedi, trazendo ao cenário de eventos jurídicos inovadora proposta, agora na modalidade digital. O II Encontro Virtual do Conpedi – Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios tem o mérito de proporcionar à comunidade acadêmica textos para a reflexão jurídica e a busca de solução de problemas complexos. Com grande honra, o Grupo de Trabalho de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica traz a compartilhar com o prezado leitor, por meio dos presentes anais, trabalhos de grande indagação, enfrentando a aplicação do Discurso flexível pelas Cortes Constitucionais como forma de ameaça à democracia. Também expõe a diferenciação minuciosa entre os conceitos de motivação e de fundamentação nas decisões judiciais, rejeitando sua aplicação por sinonímia; a compreensão do conteúdo conceitual e alcance do Poder Constituinte Originário são desafiados a partir de interpretação tese crítica de Genaro Carrió, para além dos limites da linguagem normativa. Já no ponto de aplicação prática das teorias da justiça, dois textos desafiam a situação de enfrentamento à Covid-19, o primeiro se ocupa do intervencionismo estatal com a adoção do lockdown por meio de decisão judicial de 1º grau, na região metropolitana de São Luís do Maranhão, a desafiar a noção de ativismo judicial; o segundo realiza análise crítica, à luz da teoria de Robert Alexy, quanto aos limites da decretação de suspensão das aulas no estado de Santa Catarina e a potencial ofensa ao direito de acesso efetivo à educação de qualidade. Em curta provocação, pretende-se aqui, instigar à leitura dessas produções literárias de inovadora abordagem e muito podem contribuir para uma nova visão sobre o fenômeno jurídico no Brasil. Boa leitura.

Juraci Mourão Lopes Filho – Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará (2002). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005). Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2012). Professor (Graduação e Pós-graduação) do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Procurador do Município de Fortaleza e

advogado. Membro da Academia Cearense de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual Civil e Teoria do Direito.

Rogério Luiz Nery Da Silva – Professor-doutor do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmicos em Direito da UNOESC. Graduação: Administração (AMAN/1988); Graduação em Direito (UERJ/2000). Graduado em ; Especialização: em Educação Superior (UFRJ /2001), em Direito Empresarial e Tributário (FGV/2006), em Direito Público e Privado (EMERJ-UNESA/2004), em Direito do Trabalho (UGF/2002), Mestrado em Direito e Economia (UNIG/2006). Doutorado em Direito (UNESA-2010). Pós-Doutorado: Université de Paris X (Nanterre/2016) e New York Fordham University (School of Law/2012). Professor Erasmus na Cardinal Stefan Wyszyński (Varsóvia) e Professor convidado na Università di Roma 1 (La Sapienza) – Facoltà di Scienze Politiche; Membro Vitalício da Academia Nacional de Economia (ANE-1944 / Cátedra 198). Tradutor-interprete jurídico. Pesquisa: Teorias da Justiça e do Direito, Ciência Política, Análise Econômica do Direito, migrações, políticas públicas, direitos humanos fundamentais e vulneráveis.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESTRINGIBILIDADE DAS ATIVIDADES EDUCACIONAIS PRESENCIAIS EM DECORRÊNCIA DA COVID-19 E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: O CASO ESTADO DE SANTA CATARINA

THE RESTRINGIBILITY OF PRESENTIAL EDUCATIONAL ACTIVITIES DUE TO COVID-19 AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION: THE CASE STATE OF SANTA CATARINA

Rogério Luiz Nery Da Silva ¹
Anna Christina Gris ²

Resumo

Este trabalho investiga a efetividade do direito à educação; por recorte, a restringibilidade das atividades educacionais no contexto Covid-19. O problema de pesquisa : qual o grau admissível de restrição das atividades educacionais presenciais? O objeto: decretos executivos catarinenses e o prejuízo aos alunos sem possibilidades tecnológicas. Justificativa: crianças afastadas das aulas nem sempre têm suporte familiar para assistir aulas virtuais. O objetivo geral: avaliar a extensão da restrição, propor soluções para atenuá-la; os objetivos específicos: compreender direitos fundamentais não absolutos e as possíveis restrições segundo uma teoria aberta. Matriz teórica: A Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy). Método: indutivo.

Palavras-chave: Direitos sociais, Direito à educação, Restrições à direitos fundamentais, Políticas públicas, Pandemia covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

This work investigates the effectiveness of education; by focus, the restrictiveness of educational activities by Covid-19 crisis. The research problem: what is the permissible degree of restriction of educational activities? The object: executive decrees from Santa Catarina and damage to students without technological possibilities. Justification: children away from classes do not always have family support to attend virtual classes. The general objective: evaluate the extent of the constraint, propose solutions to mitigate it; the specific objectives: to understand non-absolute fundamental rights and possible restrictions according to an open theory. Theoretical matrix: The Theory of Fundamental Rights (Alexy). Method: inductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Right to education, Fundamental rights restraint, Public policy, Covid-19 pandemic

¹ Pós-doutro em Direitos Fundamentais e Ciência Política pela Université de Paris X; Professor-doutor do PPGD Mestrado e Doutorado em Direito da UNOESC e Advogado (OAB-RJ)

² Mestranda do PPGD Mestrado em Direito da Unoesc; Advogada (OAB-SC)

Introdução

Este estudo tem o tema do direito à educação no Brasil, por meio das restrições ao direito fundamental à educação, decorrentes de medidas decretadas na tentativa de combate e prevenção à Covid-19. Sobretudo, se abordará as restrições oriundas de decretos emanados do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, na busca de se apresentar um panorama da situação atual de garantia e gozo do direito fundamental, frente as restrições impostas.

O objetivo é estimular uma reflexão sobre o modo como direito fundamental foi afetado, também as soluções e falhas na tentativa de se minimizar os danos ocasionados. Refletindo, particularmente, sobre as omissões em relação as crianças excluídas digitalmente.

O problema de pesquisa consistiu em analisar como as restrições ao direito fundamental à educação se relacionam com a teoria da restringibilidade dos direitos fundamentais?

A justificativa do estudo se apoia na necessidade de se compreender a situação da educação frente as restrições ocasionadas pela pandemia, questionando-se até que ponto as restrições impostas não representaram verdadeiras violações de direito, especialmente para aqueles alunos que não tiveram acesso ao ensino remoto digital. Bem como, entender as alternativas propostas a estes alunos e se estas alternativas podem ser consideradas como à prestação da educação pública, como previsto na Constituição.

Como hipótese de pesquisa, traz-se a afirmativa, que determinadas restrições, realizadas por decretos executivos, praticamente afastaram o direito à educação de alguns alunos, especialmente, dos tecnologicamente não integrados.

A pesquisa elegeu como objetivo geral estimular a reflexão crítica, sob a forma de análise das restrições imposta à educação e suas implicações na prática, com um panorama da situação da educação pública no Brasil durante a Pandemia.

E como objetivos específicos, demonstrar os aportes da concepção de direitos fundamentais não absolutos, conforme as teses principiológicas, que viabilizassem a restrição de direitos fundamentais, pelo contraste com uma teoria externa, a fim de constituírem limites legítimos que fossem aferíveis mediante balanceamento.

Como objetivo específico, também se estudará as restrições de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, com o papel dos decretos regulamentadores na definição do direito fundamental.

Se abordará ainda, os contornos dados ao Direito à Educação pela Constituição Federal, se abordando qual a delimitação do dever de prestação estatal, constitucionalmente garantido como suporte fático da norma.

O desenvolvimento do trabalho se estruturou em duas etapas, que por sua vez foram divididas em dois subitens, a saber: no item 1. Da restringibilidade aos Direitos Fundamentais dentro do contexto brasileiro, se estudou a restrição dos direitos fundamentais definidos como não absolutos, pela possibilidade da sua restrição dentro de uma teoria externa da norma, com vista a preservar o núcleo essencial de cada direito, este item foi subdividido nos itens, 1.1 A restringibilidade dos direitos fundamentais no contexto brasileiro, em que se estudou o papel dos decretos regulamentadores na definição de normas que restringem os direitos fundamentais e como podem influenciá-los; e item 1.2 A restringibilidade de Direitos Fundamentais em medidas decorrentes da COVID-19, que refere-se ao modo como as medidas de combate ao vírus se organizaram administrativamente no Brasil, com protagonismo do poder executivo e dos governos locais na tomada de decisões; já o item 2. A Restrição ao Direito Fundamental à Educação pelas medidas de contenção à COVID-19, também foi dividido em dois itens; 2.1 Direito à Educação na Constituição Federal, onde se comenta os contornos dados ao direito à educação pela Constituição Federal e o que pode ser definido como obrigação do Estado em relação ao direito; 2.2 As medidas restritivas de aulas presenciais no Estado de Santa Catarina, onde se estuda especificamente as medidas restritivas relativas ao Direito à Educação decretadas pelo governo do Estado de Santa Catarina, sobretudo, a suspensão das aulas presenciais, suas implicações práticas e alternativas, analisadas à luz da doutrina da restringibilidade dos direitos fundamentais.

Como considerações finais, decidiu-se por registrar os pontos conclusivos identificados pelas partes componentes da estrutura do texto em que se deduziu esta pesquisa, como forma de compor o cenário dinâmico e em permanente alteração, a fim estimular a reflexão crítica, e sobretudo demonstrar a necessidade de continuidade desses estudos.

A matriz teórica de Robert Alexy, representada por sua Teoria dos Direitos Fundamentais, como justificativa da estrutura bipartida das normas e decorrente fundamentação da restringibilidade dos direitos fundamentais foram o norte dos trabalhos

e o procedimento metodológico do recorte bibliográfico, se desenvolveu pelo método lógico dedutivo.

1 – Da Restringibilidade aos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira

Parte-se da ideia dos direitos fundamentais concebidos como não absolutos, na compreensão que, em determinadas circunstâncias, esses direitos podem sofrer interferências que restringem sua proteção. Pois, alguns direitos tendem a colidir e para sua concretização, muitas vezes, requerem regulamentações e interpretações que lhes emprestem precisão semântica.

Compreende-se assim, as normas de direitos fundamentais dentro da teoria dos princípios, onde as normas podem ser divididas em duas espécies, as regras¹ e os princípios², que se diferenciam qualitativamente.

Cada uma dessas espécies apresenta peculiaridades, que interferem na sua aplicação e a na sua função dentro do ordenamento jurídico. É por meio dessa distinção que se busca uma justificação satisfatória para os temas das restrições e das colisões de direitos fundamentais.

Quando a norma é concebida sob um caráter principiológico, sobre ela incidem circunstâncias fática e jurídica, que podem limitar sua aplicabilidade, como quando ocorre a colisão com outras normas principiológicas ou mesmo por meio de restrições normativas.

As regras têm seu âmbito de proteção previamente delimitado, assim, realizada a conduta descrita na norma, naturalmente, aciona-se a consequência jurídica nela prevista. Essas normas, caracteristicamente fechadas, dão ao ordenamento e às relações públicas e privadas segurança e previsibilidade.

Já os princípios, chamados de mandamentos de otimização, na sua estrutura apresentam um dever-ser abstrato; que confere uma estrutura semântica aberta ao seu texto e estabelece uma diferenciação “[...] entre o que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”; é possível a não realização

¹ Robert Alexy define os princípios como “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, [...]”, o que implica na possibilidade de poderem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, assim, sua satisfação não depende apenas do texto normativo, mas também das possibilidades fáticas envolvidas no caso concreto (ALEXY, 1986. p.90).

² As regras são em sua aplicação “[...] sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, caracterizam-se, assim, por um texto fechado, onde uma conduta específica é descrita com precisão, devendo ser ou não satisfeita, por isso são chamadas de mandados definitivos. (ALEXY, 1986. p.91).

total do que a norma protege *a priori*, de acordo com a situação fática *in concreto*. Assim, sua aplicação se dá por meio de uma técnica denominada de balanceamento³. (SILVA, 2011, p.45)

A cada uma dessas duas espécies normativas há um modo de aplicação peculiar, para as regras, como seu âmbito de proteção fica previamente estabelecido, a aplicação se dá com base na subsunção entre fato e norma, e seus conflitos normativos são resolvidos por critérios de validade, como a temporalidade, a especificidade e etc. (STEINMETZ, 2001, p.125)

É da Teoria dos Princípios que se obtém a base teórica para sustentação dos direitos fundamentais concebidos como não absolutos, pois, compreende que alguns direitos fundamentais tem um texto fechado, que proíbem e protegem condutas específicas, e outros com estrutura aberta, em que seu âmbito de proteção pode ser restringido e sua aplicabilidade minimizada, quando em conflito com outras normas, ou mesmo especificadas por meio de restrições legislativas e jurisprudenciais.

A restrição dos direitos fundamentais deve ser arguida a partir de uma teoria externa, aliada a um suporte fático amplo, que constrói os limites dessas restrições por meio de um balanceamento.

É pela teoria externa que é possível se conceber as restrições dos direitos fundamentais, porque nela, para a construção daquilo que o direito de fato protege, há que se ter o bem jurídico protegido e a sua restrição. (SARLET, 2018, p. 408)

O que é protegido pelo direito *prima facie*, pode ser restringido, por situações externas a norma. Porém, só são denominadas restrições, as intervenções constitucionais, que são feitas respeitando os limites da Constituição, as intervenções inconstitucionais não recebem esse nome. (ALEXY, 1986, P.277)

Essas restrições podem vir de outras regras constitucionais, pelas colisões de princípios, ou, por regras infraconstitucionais expressamente autorizadas. Também, há restrições indiretamente constitucionais, advindas do espaço constitucional estrutural

³ O balanceamento é método de definição de pesos aos princípios, que estabelece uma relação de precedência de um sobre o outro, o resultado do balanceamento é denominado de Lei da Colisão. É a constatação, que dentro de determinadas circunstâncias, há a precedência de um princípio sobre o outro. Como resultado tem-se a “Lei do Balanceamento”: “Quanto maior o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro.”, assim, o ato de balancear tem uma íntima relação com o princípio da proporcionalidade – ou máxima proporcionalidade. (ALEXY, 1986, p. 87,98, 167)

deixado às opções legislativas discricionárias, que indiretamente incidirão sob as liberdades básicas.

Portanto, dentro deste raciocínio, a Constituição implica em uma moldura sobre o ordenamento, onde estabelece as questões fundamentais protegidas por maiorias constitucionais, e outras questões intocáveis, ainda que se admita que os direitos fundamentais possam ser restringidos.

Contidos nesses direitos, há uma esfera inviolável, ou seja, um limite intangível às restrições, que existe para que não se possa anular por completo o direito, a ponto de lhe retirar completamente o sentido, o denominado de núcleo essencial ⁴. (SILVA, 2011, p. 182)

Dessa teoria, deriva o suporte fático do direito fundamental, que é construído pelo bem jurídico pelo direito, denominado de âmbito de proteção, e a restrição de direito, que exclui a proteção de algumas circunstâncias que *a priori* eram tuteladas; esses elementos é que se definem os fatos que estão ou não protegidos pelo suporte fático⁵ do direito fundamental.

O âmbito de proteção da norma é o bem por ela protegido, ou seja, todas as características, ações, atos, fatos, estados e posições jurídicas protegidos. Adota-se um âmbito de proteção amplo, em que todas as condutas que *prima facie* se relacionam ao bem protegido, estão contidas nesse âmbito de proteção. (ALEXY, 1986, p. 322)

A adoção de uma teoria do suporte fático amplo, inclui, de antemão, todas as condutas que possam se relacionar a liberdade protegida pela norma, para depois definir quais as restrições que a delimitarão. Assim, permite a equação melhor dos argumentos e contra-argumentos que incidem sobre a situação, conferindo uma maior proteção normativa, porque impõe a justificação de todas as restrições que incidem sobre a norma.

A ideia é que essa restrição, feita *a posteriori*, realiza-se por meio da aplicação do balanceamento entre os bens protegidos, valendo-se do princípio da proporcionalidade⁶,

⁴ Para Virgílio Afonso da Silva o conteúdo essencial é aquela parte da norma que não pode ser tocada, ou por restrição legislativa, ou afastada em caso de colisões, sem que haja violação do Direito Fundamental. Essa parte intocável da norma, “[...] nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação [...]”, assim “[...] restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial. ”. (SILVA, 2006, p.43)

⁵ O suporte fático é semelhante ao fato típico penal, ou ao fato gerador no direito tributário, ou seja, é o fato pelo qual realmente irá se ativar a consequência jurídica da norma. Busca assim responder, o que, contra o que, e, o que é necessário para acionar a tutela jurídica de um direito. (SILVA, 2011, p. 66)

⁶ A proporcionalidade é o princípio que operacionaliza o balanceamento de bens. É definido pelos seus três elementos constitutivos, as submáximas da proporcionalidade, que ajudam a operacionalizar a aplicação do princípio, são elas: 1) Princípio da adequação, que consiste na verificação se a restrição normativa

possibilita a verificação da legitimidade da restrição e a proteção ao núcleo essencial do direito.

Há então um espaço discricionário ao legislador na definição dos direitos fundamentais, esse espaço é denominado de discricionariedade legislativa, que deve ser exercido dentro dos limites constitucionais.

Portanto, a compreensão da ideia de restrição aqui apresentada, dentro de suporte fático amplo, que protege uma grande gama de situações em um primeiro momento, viabilizando restrições posteriores, por situações externas a norma constitucional; é essencial a compreensão da viabilidade de restrições decorrentes de medidas sanitárias, que restrinjam outros direitos fundamentais para proteção da saúde coletiva.

Assim, constatado o conflito entre o direito à saúde e o exercício do direito à educação, que envolve a prestação de um número mínimo de dias letivos, contato direto professor/aluno, socialização pela convivência social, deve-se valer da ponderação para se estabelecer a prevalência de um direito em face do outro, bem como sua extensão da sua restrição. No caso em que trará a seguir, o legislador e o administrador resolveram pela prevalência da saúde coletiva.

1.1 A Restringibilidade de Direitos Fundamentais no Contexto Brasileiro: o papel dos decretos emanados pelo Poder Executivo

No contexto brasileiro, essa delimitação do espaço de definição da norma constitucional torna-se ainda mais complexa, porque o sistema constitucional confere ao poder Executivo uma série de poderes para a definição das normas legisladas. Estes poderes são exercidos por meio dos denominados decretos regulamentares, que servem a dar efetividade às leis por meio de definições de materialidade.

Nas palavras de França, essas regulamentações da norma legislativas existem com a função de “[...] individualizar a expressão normativa para cada caso concreto.”, pois, enquanto a atividade legislativa tem a função de expedir atos gerais, a atividade administrativa deve se concentrar em atos materiais de viabilidade do agir concreto.

oportuniza o alcance da finalidade pretendida; 2) Princípio da necessidade, relacionado com a ideia de intervenção mínima, é a verificação se a medida utilizada é a mais adequada ao fim utilizado; 3) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, relacionado a ideia de medida proporcional, é onde ocorre a valoração dos princípios invocados, de modo a estabelecer seus pesos *in concreto* por meio do balanceamento. Essas três submáximas são chamadas máxima da proporcionalidade, expressando todos a ideia de otimização. (ALEXY, 2015, p.18)

(FRANÇA, 2019, p. 238 e 247)

Os decretos, como normas infralegais, apesar de possuírem as características de generalidade e força coercitiva, vinculam-se a lei que regulamentam. Neste sentido, não é permitido a esses decretos a inovação do ordenamento jurídico, tendo em vista que podem apenas operacionalizar as predileções legais estabelecidas.

A fiel observância é o limite fundamental do decreto, tendo em vista que precisa conservar sua característica de função executiva, pois não possui nem força jurisdicional, nem força legislativa, para criar ou modificar situações jurídicas preexistentes, não previstas na norma a ser regulamentada. (FRANÇA, 2016, p. 195)

Assim, Freitas é categórico em afirmar que o ato administrativo infralegal não é meio hábil à inovação do ordenamento jurídico, comportando o ordenamento brasileiro uma única exceção⁷, o artigo 84, VI, da Constituição Federal⁸, trazido pela Emenda Constitucional 32/2001, denominado de decreto autônomo. Por meio dessa modalidade dá-se a possibilidade de editar decretos que inovam o ordenamento, em algumas matérias de organização administrativa, isso sem que se faça o processo legislativo de edição de leis. (FREITAS, 2009, p. 62)

Em que pese tal característica, que limita o decreto regulamentar as prescrições definidas em lei, não há como negar, que as definições conferidas pelo decreto podem ser essenciais na definição e gozo de direitos fundamentais, sobretudo, no modo de aplicação prática da norma.

A importância da regulamentação pelo poder Executivo, ficou evidenciada nas decisões restritivas de direitos expedidas durante a Pandemia desencadeada pela COVID-19. Pois, as medidas restritivas sanitárias empoderaram o Poder Executivo, por meio de seu poder regulamentar, que se tornou o principal instrumento de imposição de medidas restritivas gravíssimas aos cidadãos. Por esta razão, tais decretos e suas consequências

⁷ O artigo 84 da Constituição brasileira confere ao poder Executivo duas modalidades de decretos a serem proferidos pelo poder Executivo; o decreto regulamentar previsto no inciso IV, que versa sobre o poder de expedir decretos que viabilizem a “fiel execução” da lei, e o decreto autônomo previsto no inciso V do mesmo artigo, que dá poder de regulamentação autônoma ao Poder Executivo em assuntos taxativamente especificados, todos referentes a organização interna da administração pública.

⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; VI - dispor, mediante decreto, sobre: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#) a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#) b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...].

práticas merecem serem estudados à luz da restringibilidade dos Direitos Fundamentais, tendo em vista que inegavelmente neles interferem.

1.2 A Restringibilidade de Direitos Fundamentais no Brasil em medidas decorrentes da COVID-19: abrangência e competência para dispor de medidas

No Brasil, a pandemia ocasionada pela COVID-19 desencadeou uma série de problemas, nos mais diversos setores. O mais grave, sem dúvida, é o número de mais de cem mil mortos ocasionada pela doença⁹.

Além disso, percebe-se que no país se agravou os problemas econômicos e sociais previamente existentes. É possível observar tais consequências no número crescente de desempregados, que no primeiro semestre do ano de 2020 representavam 12,20% da população¹⁰; em uma série de empresas que foram à bancarrota, devido a imposição de paralisação das atividades; crescimento do endividamento público, com consequências direita na estabilidade econômica, há tanto almejada no país; entre outras consequências práticas, coletivas e individuais, ocasionadas pela necessidade de se conter a crise sanitária.

Como na maioria dos países, impôs-se a adoção de uma série de medidas restritivas, algumas ainda em vigor, na tentativa de se impedir a transmissão do vírus, que além de ocasionarem restrições diretas gravíssimas à direitos fundamentais, acabaram por desencadear uma série as consequências sociais e econômicas colaterais, que precisam ser devidamente analisadas.

A maior parte das medidas adotadas no Brasil, foram fundamentadas na Lei 13.979 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre medidas de contenção e combate ao vírus Corona¹¹. Nesta lei, se estabeleceu algumas providências concretas a serem adotadas, os sujeitos que poderiam fazê-lo, questões como flexibilização de processo licitatório, medidas de proteção aos eventuais lesados, medidas sanitárias de desinfecção e isolamento, entre outras.

⁹ Dado coletados junto ao site do Ministério da Saúde, acesso: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/August/19/Boletim-epidemiologico-COVID-27.pdf> (Acesso em 24/08/2020 às 15h e 03 min)

¹⁰ Dado coletado junto ao site do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados> (Acesso em 24/08/2020 às 15h e 09 min)

¹¹ O artigo 3º da referida Lei elenca como medidas a serem adotadas: o isolamento, de pessoas infectadas; quarentena, restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação; determinação da realização compulsória de exames, testes, coletas de amostras, vacinação e medidas profiláticas, tratamentos médico específicos; restrição temporária de entrada e saída de pessoas.

Com a edição da referida Lei, em um primeiro momento, em relação aos entes federados, houve dúvida quanto a competência executiva à adoção das medidas, bem como, se haveria hierarquia entre as medidas restritivas impostas pela União em face dos Estados e Municípios. Tendo em vista que o Brasil adota forma federativa composta pela União, Estado, Municípios e Distrito Federal.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, entendeu que, devido a competência comum para administrar em matérias de saúde, previstas no inciso II do artigo 23 da Constituição Federal, as medidas adotadas por ente federativo mais abrangente, não poderiam prevalecer frente as medidas locais mais restritivas; conferindo ao gestor estadual e municipal autonomia para definição das medidas práticas necessárias frente à realidade.

Sendo assim, no Brasil, cada Estado adotou medidas e modos de combate à doença distintos, segundo critérios estabelecidos pelo gestor local. Alguns estados da federação permaneceram com protagonismo das políticas de saúde e prevenção, em outros, o protagonismo foi conferido às decisões municipais.

Assim, desenhou-se a organização do combate ao vírus no Brasil, com prevalência das decisões locais sobre as gerais e de modos desparelho entre as regiões.

Portanto, ao analisarmos a restrição de qualquer direito fundamental decorrente do enfrentamento à pandemia, há que contextualizar por qual ente federado foi emanada, sua abrangência e gravidade. Por esta razão, no presente estudo optou por uma análise da restrição do direito à educação no Estado de Santa de Catarina, especialmente, no que se refere aos alunos pertencentes a rede estadual de ensino.

Sendo assim, quando se analisa as restrições de direitos pelas medidas práticas tomadas, deve-se compreender as premissas trazidas por estudos teóricos da restringibilidade dos direitos, bem como, o contexto jurídico em que estes atos foram impostos. No Brasil, é preciso se compreender o papel dos decretos regulamentares e o protagonismo conferido aos governos locais no combate à pandemia.

2. A restrição ao Direito Fundamental à Educação pelas medidas de contenção à COVID-19

Na busca de se estudar as restrições do direito a Educação, suas implicações, consequência individuais e coletivas, esforços e omissões; há que se compreender a dimensão e o modo de elaboração do direito educação no ordenamento brasileiro. Direcionando, sobretudo, as prioridades previstas pelo Estado Brasil e como foram

preservadas em tempos de pandemia.

Posteriormente, se analisará, todos os decretos legislativos referentes ao direito à educação emanados pelo Estado de Santa Catarina, as medidas adotadas para contenção da COVID-19, as alternativas que buscam efetivar o direito educação, e as ações que buscaram minimizar os danos a esse direito fundamental.

2.1 Direito à Educação na Constituição Federal

O direito fundamental à educação é expressamente definido no artigo 6º da Constituição Federal como um direito social e é amplamente regulamentado em seu texto, que o define como um dever do Estado e da família, a ser exercido com a colaboração da sociedade.

Pela ampla atenção conferida pela Constituição brasileira, que tratou de adentrar em assuntos como, o mínimo de investimento dispensado por cada ente federado, questões de metas e qualidades, detalhada divisão de competências; percebe-se que o constituinte tinha especial apressamento por tal direito.

Pode-se dizer assim, que a educação é um dos direitos fundamentais pilares da noção de Estado Social trazida pela Constituição Federal, que implica ao Estado brasileiro uma série de obrigações positivas de prestação à população, que se justificam na garantia de mínimos necessários para a garantia de uma vida digna.

A educação é assim um elemento essencial para garantia da dignidade humana, razão pela qual a Constituição Federal traz como principais características a universalidade e a gratuidade, especialmente no que tange ao ensino fundamental.

Para Sarlet, o Direito à educação comporta uma dimensão objetiva de prestação do estado, que depende de regulamentação de políticas públicas para sua implementação, pois, no texto constitucional, cuida-se apenas de objetivos e metas gerais; bem como, uma dimensão subjetiva, sendo um direito exigível pelos cidadãos, especialmente no que se refere ao ensino fundamental gratuito; para o autor, essas duas dimensões se retroalimentam. (SARLET, 2019, p. 679). A educação figura nas competências administrativas comuns a todos os entes da federação, sua gestão é realizada por todos os entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), conforme estabelece artigo 23 da Constituição Federal.

Os princípios constitucionais a serem seguidos na elaboração das políticas de efetivação ao direito à educação, previstos no artigo 206 da Constituição Federal, são:

igualdade de acesso e permanência ao ensino, liberdade de aprendizado e de ensino, pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, gratuidade do ensino público e gestão democrática do ensino, garantia de gratuidade e coexistência do ensino público e privado.

Há, então, simultaneamente, em todos os níveis de ensino, alunos cursando instituições públicas e privadas, com oportunidade de ensino gratuito em todos os níveis; prestado de maneira universal no ensino fundamental, com metas de universalização do ensino infantil e médio.

A educação obrigatória atinge a faixa etária dos 4 aos 17 anos de idade, período conclusão regular do ensino médio, sendo garantido ensino pré-escolar em educação infantil até os 5 anos de idade.

Quanto à educação, a Constituição determina ainda, que seja por lei instituído o Plano Nacional de Educação, com duração decenal, para que se defina objetivos, metas e estratégias de implementação de políticas públicas educacionais. Vale anotar, que todas as metas e políticas de educação foram afetadas pelo estado excepcionalidade que nos atingiu pela pandemia, havendo sérios danos no que tange a qualidade, acesso e implementação de boas práticas de ensino.

Percebe-se, que com a densidade do texto constitucional no que tange a educação, inclusive com vinculação significativa do orçamento público, na definição das políticas públicas, o administrador deve concebê-la como um fim prioritário do Estado brasileiro. Sua efetivação, ao menos no que tange a sua esfera da educação básica, precisa ser vista como mínimo necessário para garantia de uma vida digna¹², dando ao estado um dever positivo de prestação de qualidade.

Para Barcellos, o texto constitucional brasileiro especifica as políticas públicas gerais em matéria de educação, vinculando, entre elas, os assuntos prioritários, eleitos como os mais importantes entre todos os objetivos a serem alcançados dentro da política educacional. (BARCELLOS, 2005, p.96)

Assim, quando se considera as possibilidades fáticas de entrega Estatal, deve-se ponderar que os mínimos admitidos como entrega do Estado precisam contemplar as prioridades eleitas pela via constitucional, como, por exemplo, a viabilidade de um ensino fundamental de qualidade.

¹² Quando se apresenta um conceito de mínimo existencial, é importante que se compreenda como um dever estatal mínimo de prestações, assumido principalmente pela via constitucional, que garantam o mínimo necessário ao uma vida digna. Assim, não só as prestações que garantem a vida física do indivíduo importam, mas tudo que envolva a garantia de uma vida digna, entre elas a educação. (SARLET, 2019, p.318)

Como o poder público preservou o direito à educação, considerado prioritário ao desenvolvimento nacional e garantia da dignidade humana, qual a dimensão da restrição imposta? Qual a segurança epistêmica das medidas restritivas tomadas e qual a estratégia de mitigação de dano que buscou a preservação do direito? Ambas as perguntas devem ser seriamente encaradas e reclamam medidas assecuratórias efetivas.

2.2 As medidas restritivas de aula presenciais no Estado de Santa Catarina e suas restrições ao Direito Educação

Com a chegada dos primeiros casos da COVID-19 no Estado de Santa Catarina, o governo estadual iniciou a implementação de uma série de políticas para contenção da transmissão do vírus. Essas políticas afetaram e restringiram uma série de direitos fundamentais, que vão desde a liberdade de locomoção e comércio, até direitos sociais como o trabalho e alimentação.

Uma das primeiras medidas tomadas pelo Governo do Estado de Santa Catarina, foi a suspensão das aulas presenciais em todos os estabelecimentos de ensino do Estado de Santa Catarina.

O primeiro ato referente ao assunto, foi o decreto nº 509¹³, publicado em 17 de março de 2020, que, com base nos poderes conferidos pela Lei 13.979 de 2020, determinou a suspensão das aulas por um período de 30 dias, contados de 19 de março; estabeleceu, ainda, que os primeiros 15 dias seriam considerados adiantamento do recesso escolar, que no Brasil é tradicionalmente gozado em julho, determinando que os demais dias letivos seriam compensados posteriormente¹⁴.

Sem a situação do vírus melhorar, foram expedidos sucessivos decretos

¹³ Art. 1º Ficam suspensas no território catarinense, por 30 (trinta) dias, a partir de 19 de março de 2020, inclusive, as aulas nas unidades das redes pública e privada de ensino, municipal, estadual e federal, incluindo educação infantil, ensino fundamental, nível médio, educação de jovens e adultos (EJA), ensino técnico e ensino superior, sem prejuízo do cumprimento do calendário letivo, o qual deverá ser objeto de reposição oportunamente. § 1º No que tange à rede pública estadual de ensino, os primeiros 15 (quinze) dias correspondem à antecipação do recesso escolar. § 2º Não haverá prejuízo de conteúdo nem frequência aos alunos que se ausentarem das aulas a partir de 17 de março de 2020, ficando recomendado às pessoas que tiverem condições para tanto que não enviem os alunos para a escola. § 3º Recomenda-se que crianças com menos de 14 (quatorze) anos não fiquem sob o cuidado de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos no período em que as aulas estiverem suspensas. § 4º Ato do Secretário de Estado da Educação disporá sobre o calendário de reposição das aulas na Rede Estadual de Ensino.

¹⁴ Em novo decreto expedido em 23 de março de 2020, determinou-se que o Secretário Estadual da Educação seria o responsável pela elaboração do calendário de reposição das aulas.

prorrogando o prazo de suspensão das aulas: Decreto nº 554 em 11 de abril de 2020, que prorrogou a suspensão das aulas até a data de 31 de maio de 2020; Decreto nº 562 de 17 de abril de 2020, que suspendeu por tempo indeterminado as aulas presenciais; houve o Decreto nº 630 de 01 de junho de 2020, que suspendeu as aulas até dia 02 de agosto de 2020; posteriormente, o Decreto nº 710 de 2020, prorrogou a suspensão até 07 de setembro de 2020; por fim, por meio da Portaria da Secretaria de Estado da Saúde nº 592 de 17 de agosto de 2020, determinou-se a impossibilidade de retorno às aulas em todas as regiões em que a situação pandêmica se classifique pelos critério gravíssimo, segundo mapa elaborado pelo Governo do Estado.

Portanto, a previsão é de que até a data de 12 de outubro de 2020, não haja qualquer retorno de atividades letivas presenciais na rede estadual de ensino. Por esse último decreto, as escolas municipais e particulares também estão vedadas de retorno, até a melhora da situação de transmissibilidade e mortalidade em relação ao vírus.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, no Estado de Santa Catarina, em 2018, encontravam-se matriculadas 851.993 crianças cursando o Ensino Fundamental e 242.534 jovens cursando o ensino médio, com 3.119 escolas de Ensino Fundamental e 996 escolas de nível médio, dados que contabilizam escolas mantidas pelo estado, municípios e instituições particulares¹⁵.

Segundo dados da Secretaria de Educação, somente as escolas mantidas pelo Estado de Santa Catarina, atendem 524.155 alunos de nível fundamental e médio, havendo 1.268 unidades escolares em funcionamento¹⁶. Todos estes alunos, gravemente atingidos devido aos decretos editados, encontram-se sem previsão exata de retorno as atividades escolares presenciais, até porque agosto foi o pior mês em casos de transmissão e mortes devido à COVID-19 dentro do Estado de Santa Catarina¹⁷.

Anota-se, que o ano letivo no Brasil, segundo artigo 24, inciso I da Lei 9.394 de 1996, denominada de Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional, deve conter o mínimo de duzentos dias letivos, que tradicionalmente se iniciam no mês de fevereiro,

¹⁵ Dados fornecidos pelo Instituto brasileiro de Geografia e Estatística, disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama> Acesso em 26/08/2020 às 14 h e 46 min.

¹⁶ Dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Educação do Estado de Santa Catarina, disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoibGQ1M2Q0OWEtMGViZS00MzJkLTgwNjEtMTVlYjA0NTM0ZDdjIiwidCI6ImExN2QwM2ZjLTJlYWMtNGI2OC1iZDY4LWUzOTYzYTJlYzRlNiJ9> . Acesso em 26/08/2020 às 14h e 50 min.

¹⁷ Dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina, disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoibGQ1M2Q0OWEtMGViZS00MzJkLTgwNjEtMTVlYjA0NTM0ZDdjIiwidCI6ImExN2QwM2ZjLTJlYWMtNGI2OC1iZDY4LWUzOTYzYTJlYzRlNiJ9&pageName=ReportSection4db2b4dcc52703eddd8d>. Acesso em 26/08/2020 às 15 h e 31 mins.

com um recesso escolar em julho, retornando as aulas em até início de dezembro,

Como as aulas foram paralisadas na metade do mês de março, pouco mais de um mês do início do ano letivo, e seguem sem previsão de retorno, constatou-se a impossibilidade de reposição presencial das aulas neste ano.

Então, decidiu-se, com base na Lei Federal 14.040/2020, pelo Decreto nº 710 de 07 de julho de 2020¹⁸, flexibilizar a regra da obrigatoriedade dos duzentos dias letivos e contabilizar como carga horária letiva, atividades extracurriculares não presenciais, elaboradas dentro de alguns critérios¹⁹, adequando-se a exigência de carga mínima de horas/aula anual.

O fato de haver a suspensão súbita das aulas presenciais, com uma rápida e não planejada adequação das aulas para outras modalidades não presenciais, já representou uma perda considerável de qualidade de ensino, em vista a falta de planejamento para tanto. Além da privação do contato professor/aluno, a sociabilização desenvolvida pela escola, entre outros.

Ocorre, que no estado de Santa Catarina, como na maior parte do país, fatores socioeconômicos prejudicaram uma série de alternativas que poderiam ter amenizado a lesão a qualidade de ensino e levaram aos alunos, na prática, a verem seu direito fundamental à educação praticamente cessado.

Como há alunos sem acesso à internet e meios eletrônicos que viabilizem o acesso digital, o Estado optou por não impor aulas on-line; ainda que tenha disponibilizado uma plataforma para tanto, concedeu autonomia para cada escola definir como se daria essas atividades extracurriculares. Assim, cada escola abordou de modo independente problemas como acessibilidade digital dos alunos, criando as próprias atividades e programas²⁰.

¹⁸ Ficam homologados os seguintes pareceres e resoluções do Conselho Estadual de Educação (CEE/SC), para: I - revogar o disposto no § 4º do art. 3º da Resolução CEE/SC nº 009/2020, considerando a flexibilização do cumprimento de 200 dias letivos pela Medida Provisória nº 934/2020, com base no Parecer CEE/SC nº 262 e na Resolução CEE/SC nº 049, aprovados em 22/06/2020; e II - receber o Parecer CNE/CP nº 05, de 28 de abril de 2020, integralmente, devendo sua aplicação ser realizada em conjunto com a Resolução CEE/SC nº 009/2020 e o Parecer CEE/SC nº 179/2020, no que couber, e, ao mesmo tempo, prorrogar o prazo previsto no art. 2º da Resolução CEE/SC nº 009/2020 até 31 de dezembro de 2020, com base no Parecer CEE/SC nº 263 e na Resolução CEE/SC nº 049, aprovados em 22/06/2020.

¹⁹ A orientação dada, por meio do Parecer CEE/SC 179/2020 é que as atividades não-presenciais para contarem como carga horária deverão conter: 1. Objetivos de aprendizagem a serem alcançados; 2. Metodologias, práticas pedagógicas ou ferramentas não presenciais a serem utilizadas; 3. Carga horária; 4. Data ou período de realização das atividades; 5. Forma de registro da frequência do aluno; e 6. Formas de avaliação.

²⁰ Neste assunto, as orientações passadas para as escolas constam na Resolução CEE/SC nº 009/2020, Parecer CEE/SC nº 146/2020, Parecer CEE/SC nº 179/2020, Parecer nº 180/2020

Portanto, o modo como cada aluno está recebendo o ensino à distância, varia de acordo como a localidade e escola em que está inserido, enquanto algumas escolas estão ministrando todas as aulas on-line, deixando a alternativa da busca de atividades a serem realizadas de modo regular, apenas para alunos que realmente não tenham acesso à internet e a aparelhos digitais; outras optaram por não ministrar tais aulas, ou deixar ao critério de cada professor a escolha do modo de ensino.

Diante dessa autonomia dada na elaboração e aplicação das atividades não-presenciais, houve ações independentes de arrecadação de doações de aparelhos digitais, na busca de inclusão dessas crianças, mas é fato que alguns alunos, em algumas escolas, estão há meses sem aula ministrada diretamente por professores, assunto sob o qual não houve proposta de solução vinda da administração pública estadual ou federal.

Já se discute, que o ano letivo de 2020 não seja computado, com ações de tornar misto o ano letivo de 2021, com fim de minimizar os danos ocasionados pela ruptura das aulas presenciais e da ineficácia de substituí-las por outros meios.

É fato também, que as escolas particulares tiveram maior facilidade de adaptação ao ensino à distância, tendo em vista o maior acesso de seus alunos aos meios digitais. Isso, provavelmente, acarretará o agravamento das desigualdades sociais tão presentes no Brasil, que, inevitavelmente, se refletem nas diferenças de qualidade do Ensino Público e Privado.

Assim, em que pese todos os alunos encontrarem-se restritos em algum grau ao seu direito educação, os alunos de escolas públicas, entre eles, especialmente, os mais pobres, sem acesso ao mundo digital, sofreram uma restrição mais grave em seu direito à educação que os demais alunos, que tiveram acesso a outros meios para minimizar a situação vivida.

É de questionar se atividades extracurriculares, ainda que elaboradas por professores, com metodologia pedagógica, porém sem a coordenação simultânea do professor, possam suprir todas as necessidades de ensino de um aluno. Chama atenção a falta de elaboração de políticas pública específicas para atender os alunos sem acesso on-line; bem como, a opção de algumas escolas, que devido a uma minoria, não incluída digitalmente, optaram por deixar todas as crianças da escola fiquem sem aula on-line.

Neste sentido, as medidas restritivas impostas ao ensino, por meio de decreto, representam uma clara restrição nos direitos fundamentais dos envolvidos, tendo em vista que contido no direito à educação encontra-se o direito de frequentar uma escola, ter contato direto com uma professora especializada em ensino e no conteúdo a ser lecionado,

situações que atualmente não fornecidas aos alunos.

Porém, quando se tem problemas de inclusão digital, onde mesmo o contato intermediado por meios eletrônicos torna-se difícil, a restrição de ensino imposta à criança é ainda maior. Questiona-se até que ponto os pais têm capacidade ou disponibilidade de prestar assistência integral de ensino aos filhos, bem como, se as atividades feitas de modo independente pela criança e família apresentam resultados reais de aprendizagem.

Quanto a exclusão digital, explicam Behar e Silva, que já se tem estabelecido que a inclusão digital, com a letramento dentro das tecnologias é essencial ao desenvolvimento humano, tendo em vista que os sujeitos precisam estar inseridos nas modificações que as novas tecnologias implicam no viver contemporâneo. Assim, cabe a escola, dando acesso às tecnologias, realizar a formação das competências digitais, para que o aluno tenha habilidades dentro do mundo tecnológico, se comunicar, analisar, ser crítico, entre outros. (BEHAR e SILVA, 2019, p. 17 e 20)

A própria inclusão digital é um direito, que implica na oportunidade da criança se inserir na realidade em que vive, porém, nos tempos atuais, promovê-la é elementar para dar acesso à educação, que se tornou quase inviável fora da tecnologia. Em um momento em que as aulas presenciais são uma realidade distante, estar incluído digitalmente é a única maneira de garantia da educação.

Ainda que se compreenda a necessidade das medidas tomadas, para a preservação da integridade física das crianças e da comunidade, questiona-se o modo como foram elaboradas. Se o Estado apresentou um parâmetro ou estrutura para os professores adequarem o ensino ao não presencial, bem como a ineficiência do estado em dar segurança quanto ao tempo de duração, que impedem o planejamento adequado do plano letivo.

Percebe-se a falta de uma política pública clara de substituição das aulas presenciais, que dê segurança aos professores e alunos de atingir os objetivos essenciais traçados pela Constituição Federal no que tange a educação, situação que já se perdura há seis meses, sem previsão de fim.

Por todo o exposto, parece que as restrições relativas a aulas presenciais, que foram encaradas de maneira diferentes entre escolas públicas e privadas, representaram de maneira geral uma restrição ao direito à educação. No entanto, o modo como as restrições foram encarados e as soluções para minimizar a distância professor/aluno, parecem ser muito distintas entre os alunos de escolas públicas, de modo que para alguns alunos o ensino público foi completamente ceifado, pela inexistência de políticas para

atendê-los de maneira mínima.

Conclui-se assim, que ao analisar o direito à educação, posto como um dever prestacional pela Constituição, o Estado precisa dar soluções para a inclusão das crianças excluídas digitalmente, pois agora lhe assegurar a inclusão digital é assegurar o acesso à educação básica, que se encontra inviabilizada de outra maneira. Neste sentido, se viu poucas ações do estado em programar algo realmente inclusivo para estes alunos.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa buscou-se estudar as restrições do direito fundamental à educação decorrentes da COVID-19, especificamente, por meio das medidas emanadas pelo Governo do Estado de Santa Catarina. Realizou-se a análise do panorama atual no estado, bem como das medidas adotadas para substituição das aulas presenciais.

Nesta perspectiva, o desenvolvimento do trabalho se estruturou em duas etapas, ambas subdivididas também em dois subitens: no item 1. Da restringibilidade aos Direitos Fundamentais, no contexto brasileiro, se estudou a restrição dos direitos fundamentais definidos como não absolutos, segundo a possibilidade de restrição de direitos fundamentais consoante uma teoria externa da norma constitucional, com o intuito de preservar o núcleo essencial de cada direito; este item, foi subdividido dois: O **1.1 Da Restringibilidade aos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**, no qual se estudou o papel dos decretos regulamentadores, na definição de normas restritivas de direitos fundamentais; e o item **1.2 A Restringibilidade de Direitos Fundamentais em medidas decorrentes da COVID-19**, que se refere ao modo como as medidas de combate ao vírus foram organizadas administrativamente, registrado o protagonismo do Poder Executivo e dos governos locais. No item **2. A Restrição ao Direito Fundamental à Educação pelas medidas de contenção à COVID-19**, também repartido em duas abordagens, tem-se: **2.1 Direito à Educação na Constituição Federal**, no qual estuda os contornos dados ao direito pela Constituição Federal e o que pode ser definido como dever do Estado, em relação ao direito; **2.2 As medidas restritivas de aulas presenciais no Estado de Santa Catarina**, em que se analisa as referidas medidas, quanto à prestação do serviço público educacional e em que podem violar um direito social subjetivo à educação, sobretudo, pela suspensão das aulas presenciais, suas implicações teóricas e práticas, e suas alternativas, tudo analisado à luz da doutrina da restringibilidade dos direitos fundamentais.

Na primeira parte, pode-se concluir parcialmente, que a Teoria dos Princípios fornece uma construção teórica para que os direitos fundamentais possam ser tomados como não absolutos. Uma vez conhecida a Teoria dos Princípios, vê-se que o seu âmbito de proteção admite alguma restrição por fatores externos às normas, tal como nas normas infraconstitucionais definidoras dos direitos fundamentais e/ou em seus decretos regulamentadores, que buscam a execução e a individualização.

Na segunda parte, pode-se depreender que o direito fundamental à Educação é amplamente regulamentado na Constituição Federal, embora preveja também diversas normas de eficácia contida que o complementem. Por essa razão, é necessário avaliar cuidadosamente todos os requisitos e prioridades para atendê-lo. Tal estrutura demanda uma salvaguarda de núcleo essencial de cada direito fundamental, ou seja, ainda que se admitam restrições, essas não podem incidir sobre o conteúdo mínimo essencial que garante cada um desses direitos.

Assim, cada direito provido pelo Estado ou pela sociedade, deve ser prestado com respeito aos parâmetros e pontos prioritários fixados pela Constituição Federal, a fim de prevenir eventual violação ao direito fundamental.

Na última parte, em que pese a constituição prever a prioridade de decisão à administração pública federal, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, por legitimar a adoção de medidas administrativas restritivas do serviço educacional a partir de decisões dos governadores estaduais e dos prefeitos municipais. Buscou-se, portanto, demonstrar que todas as medidas adotadas restringiram o direito à educação, impondo uma interrupção das atividades educacionais por período superior a seis meses, sem que se tenha, ainda, uma clara previsão de retorno às aulas presenciais, o que implica enfrentar as consequências operacionais da prestação da educação quer estatal, quer privada, sem a possibilidade das aulas presenciais.

A hipótese de pesquisa levantada trabalhou o perfil de determinadas restrições, realizadas por decretos executivos, que afastaram, quase por completo, a efetividade do direito à educação para determinados tipos de alunos, notadamente, aqueles tecnologicamente não integrados, quer por ausência de poder aquisitivo, quer por capacidades autônomas de utilização dessas tecnologias.

Conclui-se, portanto, que a hipótese restou confirmada.

Em que pese a razão para a realização das restrições das atividades escolares ser justificável, segundo uma lógica racional, as alternativas disponibilizadas pelas escolas nem sempre se mostraram acessíveis a todos os alunos, especialmente àqueles ditos

“digitalmente excluídos”. Conclui-se que a escolha é insatisfatória para assegurar o mínimo existencial necessário em termos de direito à educação, segundo o texto constitucional.

A título de conclusão, deve-se tomar em conta que as alternativas adotadas como substituição das aulas presenciais não puderam ser disponibilizadas de forma igual por cada escola, nem para cada aluno.

A autonomia dada à cada instituição de ensino para tal implementação permitiu a prática, ainda que não intencional, de exclusão silenciosa, segunda a qual os alunos de escolas carentes de meios informacionais de TI e com professores não iniciados nessa tecnologia não pudessem oferecer qualquer opção aos seus alunos. Ainda mais preocupante é que, mesmo em escolas que conseguiram prover tais alternativas, os estudantes que, reclusos às suas casas, não dispunham de meios de acesso ou interação digital, também seguiram desassistidos pelo serviço educacional, que lhes foi suprimido por mais de seis meses.

Apenas com esses dois exemplos, já se tem em vista que houve séria carência de alternativas para uma efetiva e real inclusão desses alunos. Ressalte-se que, mesmo com o esforço para distribuir material impresso aos alunos desconectados, o resultado que se tem, ainda é de discriminação, pois alguns puderam ter interação virtual para dúvidas, provocações e outras interlocuções, enquanto aqueles se restringiram ao completo esquecimento ou à opção de meramente ter um material para leitura, mas em total desconexão com as atividades educacionais, bem ao modo da educação à distância do início do século XX, provida por livros que chegavam pelo correio e nada mais, sem acesso aos meios digitais, dependendo para progredir de ajuda da família, nem sempre habilitada intelectualmente a prover tal auxílio.

Quanto a estes alunos aqui destacados o direito à prestação de uma educação de qualidade e em condições de igualdade não foi absolutamente atendido. A educação básica gratuita, foi-lhes seriamente prejudicada, mostrando-se insuficiente para atender aos preceitos da Constituição Federal.

Em diversos meios de comunicação de massa comemorou-se o sucesso da utilização dos meios alternativos para a interação educacional, parecendo haver uma cegueira com relação a uma massa de excluídos que passou este ano de 2020 em branco. O mais sério é que estes são justamente a massa mais vulnerável dos estudantes, aquela sobre a qual a educação promete ofertas opções de acesso vertical em uma sociedade competitiva e meritocrática.

Até o ponto de fechamento desta pesquisa, o conclusão se dá pelo não atendimento ao direito à educação adequada, pela ampliação do hiato entre os que estudam em escolas bem estruturadas e os que frequentam escolas subestruturadas, com sérias consequências para as vidas de seus alunos, a depender de como medidas futuras irão compensar o tempo perdido ou simplesmente promover de ano e deixar esses estudantes à própria sorte, injustamente despreparados para a vida profissional e pessoal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A dignidade Humana e a Análise da Proporcionalidade. (Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva) *IN. Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo*. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Pública**. *IN* Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BEHAR, Patrícia Alejandra; SILVA, Katia Kellen de Araújo da. **Competências Digitais na Educação: uma discussão acerca do conceito**. *IN* Educação em Revista. vol.35. Belo Horizonte, 2019, Publicação em janeiro de 2019: p.1-32. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/edur/v35/1982-6621-edur-35-e209940.pdf>

FRANÇA, Philip Gil. **Ato Administrativo, Consequencialismo e Compliance: Gestão de Riscos, Proteção de dados e soluções para o controle judicial na era IA**. 4ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2011

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. *IN* Revista de Direito do Estado 4 (2006): 23-51.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.