

# **ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL EM CASA PELA FAMÍLIA**

---

**DOMINGOS FRANCIULLI NETTO**  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

## Sumário

1. À guisa de parábola. 2. Objeto deste estudo. 3. Aspectos constitucionais. 4. Aspectos infraconstitucionais. 5. Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e subsidiariedade. 6. Da triste realidade brasileira. 7. Anseio social. 8. Inexistência de conduta penal típica. 9. Interpretação gramatical e lógica. 10. Conclusão.

### **1. À guisa de parábola.**

Com a permissão de Manuel Bandeira, visualiza-se Pasárgada. Um lugarzinho aprazível perdido no horizonte, devidamente modernizado para a aurora do Século XXI. Ali mora um povo feliz em uma sociedade que faria inveja à Utopia e Cidade do Sol.

Não há problemas habitacionais e o transporte coletivo é de primeiro mundo. Há impostos, afinal os próceres pasarguenses são de carne e osso e não podem fazer milagres. Mas, em compensação, os impostos são canalizados para as necessidades gerais da sociedade, de sorte que, praticamente, não existem taxas. Nem bi, tri ..., poltributação. Exemplifica-se: pago imposto na aquisição de um veículo motorizado para uso próprio, nem pensar em imposto sobre a propriedade; como o veículo foi fabricado para rodar, se alguém se atrever a pensar em pedágio...



Lá, em Pasárgada, as escolas estão adaptadas em edifícios funcionais e bem construídos. As salas de aula são amplas, ensolaradas e arejadas. Pasmem, possuem janelas. Cada criança é acomodada em carteiras com assentos funcionais.

A escola conta com todos os benefícios do progresso, tais como plena informatização, incluído o acesso à *internet*, correio eletrônico, equipamentos para teleconferência, biblioteca, cinema, videoteca, cdteca, dvdteca, ludoteca, entre outros.

Sem perder as mais lídimas tradições depuradas século após século pela humanidade, a escola dispõe de praças esportivas, piscinas com água quente, hidromassagem, e está aparelhada para o ensino de canto orfeônico, piano, cravo, violino – barroco e moderno - , violoncelo, viola clássica, alaúde, teorba, viola da gamba, harpa, traverso, flauta doce, xilofone, triângulo, marimba, berimbau, trompa, oboé, clarineta, tímpano, guitarra, saxofone, contrabaixo, ocarina, cavaquinho etc.

Há formação humanista. As crianças aprendem línguas clássicas e modernas. Lêem Virgílio, Ovídio, Homero, Shakespeare, Dante, Camões, Cervantes, Camilo Castelo Branco, Herculano, Machado de Assis, Carlos Heitor Cony ...

Na hora do recreio há carrinho de rolimã, peão, perna-de-pau, massinha de modelar, pipas para serem empinadas (mesmo porque em Pasárgada a rede elétrica é subterrânea), bolinha de gude, beto, quadra de amarelinha, coleção de gibis da Turma da Mônica, Disney, - incluídas as histórias do professor Pardal -, sem esquecer do videogame, dos “novos” patinetes, dos robôs, tudo com a supervisão de monitores especializados em diversão infanto-juvenil.

O ensino das ciências conta com laboratórios altamente sofisticados, com microscópios e outros instrumentos de tecnologia de



ponta, da quarta geração. Aulas práticas e teóricas ministradas por professores de alto coturno etc.

Os professores, alegres, sorridentes e bem remunerados, são portadores de qualificação pedagógica e técnica da disciplina que ensinam. Todos eles estão de bem com a vida. Até falam bem do Ministro da Educação de lá. Transmitem mensagens otimistas, augurando a Pasárgada um futuro inimaginável.

Dentro do recinto da escola ou fora dele, de violência não há cogitar. Armas, nem de brinquedo. Nunca se soube de nenhum ato desse jaez. Seria um exercício de ficção, de um filme de terror, imaginar um mestre baleado ou agredido por aluno, ou alunos se agredindo entre si. De drogas, nunca se cuidou.

Não há pena de morte estatizada; tampouco, privatizada, mesmo porque, em Pasárgada, de longa data foi abolida a pena de talião.

O rendimento médio dos alunos, de um a dez, nunca foi inferior a sete. Poderia ser até maior, mas em Pasárgada cada aluno produz de acordo com seu ritmo de estudo e estilo pessoal. A capacidade dos estudantes não é mensurada por notas, mas pelo seu aperfeiçoamento como pessoa e como membro do grupo social. Nem Ateneu nem Caraça.

Em Pasárgada, entre outras inúmeras famílias, reside a família Silva, suscetível de ser enquadrada na classe média. Pois bem, com uma rede de ensino dessa estirpe, ainda assim, em Pasárgada, nunca ninguém se atreveu a proibir que a família Silva educasse seus filhos em casa, conquanto fossem submetidos às avaliações escolares de aptidão, sociabilidade e educacionais em geral. Educar os filhos em casa ou, como



diria Raul Pompéia: educá-los “na estufa de carinho que é o regime do amor doméstico”<sup>1</sup>.

## **2. Objeto deste estudo.**

Para o exame da hipótese de uma família brasileira pretender educar seus filhos em casa, impõe-se, inicialmente, seja levada a efeito cuidadosa ponderação entre as disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à Educação no Estado de Direito e suas relações com os direitos de liberdade de organização da família.

## **3. Aspectos constitucionais.**

A Constituição de 1988 trata do direito fundamental à educação no Capítulo III, Seção I, do Título VIII (Da ordem social), e a ele dedica 10 artigos, dos quais permita-se transcrever os seguintes:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (...).”

---

<sup>1</sup> “O Ateneu”.



“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola”.

Pela simples leitura dos dispositivos supra, conclui-se, portanto, que o Estado brasileiro se obrigou a garantir a prestação do ensino fundamental a todos os seus cidadãos, independentemente da idade e sob responsabilidade da autoridade competente.

Tal dever também é confiado à família, que, por esse motivo, está sujeita à fiscalização do Estado para que seja assegurada a freqüência à escola.

Nada obstante, esclarece a Carta Magna, em harmonia com os princípios constitucionais insculpidos em seu artigo 5º, que os cidadãos são livres para “aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, bem como que a educação não visa apenas à aquisição de conhecimento técnico ou científico, mas sim “ao pleno desenvolvimento da



pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

É de ver, assim, que tem o indivíduo a faculdade de se educar segundo a própria determinação, desde que o método escolhido proporcione seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Seguindo essa lógica, a própria Constituição de 1988, expressamente, permitiu o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”. Tal circunstância, todavia, como acima mencionado, não impede que, para se atingir o escopo do processo educacional, utilize-se a sociedade de outros instrumentos e métodos, a par da existência da escola tradicional.

Em relação à família e à criança, por seu turno, assim dispõe a Constituição Federal:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (...).”.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.



“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

É de fácil inferência, sobretudo após o exame dos artigos acima transcritos, que a Constituição Federal reconhece a precedência da família a qualquer organização social, até mesmo ao Estado, já que constitui ela a própria base da sociedade, pois, como bem disse Pestalozzi, “a casa paterna é o fundamento de toda a cultura humana”.

Dessarte, o conteúdo das normas constitucionais disciplinadoras do direito à educação deve ser investigado em consonância com os preceitos relativos à família, de maneira a evitar qualquer contradição. Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas.

Nunca se pode esquecer que “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”<sup>2</sup>.

Se os pais pretenderem educar seus filhos em casa, competirá ao Estado apenas fiscalizar as atividades da família para garantir que a educação ofertada, efetivamente, possibilite o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, assegurada a “formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e religiosos”, nos termos do artigo 210 da Constituição Federal.

---

<sup>2</sup> Ives Gandra da Silva Martins, *in* “Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.



#### 4. Aspectos infraconstitucionais.

A legislação infraconstitucional sobre a matéria, de outra parte, não colide com a disciplina constitucional, uma vez que a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, se limita a repetir os princípios e normas constitucionais e acrescenta algumas regras, apenas para regulamentar o que já foi estabelecido.

Preservou-se, assim, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional o escopo da educação, que é o de “garantir o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 2º). Ressaltou-se, mais uma vez, que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (art. 1º). Prestigiou-se, também, “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber” (artigo 3º, inciso II), bem assim o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas” (inciso III) e “o respeito à liberdade e o apreço à tolerância” (inciso IV).

Reza, outrossim, a Lei n. 9.394/96 que a educação é um direito público subjetivo e que “se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” e, em seguida, disciplina como deverá ser realizada a educação nas escolas.

Como é de ver, em harmonia com as disposições constitucionais, a lei federal busca defender o direito à educação de todo o cidadão, mas ressalva a liberdade de aprender. Com esse desejo, então, passa a regular a qualidade do ensino que será oferecido nas escolas, fixando, por exemplo, os objetivos do ensino fundamental (art. 32).



Conclui-se, portanto, que a regulamentação específica, sobretudo no que tange à carga horária de cada curso e jornada diária em sala de aula, diz respeito apenas à educação tradicional, que, entretanto, segundo se depreende pela análise sistemática do diploma em questão, não é a única forma de aprendizado.

### **5. Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e subsidiariedade.**

Ainda que assim não fosse, esgotados os métodos tradicionais de interpretação, ainda assim é possível a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a equidade e os princípios gerais de direito.

Ora, é de conhecimento notório que, com as dificuldades da vida moderna, os pais sequer vêem seus filhos (acordados) todos os dias e os deixam, em geral, aos cuidados de babás e empregadas domésticas, quando não em escolas que operam em regime de internato ou semi-internato.

Diante desse quadro, no intuito de proteger a integridade psicológica, emocional e até mesmo física das crianças, o Estado tem o dever de fiscalizar o pátrio poder para coibir abusos, mas sempre tendo em vista a liberdade da família de traçar seus próprios caminhos.

É certo que as crianças não são nem dos pais e nem do Estado. Menos verdade não é que, antes do Estado, pertence aos pais a responsabilidade para proporcionar educação a seus filhos e, parafraseando Planiol, poder-se-á dizer, *mutatis mutandis*, que o Estado não é soberano sobre a família, porque a família precedeu o próprio Estado e lhe preexistiu, como instituição de natureza definida e como célula *mater* da sociedade (e não célula mártir).



Nessa vereda, vale a pena lembrar as profundas reflexões do eminente jurista João Baptista Villela:

“A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o “*leasing*”, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento; pode-se observar, de resto, que, ao longo da história, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com um silencioso *noli me tangere*! Lucy Mair registra a propósito, que nem os governos de tendência coletivista mais exacerbada chegaram a cogitar de abolir a família, ainda quando tenham enfraquecidos os laços do matrimônio e encorajado os filhos a delatar os pais por subversão política”<sup>3</sup>.

A família é o primeiro templo em que a criança aprende a rezar; a primeira escola que lhe ensina a falar; enfim, o mundo onde começa a caminhar.

Em face do princípio da subsidiariedade, entre homem e o Estado existem inúmeras sociedades menores. Se se imaginar um círculo de várias esferas concêntricas, dever-se-á evidenciar que se deve dar prioridade a sociedades menores. Em outras palavras, as maiores devem abster-se de realizar aquilo que poderá ser feito pelas menores.

---

<sup>3</sup> “Repensando o Direito de Família” in “Anais do I Congresso de Direito de Família”, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Livraria Del Rey Editora Ltda, p. 19 *apud* “Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, que institui o ‘Código Civil’”, Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, Brasília, 2000, ps. 47-48.



Segundo Johannes Messner, tal princípio “regula competências baseadas em esferas de responsabilidade. É, assim, um princípio jurídico. Com efeito, competências fundamentadas em responsabilidades próprias são direitos; a ordem jurídica é ordem de competências ...”<sup>4</sup>. O corolário daí decorrente é o de que, como a responsabilidade primeva da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito.

Para quem defende o monopólio do Estado para a fixação de regras sobre a educação, conquanto reconhecida sua importância para o aprimoramento da vida social, conveniente é a leitura da advertência de Darcy Azambuja, *verbis*:

“Os homens, em sua imensa maioria, erram e se enganam muito mais do que seria razoável, tal a sua teimosia, imprevidência e ignorância. No círculo limitado de seus interesses, com raríssimas exceções, mostram-se ineptos. Não sabem educar os filhos, nem dirigir a família, nem gerir seus negócios, nem escolher a profissão que melhor lhes ficaria. Perdem dinheiro e tempo, envenenam-se de mil modos, cometem desatinos que lhes custam o sossego, os bens, a honra e até a vida. Não são felizes, nem sequer sabem onde está a felicidade.

Mas, têm uma crença irracional em que alguns homens, que nem mesmo conhecem, poderão, dirigindo o Estado, educar-lhes os filhos, dirigir-lhes a família, orientar-lhes os negócios e fazê-los felizes. E quanto maior é a incapacidade demonstrada pelos governantes para fazer o bem que eles exigem, maior é o número de coisas que lhes entregam para fazer”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “Ética Social - O direito natural no mundo moderno”, Editora Quadrante e Editora da Universidade de São Paulo, p. 286.

<sup>5</sup> “Teoria Geral do Estado”, 4ª edição, Editora Globo, 1959, p. 152.



Ora, se os pais se mostram capazes de garantir educação de qualidade aos seus filhos, não há motivo ontológico e teleológico suficiente para a interferência do Estado em detrimento do direito natural da família. Ao Estado cabe um poder coordenador; não determinador ou impositor.

Merece ser sempre lembrada a tragédia de Antígona<sup>6</sup>, que aponta a existência de leis cujos preceitos nem mesmo os soberanos poderiam modificar, porque eram "leis não escritas, imutáveis, que não datam de hoje nem de ontem, que ninguém sabe quando apareceram"<sup>7</sup>.

Ulpiano, há muito, também já incluía o direito dos pais de educar os filhos no rol dos direitos naturais, como se pode observar pela leitura do seguinte trecho do Digesto:

"O direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais. Na verdade, este direito não é próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais que nascem na terra e no mar, e também às aves. Daqui provém a união do macho e da fêmea a que nós chamamos matrimônio, daqui decorre a procriação dos filhos e a sua educação. Na verdade, vemos que os restantes animais, mesmo as feras, parece terem uma noção deste direito. Aquilo que distingue o direito natural do das gentes é fácil de entender, pois que ele é comum a todos os animais e este apenas aos homens"<sup>8</sup>.

Embora essa visão seja intensamente criticada, em razão da aproximação do homem aos animais, o trecho supra lembra o pensamento de Platão, pelo qual "a educação de uma sociedade é a base de toda a

---

<sup>6</sup> Antígona e Édipo Rei, de Sófocles, escritas em 441 a.C..

<sup>7</sup> Pierre Brunel, "Dicionário de Mitos Literários", José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 48.

<sup>8</sup> "Digesta de Justiniano. Liber Primus I: De Iustitia et Iure. Lib. I. Institutionun", apud John Gilissen, in "Introdução Histórica ao Direito", 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, ps. 96/97.



argamassa comunitária, e da normatividade natural nela existente”<sup>9</sup> e adverte que o ser humano, antes de pertencer a um Estado ou organização social mais refinada, é elemento da natureza, e a intuição não é de todo supérflua pela racionalidade.

E, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ratifica esse pensamento em seu artigo 26, que dispõe, *verbis*:

“Art. 26 (Educação)

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. E deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”.

Desse modo, de acordo com a precisa lição de Jacques Maritain, *verbis*:

“A educação depende, antes e acima de tudo, da família. Pois o fim da família não é apenas procriar, - a promiscuidade seria bastante para isso -, mas procriar seres humanos, educando-os não só física mas espiritualmente. Sob várias modalidades e formas, por toda parte e em

---

<sup>9</sup> Paulo Ferreira da Cunha, in “Lições de Filosofia Jurídica – Natureza & Arte do Direito”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 87.



todos os tempos, tiveram os homens consciência dessa exigência da lei natural. Eis por que a função do sistema educativo e a função educacional do Estado são apenas funções auxiliares (...).

(...) O alvo colimado pelo Estado é a unidade – unidade que consiste na adesão comum à Carta democrática. Mas, a fim de alcançar essa unidade prática, torna-se indispensável um são pluralismo nos meios; diferenciações interiores devem manifestar-se na estrutura do sistema educacional, de maneira a proporcionar um ensinamento eficaz da Carta democrática”<sup>10</sup>.

## **6. Da triste realidade brasileira.**

Além disso, no Estado brasileiro, como é sabido, a deficiência do sistema educacional é crônica , - ao contrário de Pasárgada - e, muitas vezes, as famílias têm mais condições intelectuais, financeiras, afetivas etc. para realizar tudo aquilo que a Constituição Federal preceitua.

Para ilustrar essa assertiva, basta mencionar que “o Brasil foi o último colocado no Pisa (Programa Internacional de Avaliação de Alunos), prova que mediu, pela primeira vez, o desempenho de estudantes com 15 anos nas redes pública e particular de ensino de 32 países.

Os alunos brasileiros também ficaram na última colocação no ranking que levou em consideração fatores socioeconômicos e no que considerou apenas os estudantes com mais escolaridade.

A prova, coordenada pela OC-DE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) em 28 países desenvolvidos

---

<sup>10</sup> “O Homem e o Estado”, 3ª edição, Livraria Agir Editora, 1959, Rio de Janeiro, ps. 140/142.



e mais quatro emergentes – Brasil, México, Letônia e Rússia –, será aplicada a cada três anos.

Os primeiros colocados foram a Finlândia, com 546 pontos, e o Canadá – 534. O Brasil – 396 –, ficou atrás do México – 422 (*omissis*). Mesmo com a má colocação do Brasil, o Ministério da Educação considerou o resultado ‘melhor do que o esperado’<sup>11</sup>.

Permita-se transcrever, apenas a título de exemplo, a seguinte reportagem publicada na revista “Educação”, em edição de julho de 2000, *verbis*:

“Ao ver o resultado dos textos produzidos por nove estudantes do ensino fundamental de São Paulo, o ministro da Educação, Paulo Renato de Souza, teve uma reação de espanto. ‘É o fracasso da escola. Ela tem de fazer o aluno aprender. Temos de cobrar e exigir dedicação dos professores. Precisamos trocar essa cultura da reprovação, mas com avaliação. Paulo Renato reconhece, afinal, a deficiência do ensino no país. Mas não se cansa de dizer que nunca um governo fez tanto pela educação no Brasil.

(...)

Para alguns pais, não importa quem seja o responsável. A verdade é que seus filhos não estão aprendendo. Maria de Lourdes Passos, 42 anos, irmã de um professor da rede pública, diz ter brigado muito numa escola estadual do Grajaú, na periferia da zona sul paulistana, para que seu filho, William, de 10 anos, fosse reprovado. ‘Eu segurei o menino em casa para ele repetir a quarta série por faltas. Senão, ele ia continuar sem saber nada’. Até há seis meses, William não

---

<sup>11</sup> “Folha de S. Paulo”, edição de 05 de dezembro de 2001, caderno Cotidiano, p. C-11.



lia nem escrevia. 'Agora, ele melhorou muito e está aprendendo', orgulha-se a mãe"<sup>12</sup>.

Deveras, em decorrência da existência de um direito natural à livre determinação da família e do malogro da educação tradicional, não só no Brasil, mas em todo o globo, o corpo social vê com bons olhos e anseia por lhe ser dada a oportunidade de escolher entre a educação tradicional e outros métodos, incluído o da educação em casa, preconizando a correção das inúmeras falhas do maculado sistema atual.

### **7. Anseio social.**

Com efeito, a par da autorização legal concedida por vários países, são inúmeras as sociedades constituídas para a defesa judicial do chamado *home schooling*. Há um anseio social para a legitimação desse método educacional que, segundo acima já se salientou, não está, de forma alguma, proibido no Brasil, seja pela Constituição Federal, seja pela Lei de Diretrizes e Bases.

### **8. Inexistência de conduta penal típica.**

Não se pode, por esse motivo, "condenar" nenhuma família que pretenda, desde que condições para tanto tenha, por amor aos filhos, garantir-lhes a educação de forma alternativa à escola. Pelo contrário, o esforço, que tal empresa demanda dos pais, em benefício unicamente dos filhos, deveria a eles render apenas elogios, tanto da sociedade como do Estado.

Não há, tampouco, como tipificar a conduta dos pais de educarem seus filhos em casa como delito de abandono intelectual. Pelo

---

<sup>12</sup> "O fracasso de todos nós", por Gilberto Nascimento, *in* Educação, Ano 27, n. 231, julho de 2000, ps. 39/40.



contrário, o único crime que se lhes poderia imputar seria, *in casu*, o “desabandono” intelectual.

O crime de abandono intelectual está tipificado no artigo 246 do Código Penal, que dispõe:

“Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

Segundo Celso Delmanto, ao analisar o elemento objetivo do tipo, “deixar de prover tem a significação de não tomar as providências necessárias. Assim, o agente omite-se nas medidas que podem propiciar instrução primária (de 1º grau) de filho em idade escolar. Para a tipificação impõe-se que a conduta seja sem justa causa (elemento normativo)”<sup>13</sup>.

Damásio E. de Jesus, nessa esteira, assevera que a conduta delituosa “consiste na omissão das providências necessárias para que o filho, dos sete aos catorze anos de idade, receba a instrução de primeiro grau” e esclarece que o crime se consuma “quando o sujeito, após o filho iniciar a idade escolar, deixa de tomar medidas necessárias para que ele receba instrução, por tempo juridicamente relevante”<sup>14</sup>.

Já Heleno Cláudio Fragoso ensina que o bem jurídico tutelado “através da figura criminosa em questão é o interesse do Estado ‘na instrução a ser ministrada aos menores que constitui aliás, dever jurídico dos pais’ ” e que se trata “de crime omissivo puro, pois a conduta consiste em ‘deixar de prover a instrução primária, sem justa causa, isto é, em

---

<sup>13</sup> “Código Penal Comentado”, 3ª edição, Renovar, 1991, p. 393.

<sup>14</sup> “Código Penal Anotado”, Editora Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, p. 643.



omitir as medidas necessárias para que seja ministrada ao filho instrução de nível primário' ”<sup>15</sup>.

A conduta dos pais-educadores, ao reverso, será sempre comissiva, pois, diuturnamente, se empenham em prover a educação primária de seus filhos e “a obrigação se cumpre não somente pelo fazer freqüentar o filho escola pública ou particular, como também ministrando em casa o ensino”<sup>16</sup>.

### 9. Interpretação gramatical e lógica.

A exigência de freqüência à escola, presente tanto na Constituição como na Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), do mesmo modo, apenas pode ser interpretada de forma a significar a necessidade do comparecimento periódico dos estudantes à escola e não, necessariamente, presença diária no estabelecimento de ensino.

Freqüentar está ligado à idéia de periodicidade. Freqüentar vem de *frequentare* que significa repetição ou reiteração de eventos, fatos, ou acontecimentos. Em nenhum dicionário da língua pátria está escrito que freqüentar significa repetição diária. Convém transcrever, ilustrativamente, as seguintes exposições sobre o sentido dessa palavra:

“Freqüente adj. ‘assíduo, repetido, continuado’ XVII. Do lat. Fręquēns –ēntis; freqüência XVI. Do lat. Fręquēnt-a; freqüencíMETRO XX; freqüentAÇÃO XVI. Do lat. Fręquēntāt-o –ōnis; freqüentADOR XVII; freqüentAR XVII. Do lat. Frequentāre; freqüentATIVO 1813; Infreqüência

---

<sup>15</sup> “Lições de Direito Penal”, vol. 2, 1984, p. 133, *apud* Alberto Silva Franco, Rui Stoco, José Silva Júnior, Wilson Ninno, Sebastião Oscar Feltrin, Luiz Carlos Betanho e Vicente Celso da Rocha Guastini, “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, vol. 1, tomo II, Parte Especial, 6ª edição revista e ampliada, RT, ps. 3.179/3.180.

<sup>16</sup> Néelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, “Comentários ao Código Penal, vol. VIII, Forense, Rio de Janeiro, p. 446.



1844. Do lat. Infrēquēnt-a; INFreqüentaADO 1873; Infreqüente 1844. Do lat. infrequens – entis”<sup>17</sup>.

“Frequentar, v. a. (do Lat, frequentare) Continuar, ir muitas vezes, visitar a miude, conversar com frequencia alguém, alguma casa, lugar, praça, templo: v.g. um mancebo que frequenta esta cortezã; frequentar a casa de alguém; as igrejas. § Fazer alguma coisa repetidas vezes; é menos que amiudar: ‘frequentar requerimentos com alguém’B. 4.2.3. ‘frequentar os sacramentos’ i. é, chegar-se a elles muitas vezes. § Concorrer muitas vezes: v.g. o povo frequenta este jardim. (Sòa o u; e em todos os deriv.)”<sup>18</sup>.

“FRĚQUENS, ENTIS. Adj. Cic. Frequente, numeroso, ordinário. Frequens Romæ: Cic. célebre em Roma. Via frequens: Ovid. caminho frequentado ou trilhado. Frequens auditorium: Cic. auditório numeroso. Frequentissimi venerunt mercatores: Cic. os mercadores vieram em grande número. Frequens est cum eo: Cic. está sempre com ele. Frequentior. Comp. Cic. Frequentissimus. Sup. Cic.”<sup>19</sup>.

“Freqüentar Transitivo – Ir com assiduidade a; visitar amiudadas vezes: “Êsses que FREQÜENTAM os reais paços.” (Camões, Lusíadas, IX, 27.). Viver na intimidade de; conviver com: ‘Os que me FREQÜENTAVAM, quando na nossa terra havia a estabilidade do lar.’ (Rui, C. Inglaterra290.). Tratar familiarmente; conversar: ‘Francisco de Castro reverenciava o Bluteau; porque estava habituado a FREQÜENTÁ-LO.’ (Rui, Réplica, n. 496.). Cursar, seguir (aula, disciplina): ‘FREQÜENTANDO o sexto ano, graduou-se em doutor.’ (Aulete.) ‘Ninguém pode submeter-se a exame por mais de três vêzes, continue, ou não, a FREQÜENTAR o

---

<sup>17</sup> Antônio Geraldo da Cunha, in “Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa, Editora Nova Fronteira, 1982, Rio de Janeiro, p. 368.

<sup>18</sup> Antonio de Moraes Silva, in “Dicionário da Língua Portuguesa”, Tomo II 7ª edição melhorada, e muito acrescentada, Lisboa, 1878, p. 60.

<sup>19</sup> Geraldo de Ulhoa Cintra e José Cretela Junior, in “Dicionário Latino-Português”, São Paulo, 1944, p. 451.



ginásio.’ (Rui, Q. Império, I, 412.). Repetir amiudadas vêzes: ‘FREQUËNTAR requerimentos.’ (Morais.)”<sup>20</sup>.

“Freqüentar 1 t.d. visitar com freqüência, ir seguidamente a (algum lugar) Ex: não é de hoje que ele freqüenta a casa da namorada. 2 t.d. conviver com, viver na intimidade de; Ex: sempre gostou de f. as altas rodas. 3 t.d. cursar, estudar, seguir (colégio, curso, aula etc.); Ex: optou por f. o curso de francês do consulado. 4 t.d. fig. consultar (livros, periódicos etc.) com certa regularidade; Ex: o seu prazer é f. velhos alfarrábios e dicionários. 5 t.d. ant. tornar freqüente, repetir amiúde; Ex: f. um hábito, um gesto, uma reflexão. ETIM lat. frequēto, ās, āvi, ātum, āre ‘freqüentar, ser assíduo junto a; celebrar, festejar; fazer freqüente, repetir, reiterar; reunir em multidão, acumular, amontoar, povoar, encher’; ver frequēnt. ANT desfrequēntar. HOM frequēntē (1<sup>a</sup>3<sup>a</sup>p.s.), frequēntes (2<sup>a</sup>p.s.) / frequēntē (adj.2g.) e pl.; frequēntáveis (2<sup>a</sup>p.pl.) / frequēntáveis (pl. frequēntável [adj.2g.]”<sup>21</sup>.

“Freqüentar. [Do lat. frequentare.] V.t.d. 1. Ir com freqüência a; visitar amiudadas vezes: & “Começou a freqüentar a casa de Augusta na qualidade de amigo e vizinho.” (Machado de Assis, Histórias Românticas, p. 285.) 2. Conviver com; viver na intimidade de: freqüentar o meio artístico; & “ e Onofre foi acusado de receber esmolas das cortesãs, ... de freqüentar os pagãos” (Eça de Queirós, Últimas Páginas, p. 293). 3. Consultar ou estudar amiúde: freqüentar os dicionários. 4. Cursar (estabelecimento de ensino): & “Renan freqüentou os seminários de Issy e de Saint-Sulpice” (Machado de Assis, Páginas Recolhidas, p. 143); “freqüentavam escolas.” (Antônio Justa, Praia do Desterro, p.8). [Pret. imperf. ind.: freqüentava, ...freqüentáveis, freqüentavam; pres. subj.:

---

<sup>20</sup> Francisco Fernandes, in “Dicionário de Verbos e Regimes”, Editora Globo, Porto Alegre, 1979, p. 356.

<sup>21</sup> Antônio Houaiss, in “Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 1390.



freqüente, etc. Cf. freqüente, adj., e freqüentáveis, pl. de freqüentável.]”<sup>22</sup>.

Ademais, ao se estudar tanto a disciplina constitucional como a regulamentação legal da matéria, fácil é constatar que o requisito da freqüência diz respeito somente aos casos em que a educação é prestada por estabelecimento de ensino diverso da casa do estudante. Nesta, é evidente a desnecessidade de controle de freqüência diária. No ensino fora de casa, é claro, que se exija a freqüência do educando na escola e que, de fato, ele assista às aulas. Não há, portanto, no sistema de educação em casa, qualquer semelhança com o ensino a distância.

Convém rememorar, também, o disposto na alínea “c” do inciso II do art. 24 da Lei de Diretrizes e Bases, que possibilita àquele, que nunca cursou a escola, a classificação em alguma das séries do ensino fundamental “independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino”.

Inferre-se, em face disso, que, se a qualquer momento, qualquer cidadão pode ingressar no ensino fundamental, mesmo que não tenha se deslocado um dia sequer à sala de aula, e, por exemplo, ser classificado no último ano, de acordo com a análise do seu grau de desenvolvimento e experiência, nada está a empecer que tal classificação se dê anualmente, bimestralmente, mensalmente ou semanalmente, consoante o regramento de cada instituição de ensino.

---

<sup>22</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *in* “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, Editora Nova Fronteira, p. 942.



## 10. Conclusão.

Impõe-se considerar, contudo, que o que se está a defender na presente dissertação não é o direito de todos os pais a educarem seus filhos em casa, a ser exercido sem limites, mas sim o direito dos que alegarem e demonstrarem possuir condições para a realização dos objetivos constitucionais referentes à educação.

Evidencia-se, portanto, que estão cientes os pais-educadores da perlustração de Aristóteles no sentido de que "quem é incapaz de viver em sociedade, ou não tem necessidade disso, por se bastar a si mesmo, por força tem de ser um animal ou um deus"<sup>23</sup>. Esses educadores, à evidência, não desejam que seus filhos sejam animais, tampouco são megalomaniacos a ponto de julgar que estão criando deuses.

Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência ?

Quer-se também dizer que, se existirem pais qualificados para o mister, a esses não se pode negar o direito de opção, no sentido de enviarem seus filhos à escola, se assim entenderem melhor para a prole.

O fundamental é aceitar-se o princípio do primado da família em tema dessa natureza, mormente em Estado Democrático de Direito, que deve, por excelência, adotar o pluralismo em função da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Levada a obrigatoriedade de imposição da vontade do Estado sobre a dos cidadãos e da família, menos não fora do que copiar modelos fascistas, nazistas ou totalitários.

---

<sup>23</sup> "A Política", I, 2, § 14, *apud* Johannes Messer *in ob. cit.*, p. 131.



Vale lembrar, nada obstante, que, os educandos devem ser submetidos a freqüentes avaliações para se aquilatar a eficiência do ensino ministrado em casa, de acordo com a discricionariedade da Administração, a qual, de sua parte, não se poderá furtar de seu dever pela simples ausência do requisito da freqüência diária à escola, uma vez que, como acima já se ressaltou, tal requisito é subsidiário e somente se aplica aos casos em que o ensino se dá integralmente na escola.

Tal aferição, contudo, levará em conta apenas o currículo mínimo exigido pelo Estado, que, dessarte, também se não poderá opor a que a esse currículo se acrescentem outras matérias e conhecimentos.

