Brazilian Journal of Development

# Homeschooling: análise do julgamento do recurso extraordinário 888.815 e a metódica concretista de Friedrich Müller

# Homeschooling: an analysis of the judgment of the extraordinary appeal 888.815 and the conduct method of Friedrich Müller

DOI:10.34117/bjdv6n6-614

Recebimento dos originais:14/05/2020
Aceitação para publicação:28/06/2020

**Daiane de Queiroz**
Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política
Instituição: Universidade de Fortaleza – UNIFOR
E-mail:daianequeiroz25304@gmail.com

**RESUMO**
A prática da educação domiciliar, conhecida como *Homeschooling,* desenvolvida nos Estados Unidos, pelos anos de 1970, vem se difundindo no país. Apresenta-se, assim, no presente trabalho, os argumentos favoráveis e desfavoráveis a aplicação do método na educação básica, voltada para ensino e aprendizagem, de crianças e adolescentes. Adota-se por referência, no presente estudo, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, demais legislação infraconstitucional sobre educação, em vigor no Brasil. Entende-se por educação domiciliar aquela realizada no ambiente doméstico dirigida às crianças e os adolescentes por seus pais ou responsáveis legais. O presente artigo tem como objetivo verificar sua imediata utilização, sob a égide da metódica concretista de Friedrich Müller, bem como confrontá-la com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, exposto na decisão do Recurso Extraordinário de n. 888815. Justifica-se a pesquisa pela relevância da repercussão geral que reconhece a lacuna legislativa na regulamentação da educação domiciliar, em decorrência da existência de famílias que adotam esse método de ensino-aprendizagem, no Brasil, e de controvérsias sobre a questão. Como metodologia de trabalho, propõe-se uma pesquisa bibliográfica e documental, cuja abordagem tem caráter descritivo analítico. Fundamentou-se, para tanto, em livros e artigos das bases Ebscohost, Scielo e Vlex sobre o assunto. Como resultado esperados a análise demonstra que a decisão do STF baseou-se no posicionamento tradicional da doutrina, apesar de haver possibilidade de utilização como base na metódica concretista mülleriana para julgar o Recurso Extraordinário n. 888815 do estado do Rio Grande do Sul. Adotou, dessa forma, uma posição intermediária com fito de impelir o Legislativo a regulamentar a matéria, no Brasil.

**Palavras chaves:** *Homeschooling*,Hermenêutica, Friedrich Müller, RE 888815.

**ABSTRACT**
The practice of home education, known as *Homeschooling*, developed in the United States in the 1970s, has been spreading in the country. Thus, in this paper, the favorable and unfavorable arguments for the application of the method in basic education, focused on teaching and learning, of children and adolescents are presented. The Federal Constitution of 1988, the Child and Adolescent Statute - Law 8,069 / 90, other infra-constitutional legislation on education, in force in Brazil, is adopted in this study by reference. Home education is understood as that carried out in the

domestic environment directed at children and adolescents by their parents or legal guardians. The present article also aims to verify its immediate use, under the aegis of Friedrich Müller's concretist method, as well as to confront it with the current understanding of the Supreme Federal Court - STF, exposed in the decision of the Extraordinary Appeal of n. 888815. The research is justified by the relevance of the general repercussion that recognizes the legislative gap in the regulation of home education, due to the existence of families that adopt this teaching-learning method, in Brazil, and controversies on the issue. As a work methodology, a bibliographic and documentary research is proposed, whose approach has an analytical descriptive character. It was based, therefore, on books and articles from the Ebscohost, Scielo and Vlex databases on the subject. The analysis shows that the decision of the STF was based on the traditional positioning of the doctrine, despite the possibility of using it as a basis in the Mullerian concretist method to judge Extraordinary Appeal n. 888815 of the state of Rio Grande do Sul. Thus, it adopted an intermediate position in order to impel the Legislature to regulate the matter, in Brazil

**Keywords:** *Homeschooling*, Hermeneutics, Friedrich Müller, RE 888815, STF.

## 1 INTRODUÇÃO

Muitas ações do Estado brasileiro para monitorar o acesso e a permanência das crianças e adolescentes na escola não se preocupam com as peculiaridades individuais de cada sujeito, nem com os aspectos inerentes ao seu desenvolvimento. Em contraposição ao sistema escolar brasileiro, pais e responsáveis têm escolhido uma abordagem educacional para seus filhos, baseada no ensino ministrado por eles próprios, no ambiente do lar. Essa prática, originalmente, desenvolvida nos Estados Unidos, é denominada *homeshooling*.

No Brasil, ainda não se encontra regulamentada, mas muitos pais defendem essa possibilidade, sob argumento de que os direitos em discussão, quais sejam, liberdade e educação, não estão em conflito. Daí, a importância da decisão e do estudo do tema, que gera controvérsias tanto entre pais, responsáveis e educadores.

Conforme apontado por Vasconcelos (2007, p.17), foi a partir do século XVIII, na Europa Ocidental, que a educação doméstica realizada nas camadas mais ricas da população deixa de ser privilégio apenas das crianças nobres, para se tornar uma prática comum entre comerciantes.

Na esfera internacional, existe variada legislação sobre o tema, a qual prescreve sobre os seguintes aspectos relativos à educação domiciliar: (i) o reconhecimento da educação domiciliar como um modelo educacional legítimo, com fundamento em um direito fundamental de liberdade; (ii) a regulamentação legal ou infralegal; (iii) o processo de fiscalização ou inspeção promovido pelos órgãos e agentes estatais.

Os limites de intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais é ponto central na legislação, quando se discute o questionado direito ora em análise. Entretanto, há outras questões

envolvidas com a análise da matéria, que a tornam complexa. Dentre elas, tem-se a própria sistematização legal atualmente existente no Brasil, que orienta o provimento da educação para todos, conforme parágrafo único do artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art.9o da Lei de Diretrizes e Bases da Educação- LDBE, que estabelece diretrizes para educação básica em conjunto com Estados e Municípios.

Daí, porque a previsão de obrigatoriedade da matrícula escolar; da supervisão pelo Estado em relação a frequência e rendimento dos educandos, do aprimoramento do sistema escolar e da manutenção das unidades escolares. Verifica-se, portanto, a necessidade de regulamentação da forma como pode ser admitida a educação domiciliar.

Isso em razão das especificidades do controle e da avaliação dos resultados do processo de ensino e aprendizagem domiciliar, que poderá ser realizada pelos órgãos de ensino ou por outros órgãos do Estado; bem como da qualificação do pai/mãe/responsável legal que pretenda promover a educação domiciliar da criança ou do adolescente.

Não há ainda em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, norma jurídica que trate do conteúdo ou tenha por objeto a Educação Domiciliar, seja em caráter permissivo ou proibitivo. Logo, o entendimento prevalente é no sentido de que o Estado tem o dever constitucional de prestar gratuitamente às crianças e aos adolescentes, uma educação de qualidade, no âmbito da educação básica (CF, art. 206).

Tal assertiva é resultante da interpretação advinda do sistema de ensino, regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDBE, e normas correlatas e do sistema de proteção, que compõem a rede de promoção e garantia de direitos da criança e do adolescente, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90.

Em que pese não existir vedação constitucional, nem ser o Estado o detentor do monopólio da Educação, no Brasil, uma vez que este é aberto para instituições privadas, inclusive no que diz respeito ao gerenciamento e ao custeio, desde que cumpridas as normas expedidas pelo Ministério da Educação- MEC, além de outras diretrizes legais, é preciso preservar conforme previsão do Relatório de 2014 acerca do Sistema Nacional de Educação - SNE, art. 214, um contexto único de capacitação profissional e cidadã, que dificilmente conseguirá ser implementado fora do contexto coletivo da escola.

Logo, apesar da escolarização, no Brasil, ser direito público subjetivo da criança e do adolescente, reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental, possui o Estado, por meio de seus órgãos, além dos pais ou responsáveis o dever conjunto e complementar de zelar pela educação e formação básica dos filhos. No entanto, em face da educação não está adstrita à mera

escolarização, mas envolver o desenvolvimento intelectual, psicológico, humano e social do indivíduo, o principal argumento contrário é a necessidade de inserção da criança e do adolescente em círculos sociais.

Em face deste contexto, um dos julgamentos sobre *homeschooling* (educação domiciliar), que ocorreu em 12 de setembro de 2018, no Supremo Tribunal Federal, (STF) levou a derrota parcial daqueles que defendiam a constitucionalidade da prática, no atual contexto legislativo. Por 9 votos a 1, o tribunal considerou que a educação domiciliar não deve por ora ser admitida no país, enquanto o Congresso Nacional não promulgar lei que a regulamente.

Consequentemente, não houve declaração de constitucionalidade, como desejava as famílias que defendem a liberação imediata do método de ensino domiciliar. No entanto, o resultado não foi negativo, uma vez que, havia o risco de os ministros considerarem a modalidade inconstitucional, o que dificultaria a aprovação de leis futuras nesse sentido.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) n. 888815, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutia a possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*) ser considerado meio hábil de cumprimento, pela família, do dever de prestar educação básica aos filhos e dependentes.

Segundo a maioria dos ministros, o pedido formulado no recurso não pode ser acolhido, uma vez que não há legislação que regulamente preceitos e regras aplicáveis a essa modalidade de prestação educacional.

Percebe-se, diante do reconhecimento da força normativa das constituições, do caso em análise e do estudo da jurisprudência, a insuficiência do argumento da neutralidade positivista, por meio de uma interpretação normativa lógico-dedutiva, para a concretização dos ditames constitucionais, em especial das normas tidas como "programáticas" ou de eficácia contida. Pois as normas constitucionais revelam problemas relativos à sua interpretação e à plenitude de seus efeitos.

Para melhor esclarecer o assunto, toma-se por base a classificação das normas constitucionais, segundo a eficácia e a aplicabilidade, da seguinte forma: normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata e normas de eficácia limitada ou reduzida, definidoras de princípio institutivo ou programático.

No Brasil, a dificuldade de concretização dos dispositivos jurídicos decorre de vários fatores, dentre os quais, o idealismo presente em seu conteúdo, a inércia do poder público e, não raras vezes, dos interesses particulares sobrepostos ao da maioria da população. Como consequência, surge um hiato, tendo, de um lado, a expectativa gerada pela expansão dos direitos formais de cidadania e, de outro, sua realização no cotidiano dos cidadãos.

Brazilian Journal of Development

Na contemporaneidade, tem-se desenvolvido uma interpretação hermenêutica constitucional, baseada na Metódica Estruturante do Direito, que busca analisar as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas no caso concreto.

À luz de tal compreensão, apreende-se que a norma, ao ser uma espécie de significado extraída de textos legislativos, vai além do significado linguístico de tais textos, sendo necessário, para determiná-la, informações contextuais (extralinguísticas), relacionadas com as circunstâncias concretas de sua aplicação.

Diante da importância do tema Educação domiciliar, que surgiu nos Estados Unidos, na década de 1970, o presente trabalho concentra-se na análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao assunto, sob a égide da metódica concretista de Friedrich Müller. O estudo está divido em três partes, sendo que a primeira aborda a *homescholling,* no Brasil; a segunda seção, a teoria metódica concretista do jurista alemão Friedrich Müller e a terceira e última, análise da hermenêutica jurídica, em face do contexto da decisão em análise.

Em relação à metodologia de trabalho, propõe-se uma pesquisa bibliográfica documental, cuja abordagem tem caráter descritivo analítico. Para analisar o fenômeno utilizaram-se, como base, a pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos publicados em coletâneas e periódicos em base dados nacionais e internacionais, como: Ebscohost, Scielo, Vlex; Capes, além de outras fontes, como páginas oficiais, entidades não governamentais e notícias que ilustrassem a presença no tema no contexto brasileiro.

Pretende-se demonstrar com o estudo a importância da metódica concretista enquanto elemento decisivo da interpretação constitucional e como a decisão adotada pelo STF fundamentou, ainda que não explicitamente, em postulados de tal abordagem teórica.

## 2 HOMESCHOOLING NO BRASIL

Para Menegat, Sarmento, Rangel (2019, p. 14098) o direito a educação tem sido enfatizado em vários dispositivos, dentre os quais destacamos, no âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), Educação para todos (EPT): satisfazendo as necessidades básicas de aprendizagem (UNESCO, 1990) o Marco de Ação de Dakar: assumindo nossos compromissos coletivos (UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001); A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as metas educativas 2021, (OEI, 2008) e a Declaração de Incheon (UNESCO, 2015); E na Agenda 2030 e os 17objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) proposto pela ONU.

Brazilian Journal of Development

Já no contexto brasileiro, tal direito é evidenciado na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988); o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996); O Plano Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2007); as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica (2013) e, o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014).

Fundamentalmente, sabe-se que a educação formal realizada no âmbito doméstico não é novidade no mundo, nem no Brasil. Trata-se, na verdade, de uma releitura, de um retorno ao que existia antes da escolarização, que encontrou consolidação no século XX. Mas, nem sempre o ensino formal foi responsabilidade exclusiva do Estado, antes da institucionalização do ensino, as famílias eram as principais responsáveis. No Brasil do século XIX, a maioria das famílias que ensinava os filhos em casa dispunha de recursos e o fazia por meio de preceptores contratados para lecionar disciplinas ou matérias (VASCONCELOS, 2007, p .25).

O que hoje chamamos de Educação Domiciliar (ED) teve seu o (re)surgimento na década de 70, nos Estados Unidos, e se baseou em um movimento de reforma da educação, proposto pelo professor e escritor norte americano John Holt. Foi ele quem usou, pela primeira vez, o termo *unschooling*, que na língua portuguesa geralmente traduzimos pela expressão "desescolarizar" (ANED, 2018).

Contudo, o direito à Educação consiste em um Direito Humano indispensável à eficácia de um dos mandamentos fundamentais do Estado contemporâneo, o princípio da dignidade da pessoa humana, norma máxima que representa o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais.

Por conta disso, muito embora seja a educação das crianças e adolescentes um dever do Estado e da família, de forma complementar, conforme artigo 205 da Constituição Federal - CF/1988, entende-se que o dever prioritário de prover e garantir a educação de cada criança e adolescente não recai unicamente sobre o Estado, mas também sobre os pais e mães, a quem consiste em "assistir, criar e educar os filhos menores", conforme prescreve a lei (ANDRADE, 2016).

Até porque a educação constitui mais que um processo de alfabetização, pois visa à aprendizagem não apenas a nível racional ou cognitivo, mas humano, político e social. Logo, o exercício desse direito não pode ficar restrito ao sistema convencional de ensino (CARDOSO, 2016, p.57), mas também não deve inibir o crescimento e envolvimento dos seus destinatários, que precisam ser inseridos em diversos ciclos sociais.

A Constituição, neste patamar, é ponto de fundação e de projeção de um humanismo inclusivo e transformador (ADOLFO, 2018, p. 33). Consequentemente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBE, estabelece, em seu artigo 1º, que a educação básica abrange os

Brazilian Journal of Development

processos formativos que se desenvolvem, entre outros espaços, dentre os quais, na vida familiar. No parágrafo primeiro do dispositivo há o registro de que a educação escolar deve acontecer, predominantemente, por meio do ensino em instituições próprias.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/90 estabelece, em seu art. 55, que "os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na regular de ensino", ressaltando esse dever também no art. 129, ao explicar os deveres dos pais para a educação: "V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar (BARBOSA, 201, p.16).

Logo, um dos fatores responsáveis pela diminuição da educação domiciliar, é principalmente a estruturação e o crescimento das instituições formais de ensino ao longo da história. Assim, Silva (2013, p.85) explica que "com o aumento da infraestrutura das escolas, o governo pode agir maciçamente na divulgação do ensino oficial como o principal e quase que único método de aprendizado, criando constituições que ignoravam completamente uma realidade tão viva como a da educação domiciliar que foi, aos poucos, ou sendo praticada apenas em áreas muito remotas ou se extinguindo".

Tanto que, no Brasil, entretanto, a intenção do constituinte foi prover, por meio do Estado a educação básica para todos. É o que se denota pelo inciso I, do artigo 54 do ECA, que diz : " É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;..." Tem-se ainda no Relatório do MEC de 2014 como objetivo precípuo do Sistema Nacional de Ensino- SNE, preservar um contexto único de capacitação profissional e cidadã., sendo que essa base comum do art. 214 (BRASIL, MEC, 2014), não é garantida até hoje pelo Estado.

O máximo ainda previsto está contido na meta 19 do Plano Nacional de Educação- PNE que faz alusão a participação da família e da sociedade, por meio de consultas públicas à comunidade escolar, construção coletiva e deliberações nos conselhos respectivos.

As propostas de projetos de lei para regulamentar a matéria, que se tem notícia, no Brasil, não obtiveram êxito. No ano de 1994, o Deputado Federal João Teixeira apresentou o Projeto de Lei n° 4657/94, visando regulamentar a Educação Domiciliar para o ensino fundamental. Esse projeto foi rejeitado, e somente sete anos depois surgiria outro do Partido Liberal, de autoria do Deputado Ricardo Izar, cuja intenção era gerar outra opção para os pais/responsáveis, dentro das possibilidades existentes no sistema educacional brasileiro.

Posteriormente, mais projetos de lei que versavam sobre *homeschooling* foram apresentados, respectivamente, nos anos de 2002, 2008, 2012 e 2015, bem como uma PEC (Proposta de Emenda

à Constituição), em 2009. Quase todos tiveram seus pareceres rejeitados ou foram simplesmente retirados de pauta. Todavia, ainda tramita na Câmara dos Deputados o PL 3179/12 de autoria do Deputado mineiro Lincoln Portela (ANED, 2018).

Vale ressaltar que, em junho de 2015, a educação domiciliar obteve sua primeira grande vitória no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de um recurso que discute se a Educação Domiciliar pode ser proibida pelo Estado ou considerada meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal. O recurso teve origem em mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina, contra ato da secretária de Educação do Município de Canela - RS, que negou o pedido para que a criança fosse educada em casa e orientou-os a fazer matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado.

Pretende-se, assim, analisar a decisão do Recurso Extraordinário - RE n. 888815 sobre a Educação Domiciliar popularmente conhecida como *homeschooling.* Cumpre verificar a similitude da decisão com a metódica concretista de Müller, no que pertine a análise dos fatos questionados, a falta de legislação regulamentadora do assunto; os pressupostos para aplicação de referida teoria, no caso em destaque, ainda que implicitamente.

## 3 A METÓDICA CONCRETISTA DE FRIEDRICH MÜLLER

A Teoria Estruturante ressalta que o positivismo dominante confunde a norma jurídica com o texto da norma aposto no código legal, ou, ainda, com a conduta prescrita por este texto legal, de forma que poderia se aplicar o texto ao caso concreto, a partir de um processo de dedução lógica, método que fracassou, principalmente diante das variáveis múltiplas existentes nos casos concretos que não poderiam ser respondidas por esta forma de pensar o direito (MÜLLER, 2013, p.33).

Por hermenêutica constitucional concretista entende-se não uma metódica de interpretação unificada, mas o conjunto formado pelas contribuições teóricas de autores diversos, que compartilham as seguintes premissas sobre o processo de compreensão/aplicação da norma constitucional: (i) a centralidade da mediação lingüística; (ii) a abertura textual; e (iii) a pluralidade axiológica (MIRANDA, 2007, p.45).

Müller (2005, p.39) afirma que a metódica estruturante analisa as questões de implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Para o jurista alemão a "Metódica Jurídica" não é apenas prática, mas uma Teoria da Práxis. Esta é a segunda compreensão de "método", mais exigente, mais ampla: o conjunto do percurso das

Brazilian Journal of Development

normas jurídicas por meio de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política.

Os estudos de Müller contrapõem-se totalmente aos antigos preceitos positivistas tradicionais que abrangiam a lei positivada como a solução pronta e definitiva para quaisquer conflitos jurídicos. Em esfera totalmente oposta, concebe a necessidade de se aferir a realidade fática juntamente com o texto legal. Trata-se da análise do âmbito da norma e do programa da norma, respectivamente, - conceitos oriundos da metódica mülleriana.

Em entrevista concedida à revista jurídica Sequência, em dezembro de 2005, o autor explica que:

> Para tudo isto não há reflexão possível sem uma reflexão completa da teoria da norma jurídica; sem outras questões fundamentais da teoria do direito (como "validade", "ser e dever-ser", "subsunção e concretização" e muitas outras); sem discutir a dogmática jurídica em sua posição e função; sem integrar os pressupostos normativos da constituição (como divisão de poderes, controle recíproco das funções do Estado, repartição de competências, exigência de transparência e clareza, direitos das pessoas no tocante a um procedimento correto [julgamento justo]); sem os direitos do homem e do cidadão e outros. Ela também não é mais possível sem integrar a linguística do direito, afinal o direito opera inteiramente dentro do meio da "línguagem natural" (em contraposição ao algoritmo formal), ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais.

A concepção teórica de Müller, como já mencionado, divide a criação da norma jurídica em dois aspectos diversos: - o programa da norma e o âmbito da norma. O programa da norma, acima referenciado, trata do texto normativo positivado, ou seja, os caracteres linguísticos constantes dos diplomas jurídicos. O âmbito da norma, por sua vez, revela a realidade factual que se liga ao texto positivado.

Assim em suma: uma Teoria da Práxis abrange, no campo da metódica, as questões tradicionais e as contemporâneas; aquelas que vêm da experiência jurídica do passado como aquelas que são exigidas pela constituição sempre sobre as bases de uma teoria suficientemente integradora e inovadora ( MÜLLER, 2012 p.38).

Marcelo Paiva Santos (2013, p.25) pondera que Müller (2013, p.48) desenvolve sua metodologia considerando os seguintes elementos normativos:

> a. Texto normativo: a) enunciado linguístico normativo que não constitui a norma, mas deve ser considerado no contexto social e comunicativo em que se insere; b) são dados de entrada do processo de concretização da norma; c) devem ser colocados no início do processo de concretização da norma, como ponto de partida deste processo; e) o legislador não cria normas, mas dados de entrada, pontos de partida para o processo de concretização; b. Programa normativo: a) seria o resultado da interpretação dos dados da linguagem jurídica do texto; b) o intérprete deve trabalhar com este conjunto de linguagem de forma indutiva, ou seja, extraindo de casos práticos e mesmo da jurisprudência a construção do

Brazilian Journal of Development

> seu significado; c) o programa normativo delimita o âmbito de aplicação do texto normativo. É uma consequência do Estado Democrático de Direito e a melhor interpretação prévia destes textos tomando por base esta premissa; c) o programa normativo não é a norma em si, mas um juízo de valor formulado sobre o texto, como, por exemplo, o entendimento jurisprudencial ou doutrinário;
> c. Âmbito material/de fato: são os dados reais do caso; os fatos do caso. Todos os elementos reais do caso que possam contribuir para a análise da situação que se pretende decidir. Há referência ainda ao âmbito do caso. Este elemento configuraria uma redução analítica do âmbito material – dados reais do caso - para os dados reais relevantes para construção da teoria do caso em voga. Visa a facilitação do trabalho, tendo em vista que não são todos os dados reais que são vitais para compreensão do caso;
> d. Âmbito normativo: é construído a partir da análise do âmbito material e do programa normativo. Neste caso se nota um entrelaçamento entre "ser" e "dever-ser" e não uma separação, como concebe a teoria positivista. Para construção do âmbito normativo é necessário se ater aos dados reais, programa normativo, sem descurar de uma visão interdisciplinar – de outras ciências, como sociologia, etc. -, para se ter uma real dimensão deste elemento;
> e. Norma jurídica: é construída a partir da união do âmbito normativo (que contém o âmbito material/de fato) - e o programa normativo (que contém a primeira interpretação do texto normativo);
> f. Norma-decisão: é a aplicação individualizada da norma jurídica, esta considerada como o resultado da união do âmbito normativo e do programa normativo, que em si já consideraram o âmbito material e o texto normativo.

Os elementos de concretização da norma estão divididos em dois grupos. O primeiro que reúne elementos metodológicos *stricture sensu* e conta com os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além dos princípios de interpretação da constituição e axiomatização do direito constitucional. Já o segundo contempla os elementos de concretização a partir do âmbito da norma (nexo da realidade em que está inserida a norma) e do âmbito do caso.

O Judiciário brasileiro tem enfrentado herméticas questões de ordem política, em decorrência da não efetivação, ou efetivação inadequada, de políticas públicas garantidoras da concretização dos direitos sociais pelo Estado. Tal realidade tem sido objeto de complexa análise e discussão, na qual o acesso à educação também está inserido. Ernani Carvalho, baseado nos ensinamentos de Tate e Vallinder, afirma que a judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder tomando por base a Constituição.

Dessa forma, que é importante para a teoria de Müller a divisão de funções entre os órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação da Constituição. Essa atribuição funcional de competências é também relevante para o tema da educação domiciliar, já que se pretende entender se necessário ou não ao legislador dispor sobre o tema.

É nesse sentido, quanto ao papel do Estado, que se entende essa função como social, conforme paradigma teórico da teoria funcionalista, tal como disposto em Bobbio (1997) e subsidiária às obrigações que se inserem no poder familiar, devendo limitar-se a garantir que seja

promovida por meio da educação ou por qualquer outro meio o pleno desenvolvimento mental, moral, social e espiritual das crianças e dos adolescentes que se encontram no território brasileiro, tal como prevê o artigo 3º da Lei 8.069/90 ( Estatuto da Criança e Adolescente,1990). Mas, a rigor, somente, nos casos em se evidencia conduta culposa de pais ou responsáveis (consciência + vontade) cabe responsabilização desses (ANDRADE, 2016, p.230).

Estabelecidos os essenciais conceitos e pontuadas as nodais características da teoria estruturante do direito, é imperioso que se passe a tratar da influência dela na interpretação e na concretização das normas de direitos fundamentais. É o que se articula na seção seguinte, onde analisa a decisão do recurso n. 888815 por meio da hermenêutica jurídica de Müller.

## 4 HERMENÊUTICA JURÍDICA DE FRIEDRICH MÜLLER NO CONTEXTO DA DECISÃO DO RECURSO ESPECIAL 888815

No julgamento sobre *homeschooling* (educação domiciliar), ocorrido, em 12 de setembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal limitou sua imediata utilização, no sentido de que a educação domiciliar deve ser admitida no país apenas quando o Congresso Nacional editar lei que o regulamente.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 888815, votou no sentido do provimento do recurso. Ele considerou constitucional a prática de ensino domiciliar à crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil, expressos na Constituição de 1988. Em seu voto, o ministro Barroso propôs algumas regras de regulamentação da matéria, com base em limites constitucionais (STF, 2018).

Isso porque, na democracia, a lei é o centro sistêmico da ação jurídica, que vincula todas as pessoas, tanto juristas como não juristas, e deve, ao menos em princípio, emanar do povo. Conforme a Teoria Estruturante do Direito, a interpretação autêntica decorreria de uma metódica consistente, lastreada na união do programa da norma com o âmbito da norma (MÜLLER, 2013, p.43). Desta forma, o STF ao analisar o caso concreto apoiou-se na lei escrita (positivismo) conjugada com a doutrina tradicional majoritária, que classifica a norma quanto à eficácia, nas lições do constitucionalista José Afonso da Silva, embora tenha feito alusão aos aspectos sociais, pertinentes ao ensino dos sujeitos envolvidos. Logo, perdeu a oportunidade de utilizar por completo a Teoria Estruturante, talvez porque houvesse risco de diversos questionamentos pertinentes a implementação fática e validade, no atual contexto de discussão da matéria, por demais controversa. Uma decisão política mais do que jurídica, portanto.

Brazilian Journal of Development

Observa-se que a Teoria Estruturante do Direito admite a existência de um sistema jurídico aberto a valores focando seu objeto de estudo na norma jurídica, que seria composta não somente por elementos do sistema jurídico, mas elementos interdisciplinares (MÜLLER, 2013, p.45). Referida concepção de pensamento opõe-se a concepção lógica silogística que norteia o pensamento positivista e, ainda, à tópica, que buscava uma solução justa, baseada no consenso, a partir dos *topoi* que circundavam o caso.

Para o ministro Alexandre de Moraes, a Constituição Federal, em seus artigos 205 e 227, prevê a solidariedade do Estado e da família no dever de cuidar da educação das crianças. Já o artigo 226 garante liberdade aos pais para estabelecer o planejamento familiar. Segundo o ministro, o texto constitucional visou colocar a família e o estado juntos para alcançar uma educação cada vez melhor para as novas gerações (STF, 2018). Por entender que não se trata de um direito e sim de uma possibilidade legal, mas que falta regulamentação para a aplicação do ensino domiciliar, o ministro votou pelo desprovimento do recurso (STF, 2018).

Assim para Müller, as tentativas de solução do problema da ausência de resposta do positivismo frente a algumas questões que envolvem variáveis complexas, como aquelas soluções concebidas pela escola livre do direito - antipositivista - repetem o erro do positivismo: limitam-se a alimentar a discussão relativa à tensão dialética criada pelas concepções de "ser" e "dever-ser", concentrando a resposta no "ser", o que não elimina o problema, tendo em vista a imprecisão da resposta. Ou seja, a solução seria deslocar o que seria direito de um conteúdo eminentemente jurídico, derivando para aceitação potencial e exclusiva de fatores psicológicos, sociais e todos aqueles considerados metajurídicos, o que privilegiaria um decisionismo desvinculado de um critério metodológico sólido (MÜLLER, 2013, p. 59).

Em conformidade com os votos mais pertinentes para este estudo, apresenta-se o voto do ministro Edson Fachin, que entende que o "Estado tem o dever de garantir o pluralismo de concepções pedagógicas e, sendo o ensino domiciliar um método de ensino, poderia ser escolhido pelos pais como forma de garantir a educação dos filhos" (STF, 2018). O ministro revelou que estudos recentes demonstram que não há disparidade entre alunos que frequentam escola daqueles que recebem ensino domiciliar. Isso é factível também pela diminuta participação da família e da sociedade albergada pela legislação, no que diz respeito ao processo pedagógico, bem como na definição das propostas educacionais, quando a criança ou adolescente está matriculada numa instituição pública, ao contrário da previsão do parágrafo único do art. 53 do ECA.

Para o ministro Fachin, não se pode rejeitar uma técnica que se mostra eficaz, desde que atendidos os princípios constitucionais. Mesmo reconhecendo haver amparo ao pluralismo de

concepções pedagógicas, o ministro salientou que o Poder Judiciário não dispõe de parâmetros para que o método possa se ajustar a regras de padrão de qualidade, como exige a Constituição (STF, 2018). Assim reforçou simplesmente o papel do Legislativo a partir da adequada divisão de funções previstas na Constituição.

Nesse sentido, a solução, proposta por Müller, de caráter pós-positivista, que concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações, como textos de normas ainda não se mostra factível em relação ao caso em destaque. Pois, embora a norma jurídica não exista *ante casum*: o caso submetido à decisão é constitutivo da norma, o texto da norma no código legal é apenas um dado de entrada do processo de trabalho chamado concretização, que levaria em conta outros dados, inclusive factuais, os quais, ao final do processo metodológico, comporiam a norma jurídica (MÜLLER, 2013, p.67). Mas, que no Brasil, em razão da tradicional concepção advinda do *Civil Law,* ainda não dispõe de força para se consolidar.

O STF compreende que o caso não é de inconstitucionalidade do ensino domiciliar, porém, como o objeto da ação era obter um mandado de segurança, cujo pressuposto é a existência de um direito líquido e certo, os ministros não deram provimento ao Recurso Extraordinário porque entendem que a ausência de regulamentação impede o reconhecimento de direito líquido, certo e exigível, além de interpretar que a educação não constitui monopólio exclusivo do Estado. Isso apesar da maioria das metas do governo federal ter por base papéis a serem implementados pelo próprio Estado, como é o caso da verificação em relação a frequência e rendimento dos alunos (CARDOSO, 2016, p.220).

De modo geral, tendo em vista as possibilidades de interpretação, toda a metódica estabelecida pela teoria estruturante do direito demonstraria a constitucionalidade da norma-decisão, sendo que o limite desta concretização seria a inexistência de distanciamento total do texto normativo, em respeito ao Estado de Direito, ao princípio da legalidade e à segurança jurídica (MÜLLER, 2013, p.70).

## 5 CONCLUSÃO

Por meio da análise dos argumentos dos ministros e principalmente do voto do relator, apreende-se que a decisão pode ser vista como uma interpretação ampliativa das normas constitucionais, no que pertine a educação obrigatória por parte do Estado, embora com base na doutrina tradicional. A repercussão geral reconhecida antemão a votação do mérito, demonstra que a teoria metódica concretista de Friedrich Müller é aplicável. Isso em consonância com as questões

de implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso.

No entanto, o assunto é controverso e está posto normalmente em torno da tríade " Família, Estado e Sociedade e gira em torno dos direitos de liberdade individual, em contraposição ao direito social à Educação e demais interesse das crianças e adolescentes. Nesse sentido, alguns entendem que deve prevalecer o entendimento do Estado; outros, a opção dos pais; e outros, o interesse estrito da criança, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, percebe-se a não interferência na autonomia do Poder Legislativo, por parte do Judiciário, que optou em não fixar parâmetros, diante da inércia do legislador infraconstitucional, apesar de projetos legislativos diversos anteriores acerca do tema. Mas ao menos reconheceu a necessidade da regulamentação da matéria, que não pode ser negada aos pais/responsáveis, maiores interessados no resguardo do direito fundamental à educação dos filhos ou dependentes.

No presente texto, percebe que os ministros fundamentam suas decisões acerca do caso concreto em métodos hermenêuticos constitucionais, não apenas para negar provimento, mas também para buscar do legislador uma devolutiva sobre algo que ecoa na sociedade e reúne o papel de pais e do Estado em em relação ao acesso à educação por parte dos menores.

O entendimento extraído da decisão final do STF, quanto ao caso em tela, é no sentido de positivar o *homeschooling* para que o Estado possa exercer seu papel fiscalizatório, preponderantemente, quando assim optarem pais e responsáveis, uma vez que, estes devem cumprir as atuais e futuras diretrizes curriculares existentes no país.

## REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Proteção integral e a política pública de Educação para a salvaguarda da própria imagem na sociedade da informação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s.l.], v. 10, n. 3, p.338-347, 30 dez. 2018. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.10. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.10/0>. Acesso em: 11 maio 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. **O que é Educação Domiciliar**? Disponível em: < http://www.aned.org.br/portal/index.php/ensino-domiciliar>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996** ( Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014** (Plano Nacional de Educação – PNE). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação – MEC; Conselho Nacional de Educação – CNE. **Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica**. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013.

BRASIL. Ministério da educação (MEC). **Planejando a Próxima Década**: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), 2014.

CARDOSO, Nardejane Martins. **O direito de optar pela educação domiciliar no Brasil.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Política). PPGD, Universidade de Fortaleza, 2016.

CARVALHO, Ermani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.

MENEGAT, Jardelino. SARNENTO, Dirléia Fanfa. RANGEL, Mary. Comunidades educadoras: perspectivas para a defesa do direito a educação. **Braz. J. of Develop., Curitiba**, v. 5, n. 9, p. 14082-14098 sep. 2019 ISSN 2525-8761. Acesso em 08 jun 2010.

MIRANDA, Ana Elisabeth Bastos de. **Hermenêutica constitucional concretista**: implicações para a efetividade do direito à educação. Revista Opinião Jurídica, n.09, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, nº 51, p. 9-30 dez. 2005. Disponível em:< https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795> Acesso em: 09 dez. 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana**: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SILVA, Camila Oliveira. Artigo apresentada à PUC-Minas. **Funcionamento da Educação Domiciliar (Homeschooling)**: análise de sua situação no Brasil, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário (RE) 888815 do Rio Grande do Sul**, Relator: Min. Roberto Barroso, publicado em 04.06.2015. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=8678529>. Acesso em 18 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário (RE) 888815**. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496> Acesso em 18 nov. 2018.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. A educação doméstica no Brasil de oitocentos. **Revista Educação em Questão**, Natal, v. 28, n. 14, p. 25, jan./jun. 2007.