

Panorama jurídico da educação domiciliar no Brasil

Juridical panorama of homeschooling in Brazil

Carlos Eduardo Rangel Xavier¹

RESUMO: O artigo considera o panorama jurídico da educação domiciliar no Brasil, abordando os aspectos constitucionais, as normas internacionais de direitos humanos, a legislação infraconstitucional, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e o seu tratamento judicial, além de perspectivas para o futuro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; educação domiciliar.

ABSTRACT: The paper considers the juridical panorama of homeschooling in Brazil, addressing the constitutional aspects, the international human rights norms, the infraconstitutional legislation, the proposals in process in National Congress and its judicial treatment, besides perspectives for the future.

KEYWORDS: Constitutional Law; homeschooling.

1 Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Procurador do Estado do Paraná, Professor do UniFacear e responsável pelo canal no YouTube *Direito Sem Juridiquês* (<https://www.youtube.com/c/DireitosemJuridiquês>).

1. INTRODUÇÃO

Antes de qualquer coisa, um rápido alerta deve ser feito. Este trabalho foi composto entre os meses de março e abril de 2018 – sendo um breve resumo da pesquisa e da meditação do autor sobre o tema nos anos anteriores. Quando foi concluído e submetido à apreciação do Conselho Editorial da Revista *Direito do Estado em Debate*, ainda não havia sido julgado o Recurso Extraordinário 888.815/RS. Apenas após a aprovação do artigo para publicação – às vésperas da diagramação da revista – foi concluído o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Exatamente por isso, o artigo foi originalmente composto com uma perspectiva e uma estrutura próprias, em que se fez um enfrentamento apriorístico do assunto, a partir das convicções do autor. É evidente, contudo, que o caráter recente e a complexidade do julgamento do recurso extraordinário que versou sobre a educação domiciliar fazem com que as atenções da comunidade jurídica nacional, neste tema, estejam todas voltadas, atualmente, para o conteúdo da decisão da Suprema Corte. Apesar disso, não se cedeu à tentação de reescrever-se todo o artigo para que ele se convertesse na mera resenha de um julgamento.

Pelo contrário, manteve-se a estrutura original, com as adaptações necessárias, o que incluiu uma breve análise do julgamento – cujo acórdão, de toda sorte, ainda não havia sido publicado quando se concluiu a derradeira revisão do texto – no tópico originalmente destinado ao recurso extraordinário. Assim, o texto mantém sua estrutura e características originais, consistindo, reitera-se, na expressão do resultado da pesquisa e das convicções pessoais do autor. De todo modo, é importante destacar, os pontos de vista aqui expressos podem muito bem servir, com efeito, para amparar uma análise crítica do julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 888.815/RS. Feito esse necessário registro, é possível iniciar.

A educação domiciliar (também conhecida por sua denominação em inglês, *homeschooling*), embora ainda seja um tema estranho para muitos

no Brasil, já pode ser considerada um fato no país. Dados não oficiais, divulgados pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), estimam que, no primeiro semestre de 2018, quando se escreveram estas linhas, entre cinco e seis mil famílias brasileiras já adotassem essa modalidade de educação,² sendo que, possivelmente, os números sejam ainda maiores. Ainda segundo a ANED, a adesão à educação domiciliar aumentou cerca de 516% (quinhentos e dezesseis por cento) entre 2011 e 2016.³

Nesse influxo, a produção acadêmica a respeito do tema, embora ainda relativamente escassa, vem crescendo no país. Artigos (como este), monografias, pesquisas de pós-graduação e livros sobre a educação domiciliar têm vindo a lume nos últimos anos, merecendo especial destaque duas teses de doutorado depositadas junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (USP) entre os anos de 2013⁴ e 2014⁵ e a obra recentemente publicada por Alexandre Magno Fernandes MOREIRA.⁶

2 Cf. a reportagem: BBC. *Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/os-atrativos-e-as-polemicas-da-educacao-domiciliar-que-virou-caso-de-justica-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

3 Cf. a reportagem de NASCIMENTO, Caio Victor do. *Educação domiciliar cresce no Brasil e esbarra em leis da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/11/17/educacao-domiciliar-cresce-no-brasil-e-esbarra-em-leis-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

4 BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

5 ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

6 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O Direito à educação domiciliar*. Editora

Naturalmente, há uma ampla variedade de questões que podem ser enfrentadas quando se trata de temática tão rica e complexa quanto esta (a lista que segue, obviamente, não é exaustiva): a motivação dos pais, a dinâmica de funcionamento do ensino doméstico, as diferentes possibilidades de métodos e currículos, a socialização dos educandos, os resultados e – por fim, mas não menos importante – aquela que possivelmente ainda desperta a maior curiosidade da população em geral e dos operadores do direito em particular, o regime jurídico da educação domiciliar no Brasil.

Dentre esses aspectos o único que permite uma abordagem apriorística é aquele relativo ao regime jurídico. Todos os demais, percebe-se, dependem de pesquisas empíricas.

A esse respeito, deve-se tomar cuidado com o que pode ser chamado aqui de *armadilha do empirismo*, algo que está na base do positivismo que tem influenciado de maneira muito forte o pensamento ocidental nos últimos séculos.

Nesse sentido, o empirismo já foi demonstrado como incompatível com o enfrentamento apriorístico que é necessário quando se está lidando com conceitos objetivos –⁷ e parece que é aqui que esbarra a abordagem *positivista-literalista* a respeito do regime jurídico da educação domiciliar, aspecto a ser demonstrado no momento oportuno.

Além disso, exatamente em razão de tratar-se de prática relativamente recente no Brasil, as pesquisas empíricas, embora desejáveis, ainda são incipientes no país – por isso mesmo, muito do que é escrito por aqui ainda toma por base, quanto a esse aspecto, a produção científica que vem do exterior.⁸

Monergismo: Brasília, 2017.

7 HOPPE, Hans-Hermann. *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p. 97ss.

8 Assim, por exemplo: ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada*

Tome-se como exemplo, no primeiro dos assuntos acima elencados, a “motivação dos pais,” os Estados Unidos da América, nação na qual, em 2012, cerca de 3,4% (três vírgula quatro por cento) da população em idade escolar era educada em casa, o que representava algo em torno de 1,8 milhão de crianças e adolescentes.

Os dados são disponibilizados pelo próprio Departamento de Educação dos Estados Unidos (*U.S. Department of Education*) e demonstram o seguinte quadro quanto à motivação dos pais para o *homeschooling*: desejo de prover instrução religiosa – 64% (sessenta e quatro por cento); desejo de prover instrução moral – 77% (setenta e sete por cento); preocupação com o ambiente escolar – 91% (noventa e um por cento); insatisfação com a instrução acadêmica no ambiente escolar – 74% (setenta e quatro por cento); desejo de prover uma abordagem não tradicional para a educação – 44% (quarenta e quatro por cento); necessidades especiais da criança – 16% (dezesesseis por cento); problemas físicos ou mentais da criança – 15% (quinze por cento); outras razões – 37% (trinta e sete por cento).⁹

Nota-se, assim, que as preocupações relativas ao ambiente escolar – inclusive no aspecto moral – e à excelência acadêmica, seguidas de perto por aspectos religiosos, são os principais motivos que levam os pais a adotarem a prática da educação domiciliar nos Estados Unidos – o que, em verdade, não é muito diferente no Brasil.

Perceba-se que o *aspecto religioso*, embora não seja a principal motivação, apresenta-se como uma das principais. E isso faz com que o tema da educação domiciliar tangencie, além do direito fundamental à

como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29ss.

9 DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO dos Estados Unidos. *Statistics About Nonpublic Education in the United States*. Disponível em: <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/oii/nonpublic/statistics.html#homeschl>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

educação, a liberdade de crença, assunto que necessariamente deve ser enfrentado quando se considera o regime jurídico do ensino doméstico.

Mas a menção realizada neste momento aos aspectos empíricos foi, evidentemente, apenas ilustrativa – e já se fez a devida ressalva quanto à *armadilha do empirismo*. A partir de agora, o trabalho irá se concentrar no único aspecto, dentre aqueles que dizem respeito à produção científica em torno da educação domiciliar, que permite enfrentamento apriorístico, que é o regime jurídico desta modalidade de educação no Brasil.

Assim, após breve alusão à educação como direito fundamental social, este artigo será estruturado sobre a contraposição entre dois pontos de vista: o primeiro (inclusive já nominado como abordagem *positivista-literalista*), que afirma ser a educação domiciliar ilícita na ordem jurídica brasileira; o segundo (que pode também ser chamado de abordagem *pós-positivista*), defendendo o contrário, que a educação domiciliar é conforme ao Direito no Brasil – sendo, no mínimo, curioso notar como a consideração de uma mesma ordem jurídica pode admitir pontos de vista tão antagônicos entre si.

Nesse sentido, será ainda abordada a forma como o assunto vem sendo tratado pelo Poder Judiciário e quais as perspectivas para o futuro, inclusive legislativas. Por fim, serão brevemente tangenciadas a perspectiva libertária e o instigante tema da desobediência civil, cuja conexão com o objeto da investigação é evidente.

Como se pode perceber, a exposição será panorâmica, até mesmo em razão das limitações inerentes ao presente trabalho. Contudo, ainda que os tópicos possam ser objeto de maior verticalização, imagina-se que nenhum dos aspectos realmente relevantes a respeito do assunto tenham sido deixados de lado.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Independentemente de qual tipo de abordagem se adote – *positivista-literalista* ou *pós-positivista* –, é certo que, do ponto de vista da ordem jurídica positiva, o direito à educação é um direito fundamental social. Além de constar em tratados internacionais de direitos humanos (mencionam-se, aqui, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos a serem considerados adiante), tem ampla previsão na Constituição da República Federativa do Brasil (artigos 6º e 205 a 214), sendo dotado, portanto, de fundamentalidade tanto material quanto formal.¹⁰

O que difere é a compreensão a respeito da maneira como este direito pode ser implementado. A abordagem *positivista-literalista* tem claro viés coletivista e entende que o direito fundamental à educação somente poderia ser concretizado mediante matrícula compulsória no sistema de ensino, quer numa instituição pública, quer privada.

Já a abordagem *pós-positivista* trata do assunto numa perspectiva menos legalista e mais preocupada com a liberdade das famílias. Assim, concorda, por um lado, que o ensino gratuito é dever do Estado e que a exploração da atividade de ensino é livre à iniciativa privada; mas, por outro, defende que a matrícula da criança e do adolescente em idade escolar numa instituição – pública ou privada – de ensino é uma escolha dos pais, que podem, ao invés, optar pela educação de seus filhos em casa se tiverem condições de praticar essa modalidade de ensino.

10 Sobre a fundamentalidade material e formal, veja-se PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24ss., e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 74ss.

3. ABORDAGEM POSITIVISTA-LITERALISTA

A primeira forma de abordar a questão foi aqui chamada de *positivista-literalista* por ser aquela que mais se aproxima de uma peculiar compreensão do Direito que remonta ao formalismo teórico de Hans KELSEN¹¹ e, ainda antes dele, à escola de exegese.¹²

Essa abordagem poderia até mesmo ser chamada de *legalista*, pois sua interpretação da questão não decorre exatamente do texto da Constituição (esta, com efeito, não apresenta nenhuma proibição expressa à educação domiciliar), mas de interpretação puramente gramatical do texto de leis infraconstitucionais – mais precisamente, do artigo 55 da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e do artigo 6º da Lei n. 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), nos quais se encontra a previsão de matrícula obrigatória no sistema de ensino.

Afirma-se, inclusive, que o ensino doméstico configuraria crime de abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal), havendo inclusive registros de pais *homeschoolers* que sofreram persecução criminal com base nesse tipo penal.¹³

Na verdade, seja no aspecto criminal, seja no aspecto cível, a atuação do Ministério Público contra pais que educam seus filhos em casa sempre levará em conta uma abordagem *positivista-literalista*.

11 *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86ss.

13 Cf. a reportagem: NOGUEIRA, Fernanda. *Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2018. Mesmo com a condenação criminal por “abandono intelectual”, os pais não matricularam novamente seus filhos na escola.

Para essa forma de enfrentamento do tema, a literalidade da legislação infraconstitucional parece ser suficiente. Contudo, é possível notar que aos argumentos meramente formais agregam-se, basicamente, dois outros¹⁴: primeiro, que a escola seria um ambiente de desenvolvimento de “cidadania”, e, segundo, que a socialização promovida pelo ambiente escolar seria algo “necessário” ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes – *havendo quem pense inclusive que o bullying tenha aspectos positivos*.¹⁵

Dentre esses argumentos, apenas a consideração formalista da legislação é *a priori*. Os outros dois caem naquilo que já se nominou como *armadilha do empirismo*, uma vez que tratam, de forma apriorística, de questões que somente poderiam ser comprovadas por pesquisas empíricas.

A esse respeito, já se mencionou que o Brasil ainda carece de estudos empíricos, dentre os quais aqueles que pudessem fundamentar a assertiva de que a escola desenvolve a “cidadania” nos educandos, o mesmo valendo para a suposição de que crianças educadas em casa seriam prejudicadas por suposta falta de “socialização” propiciada pelo ambiente escolar.

Ao contrário, pesquisas empíricas realizadas no exterior, num ou noutro quesito, apontam em sentido oposto.¹⁶

Por outro lado, a condição atual do ensino público no Brasil é de conhecimento geral. Apenas para ilustrar, menciona-se estudo realizado em 2015 pelo Instituto Paulo Montenegro e a ONG Ação Educativa, com o apoio do IBOPE Inteligência, segundo o qual 27% (vinte e sete

14 Cf. COSTA, Fabricio Veiga. *Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

15 O trecho em itálico foi inserido após o julgamento do Recurso Extraordinário 888.815, em razão do caráter peculiar de uma manifestação de um dos ministros do STF.

16 ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 51ss.

por cento) dos brasileiros entre 15 e 64 anos podem ser considerados analfabetos funcionais.¹⁷

Não obstante, é importante reforçar que os argumentos em torno da “cidadania” e da “socialização” transformam em raciocínio apriorístico aquilo que apenas poderia ser comprovado de forma empírica.¹⁸

E talvez seja necessário esclarecer aqui o motivo pelo qual o desenvolvimento de raciocínio *a priori*, neste artigo, está restrito a confrontar as opções da educação domiciliar e do ensino público: como o Estado não poderia compelir qualquer pai ou mãe, ainda que dotado de recursos, a matricular seus filhos na rede privada de ensino, o parâmetro de comparação deve ser reduzido ao binômio casa/escola pública. Isso é reforçado pelo fato de a educação domiciliar, conquanto obviamente não isenta de custos, ser presumivelmente menos onerosa do que o pagamento de mensalidades de uma escola particular, apresentando-se como opção não apenas para crianças e adolescentes que poderiam ser matriculados em instituições privadas de ensino, mas também para aqueles que estariam no *ethos* da escola pública.

Nessa perspectiva, embora seja dever constitucional do Estado atuar de forma a melhorar as condições atuais do ensino público, parece ser um pouco exagerado exigir dos pais que tenham a possibilidade de educar seus filhos em casa que sujeitem tais crianças e adolescentes a condições por eles indesejadas apenas em nome da visão ideal que algumas pessoas

17 HABILIDADE DE LEITURA, Escrita e Matemática são limitadas em muitos setores da economia brasileira, podendo restringir produtividade e capacidade de inovação. Disponível em: <http://download.uol.com.br/educacao/2016_INAF_%20Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

18 Para além da observação metodológica, interessante contraponto a essa perspectiva pode ser encontrado em ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

ainda retêm – a despeito de todas as evidências da vida real – a respeito do ambiente escolar.

Isso demonstra, além daquilo que já se chamou de *armadilha do empirismo*, o claro caráter *coletivista*¹⁹ que está por trás da abordagem *positivista-literalista*.²⁰ Logo, a fim de se buscar uma aproximação do assunto que privilegie a liberdade das famílias, este é o momento de se passar ao enfrentamento *pós-positivista* da educação domiciliar.

4. ABORDAGEM PÓS-POSITIVISTA

Após a Segunda Guerra Mundial, abandonou-se, na Europa, o formalismo metodológico próprio ao juspositivismo kelseniano. E ainda que tal movimento somente tenha efetivamente se feito sentir no Brasil após 5 de outubro de 1988, o certo é que hoje se fala numa compreensão *pós-positivista* do Direito, como forma de buscar-se uma interpretação menos formalista do ordenamento jurídico e o diálogo com a moral por meio de princípios materiais de justiça reconhecidos como *direitos fundamentais*.²¹

É exatamente sobre essa metodologia hermenêutica que se fundamenta a proposta de considerar-se a educação domiciliar conforme ao direito no Brasil.

Já se mencionou não ser possível encontrar na Constituição qualquer proibição expressa ao ensino doméstico. Pelo contrário, a educação é tratada como dever tanto do Estado quanto da família.

19 Para um enfrentamento do coletivismo, confira-se HAYEK, Friederich August von. *O Caminho da Servidão*. 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

20 De fato, Hans-Hermann Hoppe (ob. cit. e loc. cit.) bem demonstra como *coletivismo*, *positivismo* e *empirismo* caminham sempre em conjunto.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47ss.

Utilizando-se, assim, o *princípio da subsidiariedade*, inerente à operabilidade dos direitos fundamentais sociais (tais quais o direito fundamental à educação), conclui-se que deve ser dada prioridade à família na forma como esse direito do educando será atendido.²²

Não somente isso, mas há também que se levar em conta que o artigo 206 da Constituição estabelece como princípios para o ensino a “liberdade” (inciso II) e o “pluralismo” (inciso III), devendo a educação domiciliar ser compreendida como um modelo que expressa exatamente a liberdade de ensinar e o respeito ao pluralismo.²³

Assim, os pais podem optar por cumprir de forma direta com seu dever de fornecer educação aos seus filhos, dentro do ambiente do lar; podem, alternativamente, decidir pela matrícula numa instituição de ensino privada, se assim desejarem; e apenas subsidiariamente (seja por falta de condições, seja por escolha – embora dificilmente a realidade confirme essa última hipótese), é que se valerão do sistema público de ensino. De todo modo, sempre permanecerá o dever de o Estado prestar o serviço público de educação (artigo 208 da Constituição), de acordo com o balizamento constitucional – e, seguindo essa linha de raciocínio, para atender aos educandos que não sejam ensinados em casa ou que não estejam matriculados na rede particular.

Soma-se a essa compreensão a consideração de normas internacionais de direitos humanos e o *status* que o Supremo Tribunal Federal (STF) lhes outorgou após a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 45/2004.

Encerrando antiga discussão doutrinária em torno do tema, diante da inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição, o STF, ao considerar o

22 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O direito à educação domiciliar*. Editora Monergismo: Brasília, 2017, p. 135ss.

23 PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2231.

problema da prisão civil do depositário infiel, firmou o entendimento de que os tratados internacionais não aprovados pelo rito das emendas constitucionais têm *status* de norma supralegal.²⁴ Esse é o raciocínio que está por trás da Súmula Vinculante 25.

Assim, tem *status* de supralegalidade, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose,²⁵ a qual estabelece que os pais têm o direito de que os filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções (artigo 12.4).

O mesmo vale para o Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.²⁶ Neste, embora a educação primária seja tratada como “obrigatória” e “acessível gratuitamente a todos” (artigo 13.2.a), sujeita a “implementação progressiva” (artigo 14), encontra-se a mesma ressalva do Pacto de San Jose quanto ao direito que os pais têm de que seus filhos recebam educação religiosa ou moral consentânea com suas próprias convicções (artigo 13.3).

Idêntica previsão quanto à obrigatoriedade e à gratuidade da educação primária é encontrada na Convenção sobre os Direitos da Criança²⁷ (artigo 28.1.a). No entanto, para além disso, essa Convenção menciona caber aos pais a “responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança,” e que, nesse aspecto, sua “preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança” (artigo 18.1).

E, conquanto não detenha exatamente *status* de tratado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que o direito de escolher o

24 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102ss.

25 Promulgado no Brasil por meio do Decreto 678/1992.

26 Promulgado no Brasil por meio do Decreto 592/1992.

27 Promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710/1990.

gênero de educação a ser fornecida aos filhos pertence aos pais (artigo 26.3).

Pode-se compreender, assim, que as normas internacionais de direitos humanos consagram a “responsabilidade primordial dos pais” (artigo 18.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança); além disso, estabelecem o direito dos pais escolherem o gênero de educação a ser ministrado aos filhos (artigo 26.3 da Declaração Universal) e ressalvam o direito daqueles de velarem pela instrução moral e religiosa destes (artigo 12.4 do Pacto de San Jose e 13.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos), conferindo-lhes, nessa perspectiva, a faculdade de optarem pela educação domiciliar.

Reitera-se, especialmente, o conteúdo do artigo 18.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que aparentemente deve servir de norte para interpretar todas as demais previsões internacionais sobre o “ensino primário obrigatório.” Com efeito, o ensino não deixa de ser “obrigatório” também no âmbito domiciliar; a utilização do sistema que permite o “acesso universal” é que tem de ser compreendida como faculdade dos pais, diante de sua “responsabilidade primordial” no que diz respeito à educação da criança.

Já a questão da opção pelo ensino doméstico em decorrência de específicas questões morais e, especialmente, religiosas é problema que tangencia o aspecto da liberdade de crença, cuja correlação com o direito à educação domiciliar será enfrentada especificamente adiante.

De todo modo, como as normas internacionais de direitos humanos têm, reconhecidamente, caráter supralegal, elas se sobrepõem, nesse ponto e especificamente para as famílias que optam pela educação domiciliar, aos dispositivos da LDB e do ECA, já mencionados, que tratam da matrícula compulsória em estabelecimento de ensino.

Uma vez que se mencionou novamente a legislação infraconstitucional brasileira, é interessante notar como *diretrizes interpretativas*²⁸ que vão

28 Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madri: Civitas, 2001, p. 85ss.

além da puramente *gramatical* amparam a conclusão pela licitude da educação domiciliar.²⁹ Já se utilizou, ao aludir a “normas supraleais,” o chamado *critério hierárquico* – ou seja, as normas internacionais sobre o assunto estão, no plano interno, em patamar hierárquico superior ao da legislação infraconstitucional.

Além disso, considerando-se a matrícula compulsória em instituição de ensino uma *regra geral* (vale dizer, para crianças que não estão sendo educadas no ambiente doméstico), o direito à educação domiciliar funciona como *regra especial*, obviamente não revogando aquela nem sendo por ela revogado – artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Por outro lado, a partir do momento em que se estabelece a correta finalidade (teleologia) das regras que ordenam matrícula obrigatória, é possível lançar-se mão da *interpretação* dita *teleológica* (artigos 5º da LINDB e 8º do Código de Processo Civil de 2015), inclusive no que diz respeito à suposta configuração do crime de abandono intelectual.

Não deve haver dúvida de que a *teleologia* das regras que determinam matrícula obrigatória há de ser buscada no *princípio da proteção integral da criança e do adolescente*, consagrado no artigo 227 da Constituição.

Nesse sentido, as famílias praticantes da educação domiciliar parecem, de fato, estar emprestando a *máxima efetividade* a essa previsão constitucional. Pode-se afirmar, para utilizar expressão contida no mesmo artigo 227 da Constituição, que o educando está recebendo “absoluta prioridade” no seio familiar, pois é com grande dose de sacrifício pessoal que pais e mães se dedicam à nobre tarefa de educarem seus filhos em casa – o que é, além do mais, consentâneo com a “responsabilidade primordial” dos pais quanto à educação dos filhos (artigo 18.1 da Convenção sobre Direitos da Criança).

29 Sobre os critérios para supressão de antinomias, veja-se BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 91ss.

Tendo isso em mente, pode-se ainda pensar no direito fundamental à educação como um *princípio*. Como tal, consubstancia, na lição de Robert ALEXY, um *mandado de otimização* e se sujeita a implementação gradual (o que é, inclusive, reconhecido pelas normas internacionais já mencionadas); essa implementação gradual é condicionada a *possibilidades fáticas* e *possibilidades jurídicas*.³⁰ Assumindo-se a tese de que não há vedação jurídica apriorística à educação domiciliar no Brasil (*possibilidades jurídicas*), pode-se então perceber que as famílias praticantes do ensino doméstico estão buscando, dentro de suas *possibilidades fáticas*, dar máxima efetividade ao direito à educação – com efeito, em qualquer pesquisa empírica, como aquela mencionada no começo deste artigo, a busca pela excelência acadêmica sempre se apresenta como um dos principais motivos de opção pelo ensino doméstico.

Ou seja, a *finalidade* das normas que estabelecem a matrícula obrigatória (como os artigos 6º da LDB e 55 do ECA) – exatamente a *proteção da criança e do adolescente em idade escolar* – é plenamente atendida com a educação domiciliar.

E, conquanto a diretriz teleológica seja em tudo adequada para a interpretação das normas cíveis sobre o assunto, ela é tanto mais eloquente para a consideração do crime de “abandono intelectual,” previsto no artigo 246 do Código Penal. O tipo penal pressupõe, literalmente, que alguém deixe, “sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.” Ora, “prover à instrução” da criança é exatamente o que o ensino doméstico objetiva.

Na verdade, além de a educação domiciliar estar plenamente de acordo com a finalidade da norma, a persecução criminal de pais *homeschoolers* contraria a própria literalidade do tipo penal, que em nenhum local menciona a “matrícula” em instituição de ensino.

30 *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 ss.

Não obstante, como noticiado na introdução deste trabalho, alguns pais já foram processados no Brasil, tanto civil quanto criminalmente, por educarem seus filhos em casa. Por outro lado, existem também decisões favoráveis às famílias. E, na verdade, todas as ações judiciais sobre o tema estavam a aguardar um posicionamento do STF. Este é o momento, portanto, de considerar-se o *panorama judicial* atual acerca da educação domiciliar no Brasil.

5. PANORAMA JUDICIAL

No que diz respeito ao aspecto judicial, o mais comum é que os pais que educam seus filhos em casa estejam simplesmente à margem do Poder Judiciário, uma vez que a quantidade de ações existentes é ínfima se comparada com a quantidade de famílias educadoras.³¹ No entanto, caso se verifique o oposto, os pais podem figurar tanto no polo passivo quanto no polo ativo de ações judiciais.

Quanto à primeira hipótese, já se mencionou a possibilidade de responderem por processos criminais ou cíveis em razão de uma abordagem *positivista-literalista* adotada pelo representante do Ministério Público eventualmente responsável pelo caso. No entanto, como inclusive já mencionado em nota de rodapé, dificilmente a persecução criminal ou a eventual responsabilização cível demovem as famílias de seu intento – o que, necessariamente, remete à desobediência civil, aspecto a ser enfrentado adiante.

Em meio aos casos em que pais são processados, no entanto, desponta uma situação emblemática. Em Maringá, município do interior do Paraná,

31 Um relato de 4 (quatro) casos de famílias educadoras envolvidas em processos judiciais pode ser encontrado em BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 30-81.

uma medida de proteção inicialmente instaurada contra pais que retiraram seus filhos da escola transformou-se no primeiro – e, possivelmente, até o momento, o único – caso de que se tem notícia de autorização judicial para que uma família praticasse o ensino doméstico no Brasil.³² A situação, contudo, ficou restrita ao 1º grau de jurisdição.

Por outro lado, os dois casos que chegaram aos Tribunais Superiores tratam de pais que buscaram autorização judicial – hipótese bem mais rara, note-se – para a prática do ensino doméstico e que obtiveram resposta negativa.

No Mandado de Segurança 7.407/DF,³³ foi impugnado, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ato do Ministro da Educação que aprovou parecer do Conselho Nacional de Educação negando o pedido dos pais, no sentido de ver reconhecido o seu direito de educarem seus filhos em casa. Na ação mandamental, de competência originária do Tribunal, este entendeu não haver o direito líquido e certo afirmado pelos impetrantes.

O julgamento ocorreu em 24 de abril de 2002, e merece algumas observações.

Em primeiro lugar, o movimento pró-educação domiciliar no país era incipiente – para não dizer inexistente – naquele momento. Lembre-se que, entre 2011 e 2016, o aumento do número de casos relativos à educação domiciliar foi da ordem de 500%.

Em segundo lugar, da análise dos votos é possível verificar a clara dicotomia, já demonstrada, entre as abordagens *positivista-literalista* e *pós-positivista*, merecendo menção, nesse contexto, o voto-vencido

32 O caso foi amplamente noticiado na internet, à época, e também está relatado em BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 69-73.

33 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=46256&num_registro=200100228437&data=20050321&formato=PDF>. Acesso em: 7 abr. 2018.

do Ministro Franciulli Netto, que, além de adotar a segunda forma de abordagem, é, de fato, o único que enfrenta a questão com fundamentação jurídica substancial.

Por último, embora o STJ detivesse – como ainda detém – competência originária para apreciar mandado de segurança contra ato do Ministro da Educação, não é este o tribunal competente para dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição (que se trata de interpretação constitucional é evidente, pois o próprio julgamento fez constante alusão a normas constitucionais).³⁴ Noutras palavras, o aresto do STJ não pode ser considerado, quer material, quer formalmente,³⁵ um *precedente* sobre o tema.

Exatamente por isso, torna-se fundamental empreender-se a árdua tarefa de considerar-se o julgamento do Recurso Extraordinário 888.815/RS, concluído no dia 12 de setembro de 2018.³⁶

À semelhança do caso enfrentado pelo STJ, foi impetrado mandado de segurança, no entanto, contra ato do Secretário Municipal de Educação de Canela, município do interior do Rio Grande do Sul, visando à tutela do direito à educação domiciliar. A decisão foi desfavorável à família em 1º e 2º grau de jurisdição e, como se trata – ou, ao menos, deveria se tratar – de questão constitucional, foi interposto recurso extraordinário.

34 No entanto, curiosamente, o julgamento do Supremo sobre o assunto, logo considerado, foi em sentido contrário, e enveredou na análise da legislação infraconstitucional – paradoxal, no mínimo.

35 Cf. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156ss.

36 Já se mencionou que o acórdão não havia sido publicado quando encerrada a revisão prévia à diagramação do artigo para publicação. A notícia oficial sobre o julgamento está disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>>. Acesso em: 13 set. 2018.

Em 22 de novembro de 2016, atendendo a pedido formulado pela ANED, o Relator do recurso, Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu decisão com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, determinando o sobrestamento de todos os feitos, em território nacional, que versassem sobre a questão.³⁷

Iniciado o julgamento em 6 de setembro de 2018, votou o Relator, dando provimento ao recurso por considerar a educação domiciliar compatível com a Constituição. Em razão da necessidade de regulamentação deste direito subjetivo das famílias, propôs uma disciplina provisória pelo próprio Supremo, incluindo a necessidade de notificação ao Poder Público e a avaliação de desempenho mediante a submissão a provas regulares. Note-se como o Ministro Barroso, com a acuidade que lhe é peculiar, apresentou uma interpretação do tipo aqui já denominada de *pós-positivista*.

No entanto, a Corte, que tem sido tão marcada, em tempos recentes, pelo ativismo judicial, desta vez, ficou presa à literalidade da lei. Assim, retomado o julgamento no dia 12 de setembro, prevalecendo uma interpretação *positivista-literalista*, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso.

Abriu a divergência o Ministro Alexandre de Moraes, entendendo que a educação domiciliar não é incompatível com a Constituição, mas também não é dotada de autoaplicabilidade. Assim, a prática somente seria viável no país mediante regulamentação pelo Congresso Nacional. Com pontos de vista mais ou menos parecidos, foi acompanhado por outros cinco ministros: Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

37 Disponível em: <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.+E+888815.NUME.\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qgofqvk](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.+E+888815.NUME.)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qgofqvk)>. Acesso em: 7 abr. 2018.

Mas o recurso teve provimento negado por oito ministros. Isso porque Luiz Fux e Ricardo Lewandowski somaram-se à maioria, porém por fundamento diverso: entenderam que a educação domiciliar seria contrária à Constituição. Para muito além do positivismo legalista, os Ministros Fux e Lewandowski adotaram ponto de vista altamente coletivista e afrontoso à liberdade.

Registra-se, ainda, o voto vencido do Ministro Edson Fachin, que deu parcial provimento ao recurso, propondo usar da técnica decisória conhecida como “apelo ao legislador.” O Ministro Celso de Mello estava ausente à sessão.

6. PROJETOS DE LEI

Como o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro próprio para debate e regulamentação da educação domiciliar é o Congresso Nacional, passa-se a analisar a evolução histórica do tema e o seu atual panorama no Poder Legislativo.

Merece destaque, antes de mencionarem-se os projetos de lei, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 444/2009.³⁸ Essa PEC tinha por objetivo acrescentar um parágrafo ao artigo 208 da Constituição (“§ 4º”), determinando ao Poder Público regulamentar a educação domiciliar, assegurando-se “avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.” No entanto, foi arquivada nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD),³⁹ por encerramento de legislatura.

38 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

39 “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação [...]”

Já no plano infraconstitucional, a primeira tentativa de legislar sobre o assunto no Brasil foi o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 6.001/2001,⁴⁰ arquivado em 2008, também nos termos do artigo 105 do RICD (encerramento de legislatura). O mesmo aconteceu com o PLC 6.484/2002,⁴¹ apensado que foi ao primeiro.

Dois outros Projetos de Lei da Câmara do ano de 2008, que também tramitaram apensados (PLC 3.518/2008 e PLC 4.122/2008), receberam parecer negativo da Comissão de Educação e Cultura, tendo sido rejeitados em 2011.⁴²

De maneira que, atualmente, tramitam perante a Câmara dos Deputados outros dois projetos de lei sobre a educação domiciliar (PLC 3.179/2012 e PLC 3.261/2015). E, a exemplo do que aconteceu com projetos que tramitaram simultaneamente em anos pretéritos, estes também foram apensados.

No momento em que este artigo foi finalizado, os projetos estavam tramitando na Comissão de Educação, com parecer favorável da Relatora, Deputada Professora Dorinha. Submetido o parecer à apreciação da comissão em 8 de novembro de 2017, foi adiada a votação, por falta de quórum.⁴³

A lógica que embasa ambos os projetos (PLC 3.179/2012 e PLC 3.261/2015) é que os pais têm o direito de ensinar os seus filhos em casa. Mas, ainda assim, deveriam matriculá-los em estabelecimentos de ensino para registro e controle do Poder Público.

40 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

41 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=48113>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

42 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DA4038E88B5681DD8E5C6627A5B94360.proposicoesWebExterno1?codteor=920138&filename=Tramitacao-PL+3518/2008>. Acesso em: 6 abr. 2018.

43 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

Ou seja, pressupõe-se que seria necessário o exercício de controle estatal, a tal ponto de prever-se que as crianças e adolescentes educados em casa deveriam se submeter a “avaliações periódicas” no sistema oficial de ensino – o PLC 3.261/2015 chega a aludir ao “cumprimento ao calendário de avaliações”.⁴⁴

Nessa busca por segurança jurídica, percebe-se que há uma aparente tensão entre a liberdade das famílias (sobre isso, vejam-se os tópicos seguintes) e o desejo de certo controle estatal sobre a educação domiciliar. O que parece não ser percebido é que, atualmente, a ordem jurídica brasileira já tem solução para o impasse, viabilizando a educação domiciliar e o controle estatal sem a necessidade de restringir a liberdade das famílias e, além disso, criar novas obrigações ao Estado, já assoberbado que está para atender minimamente aos educandos matriculados na rede pública de ensino.

Embora com finalidade diversa (a saber, o atendimento daqueles que “não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio em idade própria”), os artigos 37 e 38 da LDB consagram a possibilidade de que, com 15 anos, o adolescente obtenha a certificação do ensino fundamental por meio da realização de exame supletivo e, com 18 anos, o jovem obtenha a certificação do ensino médio por meio do mesmo exame ou do Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos, também conhecido pela sigla ENCCEJA.

Na verdade, esse já tem sido o destino natural dos adolescentes e jovens educados em casa.⁴⁵ Reconhecer-se esse fato, com alguma mínima adaptação da legislação se for o caso, parece mesmo ser a melhor solução para o impasse entre a liberdade das famílias e o controle estatal: preserva-se o segundo sem

44 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?coateor=1397655&filename=PL+3261/201>. Acesso em: 6 abr. 2018.

45 E, como se sabe, até pouco tempo atrás a aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) garantia, ao maior de 18 anos, a certificação respectiva.

se restringir excessivamente a primeira, atendendo-se à preponderância *prima facie* que esta deve ter na técnica da ponderação.⁴⁶

Assim, sopesados todos os fatores (inclusive, reforça-se, a destinação de recursos públicos para atendimento de mais uma – desnecessária, acrescenta-se – atividade fiscalizatória do Estado), essa parece ser, efetivamente, a solução ótima para a ponderação em questão.

No entanto, é necessário reconhecer que a segurança jurídica é um fator importante quando se trata de assunto tão sensível como este. Por isso, na perspectiva de preservação da liberdade das famílias educadoras e de buscar-se segurança jurídica, talvez a proposição legislativa mais interessante seja o recente Projeto de Lei do Senado (PLS) 28/2018,⁴⁷ que se limita a explicitar, pela proposta de inserção de parágrafo ao artigo 246 do Código Penal, que a educação domiciliar não configura abandono intelectual.⁴⁸ Por um lado, a proposição apenas explicita o óbvio, já que de abandono intelectual evidentemente não se trata; mas, por outro, parece inegável que sua transformação em lei aumentaria a segurança jurídica subjacente à prática da educação domiciliar.

Por fim, uma reflexão adicional, motivada pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal e muito bem apontada pelo Procurador da República André Borges ULIANO:⁴⁹ como a educação é assunto objeto

46 Cf. ALEX Y, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 549.

47 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132151>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

48 Em 6 de abril de 2018, a consulta pública do site do Senado contabilizava 9.981 (nove mil novecentos e oitenta e uma) manifestações de apoio a esse projeto, contra 547 (quinhentos e quarenta e sete) manifestações desfavoráveis. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=132151>>. Acesso em 6 abr. 2018.

49 ULIANO, André Borges. *Em decisão histórica, voto condutor no STF reconhece a constitucionalidade do ensino domiciliar* (homeschooling). Disponível em: <<https://>

de competência legislativa concorrente (artigo 24, IX, da Constituição), é possível que os Estados e o Distrito Federal, até que seja exercida a competência da União para edição de normas gerais (§ 1º do mesmo artigo), exerçam competência “legislativa plena” (§§ 2º e 3º do mesmo artigo).

Além disso, não é de descartar que mesmo Municípios, alegando tratar-se de “assunto de interesse local” (artigo 30, I, da Constituição) e que estariam a “suplementar a legislação federal e estadual” (inciso II do mesmo artigo), legislem sobre o assunto. Essa iniciativa dos Municípios dependeria, note-se, de considerar que estariam agindo na esteira da “competência suplementar” conferida aos próprios Estados (artigo 24, § 2º), numa exegese conjugada dos artigos 30, II, e 24, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição.

Ou seja, é possível que, após as eleições de 2018, comecem a aparecer proposições legislativas, ou mesmo sejam aprovadas leis, em âmbito estadual, distrital e/ou municipal, a respeito da educação domiciliar.

7. A PERSPECTIVA LIBERTÁRIA

Como a linha de raciocínio trilhada, de uma forma ou de outra, necessariamente retorna à consideração da liberdade das famílias, pode ser interessante que se escrevam algumas linhas sobre a perspectiva libertária a respeito do assunto.

O libertarianismo, corrente político-filosófica ainda pouco difundida no Brasil, defende, a partir do individualismo metodológico, do apriorismo e de uma teoria objetiva de justiça, o respeito irrestrito à liberdade dos indivíduos, reputando ilegítima toda e qualquer ofensa a essa liberdade.⁵⁰

www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/stf-constitucionalidade-ensino-domiciliar-homeschooling>. Acesso em: 16 set. 2018.

50 Cf. ROTHBARD, Murray Newton. *Por uma nova liberdade: O Manifesto Libertário*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

Nessa perspectiva, a abordagem libertária afirma que o controle central da educação consubstancia uma forma velada de imposição de determinada agenda política, suprimindo a liberdade dos indivíduos e impossibilitando o desenvolvimento das potencialidades peculiares a cada educando.⁵¹

Exatamente por isso, não faria sentido falar em controle da educação domiciliar pela autoridade estatal; se o ensino domiciliar é reconhecido como forma de respeitar a liberdade dos indivíduos, sua limitação por meio de um controle centralizado consubstanciaria verdadeira *contradição performativa*.⁵²

8. LIBERDADE DE CRENÇA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Para além da abordagem libertária do assunto, relembra-se que muitos pais optam pela educação domiciliar por aspectos morais e religiosos. Objetivam com isso proteger seus filhos, por um lado, do ponto de vista moral, da degradação da sociedade atual, cada vez mais notada na adolescência e, até mesmo, na infância; por outro, do ponto de vista acadêmico, de uma cosmovisão que vai frontalmente contra suas convicções religiosas. Fazem-no amparados em normas internacionais que, relembra-se, garantem-lhes esse direito, e no artigo 5º, VI, da Constituição, que consagra a liberdade de consciência e de crença religiosa.

51 Cf. ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013; ILICH, Ivan. *Sociedade Sem Escolas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

52 Para uma demonstração da correlação entre a ética discursiva de origem habermasiana, da qual se extrai a ideia de *contradição performativa*, e o libertarianismo, veja-se HOPPE, Hans-Hermann, *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p.123ss.

Nos Estados Unidos, a negativa dos pais à matrícula compulsória de seus filhos no sistema de ensino com base em suas convicções religiosas, exatamente no período de consolidação do movimento *homeschooler* naquela nação, foi considerada legítima no célebre caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

Por esses motivos, para muitos daqueles que educam seus filhos em casa no Brasil (possivelmente para a grande maioria), o entendimento recente do Supremo sobre o assunto – necessidade de que seja regulamentado por lei – dificilmente interferirá na rotina familiar; noutras palavras, as crianças e adolescentes não seriam, só por isso, matriculadas numa escola. A inferência é corroborada pela experiência, pois, como mencionado anteriormente, já se tem notícia de pais que foram processados pela prática da educação domiciliar e, ainda assim, não retrocederam em sua decisão. Assim também é a resolução predominante entre as famílias educadoras após a decisão do Supremo, pois que permanecerão firmes em sua prática.

Isso conduz, necessariamente, à ideia de desobediência civil. Nesse particular, a postura dos pais *homeschoolers*, sempre que estiver amparada em sua convicção religiosa, ecoará a resposta dada pelos próprios apóstolos às autoridades que lhes proibiram pregar o nome do Cristo: “Mais importa obedecer a Deus do que aos homens” (Atos dos Apóstolos, Capítulo 5, Verso 29).

Não obstante, enquanto *formulação doutrinária*, a desobediência civil é relativamente mais recente. Pode encontrar um embrião em Étienne de LA BOÉTIE, que ensinou *não a revolta* diante de uma autoridade tirânica, senão apenas a *desobediência*,⁵³ e foi, de fato, sistematizada nos Estados Unidos do Século XIX pelo pacifista Henry David THOUREAU, em sua defesa da abolição da escravidão e combate à guerra contra o México.⁵⁴

53 LA BOÉTIE, Étienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

54 THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo: Penguin Classics

No século seguinte, dois outros célebres pacifistas adotaram, de forma exitosa, a mesma estratégia: Mahatma Ghandi, pela independência da Índia, e Martin Luther King Jr., pelos direitos civis nos Estados Unidos.

Teriam as famílias educadoras brasileiras de lançar mão da mesma estratégia de resistência pacífica dos apóstolos, de Thoreau, de Ghandi ou do mártir dos direitos civis norte-americano? Espera-se, sinceramente, que não.

9. CONCLUSÃO

O direito à educação é tanto um direito humano (reconhecido em tratados internacionais) quanto um direito fundamental (reconhecido na Constituição).

A forma como pode ser implementado – exclusivamente mediante matrícula compulsória no sistema de ensino ou, levando-se em conta a subsidiariedade que é inerente aos direitos fundamentais sociais, admitindo-se a possibilidade de ensino domiciliar – depende do prisma através do qual alguém se aproxime da ordem jurídica brasileira.

Numa abordagem legalista e coletivista (aqui chamada de *positivista-literalista*), entender-se-á que a educação domiciliar é ilícita, por ausência de previsão legal expressa. Por outro lado, numa abordagem *pós-positivista*, o Direito brasileiro pode ser interpretado de maneira a privilegiar a liberdade dos indivíduos, compreendendo-se o *homeschooling* como uma prática lícita. E somente uma interpretação altamente coletivista e aparentemente despida de qualquer comprometimento com a liberdade individual irá entender que a educação domiciliar é incompatível com a Constituição.

Nada disso muda, no entanto, a realidade, que demonstra o crescimento exponencial da educação domiciliar no Brasil.

Companhia das Letras, 2012.

A proibição formal do ensino doméstico seria, com toda a certeza, a pior perspectiva para o futuro. Além de deixar milhares de famílias à margem da ordem jurídica positiva, apenas incentivaria, ao que tudo indica, a desobediência civil.

Por outro lado, a regulamentação estatal da prática parece ir na contramão dos princípios constitucionais da pluralidade e da liberdade, os quais informam o direito fundamental à educação.

Na verdade, o Direito brasileiro já dispõe de mecanismos que permitem às crianças e aos adolescentes educados em casa a certificação do ensino fundamental e médio, e que já vêm sendo utilizados por quem opta pelo ensino doméstico.

Conclui-se, portanto, ser desnecessário qualquer tipo de inovação legislativa substancial a respeito do assunto, a não ser para, na linha do que pretende o PLS 28/2018, conferir *segurança jurídica* às famílias educadoras.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BBC. *Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil*. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/os-atrativos-e-as-polemicas-da-educacao-domiciliar-que-virou-caso-de-justica-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

COSTA, Fabricio Veiga. *Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO dos Estados Unidos. *Statistics About Nonpublic Education in the United States*. Disponível em: <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/oii/nonpublic/statistics.html#homeschl>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABILIDADE DE LEITURA, Escrita e Matemática são limitadas em muitos setores da economia brasileira, podendo restringir produtividade e capacidade de inovação. Disponível em: <http://download.uol.com.br/educacao/2016_INAF_%20Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

HOPPE, Hans-Hermann. *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

HAYEK, Friederich August von. *O caminho da servidão*. 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ILICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LA BOÉTIE, Étienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O direito à educação domiciliar*. Editora Monergismo: Brasília, 2017.

NASCIMENTO, Caio Victor do. *Educação domiciliar cresce no Brasil e esbarra em leis da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/11/17/educacao-domiciliar-cresce-no-brasil-e-esbarra-em-leis-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NOGUEIRA, Fernanda. *Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

_____. *Por uma nova liberdade: o Manifesto Libertário*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

ULIANO, André Borges. *Em decisão histórica, voto condutor no STF reconhece a constitucionalidade do ensino domiciliar (homeschooling)*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/stf-constitucionalidade-ensino-domiciliar-homeschooling>>. Acesso em: 16 set. 2018.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madri: Civitas, 2001.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.