FABÍOLA DELLA TOGNA BECHARA

ENSINO DOMICILIAR E DIREITO DE LIBERDADE

**A possibilidade de escolha da forma de ensino no atual estágio da
legislação brasileira**

CAMPINAS/SP

2011

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

FABÍOLA DELLA TOGNA BECHARA

ENSINO DOMICILIAR E DIREITO DE LIBERDADE

**A possibilidade de escolha da forma de ensino no atual estágio da
legislação brasileira**

Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura – EPM, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-graduação ‘Lato Sensu’ – Especialização em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Richard P. Pae Kim

CAMPINAS/SP

2011

FABÍOLA DELLA TOGNA BECHARA

ENSINO DOMICILIAR E DIREITO DE LIBERDADE

**A possibilidade de escolha da forma de ensino no atual estágio da
legislação brasileira**

Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura – EPM, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-graduação ‘Lato Sensu’ – Especialização em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Richard P. Pae Kim

Data de aprovação:

Nome:

Titulação:

Assinatura:

Nome:

Titulação:

Assinatura:

Nome:

Titulação:

Assinatura:

Ao Eterno Pai, todo louvor e agradecimento pelas luzes e sinais do Teu amor.

Ao Nelson, amor da minha vida, por todo o apoio e paciência.

Ao Pedro, luz da nossa existência.

Àquela que já se foi, minha mãe, Zélia, cujas lutas e sabedoria não serão esquecidas.

Ao meu pai, Orlando, o eterno agradecimento pela força, coragem, presença e lealdade.

Aos meus irmãos e sobrinhos, por existirem na minha vida.

Aos meus sogros, pela acolhida e apoio.

A todos os tios, primos e avós.

AGRADECIMENTOS

Aos Professor Dr. Richard P. Pae Kim, pelas sinceras e sábias palavras e pela honra de ter sido sua orientanda.

Aos professores e aos colegas da Escola Paulista da Magistratura, pela gama de conhecimento transmitido e pelo estímulo ao debate.

Aos colegas da Justiça Federal de Campinas, em especial, à Elaine de Aquino Cardoso Silva, pelo atencioso auxílio na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo o estudo da liberdade de escolha do ensino domiciliar no atual estágio da legislação brasileira. Analisa o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, para alcançar o direito de liberdade e suas formas de expressão até chegar à liberdade de escolha no aspecto educacional. Para tanto, estuda o tema educação, bem como o tema ensino domiciliar. Observa o papel do Estado e da Família no que tange à educação. Traz casos de adoção do ensino domiciliar no Brasil e o tratamento conferido. Verifica como o ensino domiciliar é tratado em outros países, em especial nos Estados Unidos da América e em Portugal. Sugere o cabimento do exercício desta liberdade de opção educacional sem qualquer alteração legislativa, com base em tratados, convenções internacionais e na hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade. Ensino domiciliar. Educação. Direitos sociais. Dignidade humana. Direitos e garantias fundamentais. Hermenêutica constitucional. Sujeitos na educação. Família. Estado. Direito à felicidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to discuss the possibility to freely choose home instruction within the current stage of the Brazilian legislation. It evaluates the fundamental rights and warranties to active freedom rights and its expression shapes from an educational standpoint. To do so, it analyses the educational subject and the home education matter. It observes the State and the Family roles in education. It brings homeschooling cases in Brazil. It exemplifies how homeschooling is managed in other countries, with special emphasis in the United States of America and Portugal. It suggests an educational freedom option alternative without any change in the current legislation based on international agreements, conventions and constitutional hermeneutics.

KEY-WORDS: Freedom. Homeschooling. Education. Social rights. Human dignity. Fundamental rights and warranties. Constitutional hermeneutics. Subjects in education. Family. State. Happiness right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1	Evolução dos direitos fundamentais	12
2.2	Direito fundamental – conceito	15
2.3	Efeito vinculante e relatividade dos direitos fundamentais	17
3	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
3.1	Respeito à autonomia da vontade	20
3.1.1	Autonomia da vontade e a Constituição Federal de 1988	21
4	DIREITO DE LIBERDADE	22
4.1	Direito de liberdade e seu conceito	22
4.2	Expressões do direito de liberdade	23
5	HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	27
5.1	Mutação constitucional	27
5.2	Objetivos da República Federativa do Brasil	28
5.3	Normas constitucionais	29
5.4	Princípios constitucionais	31
5.4.1	Conceito	31
5.4.2	Princípio da unidade	32
5.4.3	Princípio da concordância prática ou da harmonização	32
5.4.4	Princípio da justeza ou da conformidade funcional	33
5.4.5	Princípio da máxima efetividade	33
5.4.6	Princípio da interpretação conforme a Constituição	33
5.4.7	Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade	34
5.4.8	Princípio da vedação ao retrocesso	35
6	DIREITO À EDUCAÇÃO	37
6.1	Educação na Constituição Federal de 1988	37
6.2	Conceituação do direito à educação	38
6.3	Princípios informadores da educação	39
6.3.1	Princípio da universalidade	39
6.3.2	Princípio do pluralismo	39
6.4	Os sujeitos da educação	41
7	CRÍTICAS AO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO	44
8	ENSINO DOMICILIAR	47
8.1	Educação, ensino e ensino domiciliar – conceitos	47
8.2	Contexto histórico do ensino domiciliar	47

8.3	Contexto filosófico do ensino domiciliar.....	50
8.4	Motivações e críticas relativas ao ensino domiciliar.....	51
8.5	Casuística – tratamento dado no Brasil a famílias adeptas do ensino domiciliar	51
8.6	Argumento proibitivo ao ensino domiciliar	53
8.7	Tratamento do ensino domiciliar no mundo	54
8.8	Diplomas internacionais sobre o tema	56
8.9	Projetos de lei relativos ao ensino domiciliar	58
8.10	Possibilidade do ensino domiciliar no estado atual da legislação brasileira	59
8.10.1	Educação e frequência escolar.....	62
	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho procura observar a educação sobre o prisma dos direitos fundamentais, principalmente sobre o olhar do direito de liberdade de escolha dos caminhos a serem traçados para a formação do indivíduo, seja isto feito pelo próprio indivíduo, seja pela sua Família¹ perante o Estado.

A relevância do tema surge ao se verificar que em pleno século da efetivação dos direitos, no qual a educação se mostra como uma das mais importantes vias para o exercício da cidadania em qualquer um de seus aspectos, tendo sido eleita pelo constituinte de 1988 como uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, constituído a partir de então, ainda encontramos um padrão educacional aquém do esperado.

Num tempo em que a educação corresponde a uma das mais importantes formas de inserção social, de evolução individual e, conseqüentemente, de desenvolvimento nacional e global, choca a dura realidade pela qual nosso sistema educacional vem passando.

Escolas assumindo inúmeros papéis, ao açambarcar responsabilidades originárias da Família ou do próprio Estado e, deixando em segundo plano o seu principal papel - a transmissão do conhecimento, a formação intelectual, a motivação para a descoberta do saber.

O resultado tem sido um ciclo vicioso de professores desvalorizados, alunos desmotivados, mal formados e, o pior, cenas na qual a escola tem se tornado palco de violência, como os casos de “bullying” ou, de barbáries, como as verificadas no Rio de Janeiro, com a tragédia do Realengo, ocorrida neste ano de 2011.

Surge, então, a questão: se o Estado ao angariar o controle da educação não tem conseguido o sucesso esperado, por que não abrir para a Família a possibilidade de escolha de mais um método para a educação de seus filhos?

Não se tem aqui o intuito de fazer digressões filosóficas sobre o tema do ensino domiciliar, a fim de provar qual o método de ensino mais eficaz, mas sim mostrar a possibilidade do exercício do direito de escolha também na esfera educacional, dentro do atual contexto legislativo e jurídico brasileiro, com a presença do ensino domiciliar dentre as possibilidades existentes.

Este, portanto, é o grande mote do presente trabalho a análise da possibilidade de exercício da liberdade de escolha do ensino domiciliar, para a formação dos

¹ O termo Família, devido à sua importância, será grafado em maiúsculo.

cidadãos, dentro do arcabouço jurídico existente no Brasil, sem que se faça necessária qualquer alteração legislativa.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Evolução dos direitos fundamentais

Como a liberdade de escolha no plano educacional tem por fim precípua a educação e a formação dos indivíduos, a fim de alcançar independência e felicidade e, assim, influenciar a sociedade, o seu alcance está intimamente ligado aos direitos fundamentais e ao complexo processo evolutivo destes, porquanto existe uma relação extrema entre direito de liberdade, direitos fundamentais e educação.

Para sua análise, é preciso inicialmente lembrar que os direitos fundamentais têm na historicidade uma de suas principais características, porquanto decorrem do processo evolutivo do homem e da sociedade e se amoldam, em cada época, a este desenvolvimento.

Foram situações extremas que fizeram o homem voltar à consciência, conforme colocado por Fábio Konder Comparato (2004, p. 37):

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Vale ressaltar que os direitos humanos começam a ganhar primazia quando ocorre uma mudança de foco dentro da sociedade e o homem passa a se colocar a frente do Estado. A humanidade avança para além do regime feudal e dos Estados Absolutistas para alcançar o homem, passar a valorizá-lo e, assim, começar a impor limites ao poderio estatal.

O Cristianismo teve importante papel neste processo de valorização e fortalecimento do homem, pois ao corporificar o filho de Deus com a imagem de um homem, ensinou que o próprio homem é a imagem e semelhança de Deus e, assim trouxe também força e autoestima ao indivíduo perante o Estado. A ideia de Deus foi tirado do Estado, para alcançar o homem.

A beleza de tal processo culminou nos ideais da Revolução Francesa, perante os quais foi elaborada a “Teoria das gerações dos direitos”, por um jurista checo, naturalizado na França, chamado Karel Vasak, conforme ensina Marmelstein (2011, p. 41).

Vasak, inspirado nos ideais da Revolução Francesa, conforme mencionado, estabeleceu que os direitos humanos de primeira geração, originados das revoluções burguesas, correspondem aos direitos civis e políticos, baseados na liberdade (*Liberté*). Os direitos humanos de segunda geração, decorrentes da Revolução Industrial, são os de caráter econômico, cultural e social e baseiam-se na igualdade (*Égalité*). Já os direitos humanos de terceira geração, decorrentes da Segunda Guerra Mundial, especialmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, correspondem aos direitos de solidariedade, de desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, baseiam-se na fraternidade (*Fraternité*).

Com relação aos chamados direitos de primeira geração, referidos nas Revoluções Francesa e Americana, foram os primeiros a serem positivados, com a finalidade de “criar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder”, tendo por “paradigma de titular desses direitos o homem individualmente considerado”, segundo Gilmar Mendes (2008, p. 33). Os direitos de primeira geração, conforme o mesmo autor, são aqueles que fazem menção às liberdades individuais, como vida, liberdade, propriedade, inviolabilidade de domicílio, liberdade de credo.

Tais direitos surgiram para fazer frente a um Estado Absolutista, que se impunha em todas as áreas e sufocava o indivíduo, por meio de tributos pesadíssimos, do cerceamento das liberdades de pensamento e de crença. Ao indivíduo não era dado o direito de participar de nenhuma tomada de decisão, a ele cabia apenas o ônus de sustentar uma nobreza e um clero cheio de caprichos e privilégios.

Neste contexto surgiu, no plano religioso, a Reforma Protestante, impulsionada por Martinho Lutero, em 1517, o que diminuiu a influência da Igreja Católica. No plano intelectual, veio o Iluminismo, no século XVIII, o qual colocou o pensamento como valor essencial. Houve ainda a descoberta de outros mundos e o fortalecimento da classe burguesa, a qual passou a exigir maior participação política, de onde derivaram as revoluções burguesas, as quais resultaram em significativa mudança no plano político, com a transformação do Estado Absoluto até o alcance do Estado Democrático de Direito.

Cabe observar que tais fatos expressam também a manifestação e o desenvolvimento educacional pelo qual vinha passando a humanidade, de modo a conduzir o homem a descobertas em todos os planos. Ocorre que, a partir do momento em que o homem começa a se impor perante o Estado, surge conseqüentemente a percepção da grande desigualdade existente.

Neste ponto, as descobertas, os excedentes de produção, a mudança da economia de subsistência para a economia de mercado, ou seja, a Revolução Industrial trouxe

progresso em vários aspectos, mas também trouxe os custos extremos para os trabalhadores. É sabido que estes foram relegados a condições deploráveis, a exploração humana era tal que crianças envelheciam ao ritmo de trabalho das máquinas. Esta situação fez com que se formasse o cenário necessário para o surgimento dos direitos humanos de segunda geração.

O processo de descalabro era tão forte que fez com que a Igreja Católica se abrisse e, em 1891, o Papa Leão XIII editasse a Encíclica *Rerum Novarum*, a fim de criticar as condições de vida dos trabalhadores e dar apoio aos direitos trabalhistas. Começou a nascer, então, o Estado do bem-estar social (*Welfare State*) e a idéia de vida digna.

É neste momento que surgem direitos econômicos, sociais e culturais, ligados às necessidades básicas dos indivíduos, como alimentação, saúde, moradia, assistência social e educação. A sociedade começou a perceber que apenas assegurar a liberdade não era suficiente. Veio a tona a ideia de que a liberdade, para ser plenamente exercida, precisava ter asseguradas as condições mínimas para uma vida digna, sob pena de se tornar vazia toda a luta impingida até então. O livre agir e fazer escolhas mostrou-se possível somente quando o homem tivesse a segurança de um mínimo existencial garantido.

Então, foi necessário que a positivação dos direitos humanos de segunda geração passasse pela constitucionalização dos direitos sociais, o que ocorreu por meio de normas de caráter programático, as quais impuseram ao poder dominante uma nova forma de agir.

Tais direitos foram inicialmente tratados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919 e, ganharam ainda maior relevância com a política americana do *New Deal*, a qual, para fazer frente à quebra da bolsa de Nova Iorque, reconheceu vários direitos sociais aos trabalhadores, como pisos salariais, limitação da jornada de trabalho e seguro-desemprego.

No Brasil, a positivação dos direitos sociais se deu no período Vargas, com as Constituições de 1934 e 1937, bem como na Constituição de 1946, as quais começaram a tratar do tema.

Nas palavras de Marmelstein (2011, p. 53):

[...] os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Neste processo, mais uma vez a humanidade precisou chegar ao descalabro extremo para que desse vazão à terceira geração de direitos. Esta geração de direitos foi proveniente das agruras decorrentes da Segunda Guerra Mundial. Os direitos de terceira geração cuidam da internacionalização dos valores ligados à dignidade humana, consistentes na solidariedade e na fraternidade entre os povos. São direitos que visam preservar a espécie humana, como o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação.

Neste contexto foram criados documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, sendo o Brasil signatário destes dois últimos diplomas.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 acabou por trazer em seu bojo as três gerações de direitos, com grande ênfase ao caráter humanitário internacional.

2.2 Direito fundamental - conceito

Quando se fala em direitos fundamentais, é preciso ter em mente a ideia de dignidade da pessoa humana. Esta é decorrência de todo um processo evolutivo, no qual está intrínseca a evolução educacional. A dignidade da pessoa humana é a base que impõe limites a qualquer tipo de desvirtuamento de exercício de poder e possibilita o exercício de uma vida digna em sociedade.

Inicialmente, vale esclarecer que os direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos do homem e dos direitos humanos.

Para tratar deste tema, cabe primeiramente conceituar o que vem a ser direitos do homem. Estes remetem ao direito natural, sendo anteriores aos direitos fundamentais, por serem a base destes. Os direitos do homem não estão positivados, são encontrados em textos sagrados ou obras literárias.

Já os direitos humanos, são decorrência de conquistas proclamadas em diplomas internacionais de declarações de direitos, como a Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) ou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948).

Por outro lado, os direitos fundamentais, segundo Maria Cláudia Maia (2011, p. 16), diferenciam-se dos direitos humanos porquanto estão positivados

constitucionalmente ou no ordenamento jurídico pátrio, em razão dos quais decorrem consequências jurídicas.

Apesar destas conceituações, cumpre esclarecer que tanto os direitos do homem, quanto os direitos humanos e os direitos fundamentais têm por conteúdo a limitação do poder e a dignidade humana, sendo que o que os diferencia é a sua forma de expressão.

Ao citar Araújo e Nunes Júnior² (2001 apud MAIA, 2011, p. 14), a referida autora assinala que os direitos fundamentais são aqueles cuja categoria jurídica tem por finalidade proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões, desde o direito à vida, à integridade física, até os direitos que possibilitam ao ser humano sua autodeterminação e desenvolvimento. Eles visam garantir a vida com dignidade, por isso, são tidos por fundamentais.

De acordo, ainda, com a mencionada autora, ao transcrever Sarlet³ (2003 apud MAIA, 2011, p. 14), os direitos fundamentais “[...] constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático de Direito.”

Neste sentido, George Marmelstein (2011, p. 20) sintetiza:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Segundo este autor, o conceito acima possui um aspecto material ou ético, baseado na limitação do poder e na proteção da dignidade humana e, um aspecto normativo ou formal, caracterizado pela institucionalização e a constitucionalização.

Para tanto, é preciso ter por pressuposto o caráter restritivo e especiais direitos, os quais exigem posituação por meio de normas constitucionais de diferente hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Foi assim que o constituinte de 1988 estabeleceu o Título II, da Constituição Federal, para abarcar os direitos fundamentais. No entanto, o referido título não esgota a matéria, conforme disciplinado pelo § 2º, do artigo 5º, o qual admite outros direitos fundamentais fora do texto constitucional, numa ideia de bloco de constitucionalidade.

Aqui, Marmelstein (2011, p. 24-25) explicita :

² ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 3ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 68.

[...] desde que, por força da própria Constituição, eles possam ser considerados como normas dotadas de juridicidade potencializada. O importante é que, a partir da Constituição (formal ou material), seja possível identificar a funda mentalidade de um dado direito, ainda que de forma implícita.

2.3 Efeito vinculante e relatividade dos direitos fundamentais

Neste ponto vale ressaltar o caráter vinculante dos dispositivos que expressam os direitos fundamentais, porquanto eles obrigam as três esferas do poder estatal.

No que tange ao Poder Legislativo, a vinculação aparece com o dever de legislar de acordo com as liberdades públicas, em observância ao princípio da proibição do retrocesso, ou seja, de modo a não comprometer o núcleo essencial destes direitos e nem a reverter as conquistas alcançadas. Daí ser acoimado de nulidade qualquer ato normativo que anule ou diminua tais liberdades.

Na esfera executiva, os direitos fundamentais impõem ao administrador público a sua observância e respeito, sob pena de nulidade do ato administrativo por ele praticado. Por outro lado, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a obediência ao princípio da legalidade não submete o administrador público a cumprir leis ou atos normativos inconstitucionais ou ilegais⁴ (BULOS, 2010, p. 294).

No plano judicial, segundo Uadi Lamêgo Bulos (2010, p. 295):

[...] o Poder Judiciário deve conferir o máximo possível de efetividade às liberdades públicas; o Poder Judiciário não está obrigado a aplicar leis inconstitucionais, atentatórias a estas liberdades; o Poder Judiciário pode aplicar direitos fundamentais mesmo contra as leis, desde que elas não se conformem ao sentido constitucional deles e, o Poder Judiciário, no exame de tratados internacionais que veiculam direitos humanos fundamentais, deve proteger as prerrogativas violadas ou ameaçadas de violência (CF, art. 5º, XXXV).

Aqui vale ressaltar o conflito existente no plano da efetividade dos direitos fundamentais de caráter prestacional, no que tange à possibilidade de sua efetivação pelo Poder Judiciário sem uma prévia atuação legislativa. Trata-se do conflito entre a máxima efetividade, o qual impõe uma postura ativa do Judiciário em prol de tais direitos, e a separação de poderes, a qual prevê que decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo.

⁴ STF, RTJ, 96:508, 1981.

No Brasil, existe uma tendência à maior atuação do Judiciário a fim de viabilizar os direitos fundamentais, principalmente, nas áreas de saúde e educação, face à inércia dos outros poderes. Para tanto, vale lembrar do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 01 de julho de 2004, na ADPF 45/2004, no qual foi considerada possível a atuação do Judiciário na hipótese de implementação de políticas públicas, a fim de garantir o mínimo existencial, quando configurada a abusividade governamental.

De outra parte, vale ressaltar que os direitos fundamentais não são absolutos, eles estão lastreados no *princípio da convivência entre liberdades*⁵, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, face ao seu caráter relativo. Segundo tal princípio, nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica.

Apesar do mencionado princípio, não é possível olvidar da existência de direitos fundamentais de caráter absoluto. São hipóteses nas quais não se admite qualquer sopesamento, como é o caso da proibição da tortura e do tratamento desumano e degradante, previsto no inciso III, do artigo 5º, da Constituição Federal.

⁵ STF, MS. 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, www.stf.jus.br, acesso realizado em 12 de julho de 2011.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se pensa em educação, a dignidade da pessoa humana acaba por vir à tona, devido à intrínseca relação existente entre os dois temas, porquanto um conduz ao outro.

A dignidade da pessoa humana consiste no conteúdo ético dos direitos fundamentais, por meio do qual se busca uma vida digna em sociedade. Trata-se de atributo relativo a todo e qualquer homem de ser sujeito de direitos e não objeto ou mero instrumento, como ocorre nos regimes totalitários. Assim, a ideia de respeito ao indivíduo, perante o Estado, e de respeito ao outro, com relação aos indivíduos entre si, mostra-se crucial.

Neste ponto, vale lembrar que a dignidade da pessoa humana foi alçada ao patamar de valor suprapositivo, acima da própria lei e do próprio Estado, pelo Tribunal de Nuremberg, ao julgar as atrocidades cometidas pelo regime nazista. A partir de tal julgamento, houve uma mudança na ordem mundial, de modo que qualquer violação à dignidade humana passou a caracterizar um desrespeito à humanidade como um todo.

Esta mudança da ordem mundial teve fortes repercussões no plano jurídico, ao mostrar a fragilidade da doutrina positivista de Kelsen, uma vez que a mera positivação de direitos não foi suficiente para garantir o justo e evitar o mal.

A partir de então, surgiu na Europa um movimento no sentido de uma releitura do direito positivo clássico, acrescentando a ele valores, como o da dignidade da pessoa humana. Foi a positivação do direito natural.

A norma continua a ser objeto de apreciação do operador do direito, mas ela deixa de ser neutra, para assumir valores como os decorrentes da preservação da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o direito deixa de ser apenas a lei, como era visto pelos nazistas, para alcançar a característica de fato, valor e norma, como bem lançou Miguel Reale (1991, p. 64-65), na sua Teoria Tridimensional do Direito.

No que tange à dignidade da pessoa humana, nas palavras de Marmelstein (2011, p. 19), existe a possibilidade de se identificar alguns de seus atributos, “por exemplo: (a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial”.

No que tange ao respeito à integridade física e moral, foi prevista a proibição da tortura e a vedação a qualquer tipo de tratamento desumano e degradante previsto no inciso III, do artigo 5º, do Texto Constitucional. Tal dispositivo expõe uma das

formas de se afastar da nova ordem constitucional abusos cometidos no passado, violadores da dignidade da pessoa humana.

Quanto a não coisificação do ser humano, ela decorre da ideia de que a norma é decorrência do espírito humano e, a sua aplicação, deve buscar valores que conduzam à felicidade, à integração social do homem e não à rigidez de sistemas totalitários, nos quais tudo que referencia ao humano é colocado como objeto, sem qualquer valor.

Já a garantia do mínimo existencial significa caber ao Estado assegurar aos cidadãos ao menos as condições mínimas para uma vida digna. Esta garantia possui um aspecto positivo, no sentido de viabilizar a mínima dimensão do bem jurídico protegido, o que pode ser feito, inclusive, pelo Judiciário, diante da omissão dos demais poderes e, um aspecto negativo, no sentido de não admitir a tributação sobre direitos sociais mínimos. Por outro lado, os direitos sociais máximos devem ser obtidos por meio do exercício da cidadania e da prática orçamentária.

3.1 Respeito à autonomia da vontade

Não há como abordar o tema autonomia da vontade sem remeter ao pensamento do filósofo Immanuel Kant (1724-1804), segundo o qual:

Que outra coisa pode ser, pois a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para ela mesma? Mas a proposição: a vontade é em todas as suas ações lei para si mesma, caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa. (KANT, 2004, p. 81).

Ainda, conforme o entendimento de Kant (2004, p. 79):

O conceito de liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade. A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela possa ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possa, determiná-la.

Diante destas explicações, pode ser colocado que a autonomia da vontade kantiana refere-se à vontade determinada por si mesma, pertinente ao âmbito da moral, independente de condicionamentos exteriores à própria razão.

A autonomia da vontade consiste na faculdade do indivíduo tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Consiste na possibilidade do indivíduo fazer aquilo que tem vontade, desde que não prejudique as outras pessoas e exista responsabilidade quanto às opções adotadas.

A relevância de se respeitar a autonomia da vontade, decorre do respeito ao livre arbítrio de cada um e, conseqüentemente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, ou seja, no seu poder de escolher o próprio destino.

3.1.1 Autonomia da vontade e a Constituição Federal de 1988

Apesar da relevância do tema autonomia da vontade, uma vez estar ele intrinsecamente ligado à ideia de personalidade e, conseqüentemente à dignidade da pessoa humana, nossa Constituição Federal não possui nenhum dispositivo que cuide dele de modo expresso.

No entanto, a doutrina afirma a sua existência de forma implícita, no artigo 5º, inciso II, do Texto Constitucional, o qual disciplina que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com relação ao tema, Luís Roberto Barroso (2001, p. 222) esclarece:

[...] se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão à lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.

Ocorre, entretanto, que para limitar a autonomia da vontade não basta uma lei que imponha comportamentos, é preciso que esta mesma lei esteja de acordo com a Constituição no aspecto formal e material.

Assim, apesar de seu caráter intrínseco no texto constitucional, o respeito à autonomia privada é a base para o exercício de outros direitos fundamentais, dentre eles o direito de liberdade.

4 DIREITO DE LIBERDADE

4.1 Direito de Liberdade e seu conceito

Liberdade, essa palavra
 Que o sonho humano alimenta
 Que não há ninguém que explique
 E ninguém que não entenda.
*Cecília Meireles*⁶

O tema liberdade remete à metáfora relativa ao “vôo do pássaro”, elaborada por Kant, segundo a qual, a liberdade exercida pelo pássaro no momento do vôo somente é possível devido às leis da física, à resistência do ar.

Kant brincava com essa ideia, ao imaginar uma pomba indignada contra a resistência do ar que a impediria de voar mais depressa. Na verdade, argumenta, é justamente essa resistência que lhe serve de suporte, pois seria impossível voar no vácuo.

Tal metáfora se aplica à liberdade humana, a qual encontra resistências em todos os aspectos e, no plano social, uma destas resistências decorre da lei. Entretanto, é esta mesma lei que dá suporte, limites, validade e, assim, possibilita a liberdade do homem.

Neste ponto Miguel Reale (1991, p. 64) realça que “quando o Estado edita uma norma de direito, fixando limites ao comportamento dos homens, não visa ao valor negativo da limitação em si, mas sim ao valor positivo da possibilidade de se pretender algo na esfera previamente circunscrita”.

Neste ponto, o renomado autor continua a esclarecer:

Não pense que há na ordem jurídica a preocupação de levantar paredes em torno da atividade individual. O ideal é que cada homem possa realizar os seus fins da maneira mais ampla, mas é intuitivo que não poderia coexistir o arbítrio de cada um com o dos demais sem uma delimitação harmônica das liberdades, consoante clássico ensinamento de Kant. Desse modo, o Direito delimita para libertar: quando limita, liberta.

Por outro lado, cumpre observar o pensamento de Franz Wieacker⁷ (1993 apud RUZYK, 2011, p. 119), o qual explicita:

⁶In Romance XXIX ou da Bandeira da Inconfidência. <www.releituras.com.br>, acesso realizado em 15 de agosto de 2011.

⁷WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 492.

Considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto de juristas, enquanto tais. [...] A fundamentação ética desta convicção foi extraída por Savigny e pelos seus contemporâneos da teoria jurídica de Kant, segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo, portanto, uma “existência independente”.

Assim, apesar do caráter objetivo do ordenamento jurídico, não há como afastar da letra fria da lei os valores sociais que a resultaram, bem como os valores norteadores da sociedade ao tempo de sua aplicação. Deste modo, a ordem jurídica iniciada a partir de 05 de outubro de 1988 ao erigir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no seu inciso V, do artigo 1º, delimita o conteúdo da liberdade a ser alcançada pelo intérprete constitucional.

Conteúdo este que traz um caráter de respeito à personalidade e, conseqüentemente, à própria dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e base à essência do sistema dos direitos fundamentais.

4.2 Expressões do direito de liberdade

O Direito de Liberdade possui amplitude tal que o seu exame assume variadas faces, de modo a poder se referir à locomoção, ao planejamento familiar, à crença religiosa, ao aspecto profissional, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988 garante tal direito por meio de diversos dispositivos, como o *caput*, do artigo 5º, o qual prevê a liberdade como uma das bases do devido processo legal; os incisos IV e V do mesmo dispositivo, os quais cuidam da liberdade de expressão; o seu inciso VIII, cujo conteúdo traz a objeção de consciência e, mais especificamente, o artigo 206, inciso II, o qual trata da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, bem como o inciso III, o qual prevê a coexistência ou pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 108), “a liberdade assegurada no *caput*, do artigo 5º deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamento, de reunião, de associação etc”.

No contexto deste trabalho, assume especial relevância a liberdade de expressão, porquanto constitui instrumento para a preservação do sistema democrático, face à necessidade do pluralismo de opiniões para a formação da vontade livre, especialmente quando se fala em escolha de caminhos educacionais para a formação do indivíduo.

A liberdade de expressão consiste em toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa a respeito de qualquer tema, seja ele de interesse público ou não.

Possui ainda um aspecto de abstenção do Estado, pois por se tratar de um direito fundamental, tem um caráter de pretensão a que o Estado não exerça a censura, uma vez que não cabe a ele dizer quais opiniões são válidas ou não, isto cabe ao público à qual é dirigida.

Observe-se que a liberdade de expressão, como qualquer direito fundamental, possui limites, como o artigo 227, da Constituição Federal, o qual prevê a proteção à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade ao Estado, à sociedade, à família, assegurando-lhes o direito à vida, à educação, à dignidade e à liberdade, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão.

Assim, dentro do plano educacional, segundo as palavras de Gilmar Mendes (2008, p. 368), “a liberdade de expressão poderá sofrer recuos, quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”. A prioridade é sempre a proteção à criança e ao adolescente.

Outro conteúdo do direito de liberdade consiste na liberdade de consciência, prevista como inviolável no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo coloca o caráter religioso deste direito. Entretanto, o conteúdo da liberdade de consciência não se esgota neste aspecto.

Com relação a esta liberdade, o constituinte previu expressamente a possibilidade da objeção de consciência, no artigo 143, §1º, do Constituição Federal, o qual dispõe:

Artigo 143 – O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§1º As Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

Observa-se que o constituinte de 1988 especificou na parte final deste dispositivo o conteúdo do imperativo de consciência, ao expandi-lo para além das crenças de ordem religiosa, de modo a abranger também convicções de caráter filosófico ou político. Tal posição, segundo Gilmar Mendes (2008, p. 413), é acatada também por Alexandre de

Moraes⁸, com apoio em Canotilho e Jorge Miranda, os quais admitem a aplicação da escusa de consciência com relação a outras obrigações.

Conforme o raciocínio de Gilmar Mendes (2008, p. 413):

A liberdade de consciência ou de pensamento tem a ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade –, propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas.

Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções. Haverá casos, porém, em que o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafia o sistema de vida que as suas convicções construíram. Cogita-se, então, da possibilidade de reconhecer efeitos a uma objeção de consciência.

Ressalte-se que a escusa de consciência não decorre de um interesse mesquinho ou de um mero capricho do cidadão, não se confunde com a desobediência civil. Ela deve ter um conteúdo estruturado, porquanto consiste numa insubmissão a uma obrigação legal, cujo cumprimento possa gerar “insuportável violência psicológica”, nas palavras de Gilmar Mendes.

Segundo o referido autor (2008, p. 414):

A objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. [...] A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas a todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.

Observe-se que a objeção de consciência consiste numa exceção, ela é reconhecida pelo Estado a fim de fortalecer a regra, não representa um meio para transformar a regra numa faculdade. “Há de se evitar tanto a prepotência do poder como a sua impotência – ambos resultados funestos para um Estado de Direito” (MENDES, 2008, p. 415).

No que tange ao ensino domiciliar, segundo Alexandre Magno Fernandes Moreira (2009, p. 49), a escusa de consciência também se aplica a ele:

A objeção de consciência aplica-se perfeitamente ao caso do homeschooling. Os pais que aplicam essa forma de educação dos filhos discordam, de forma

⁸MORAES, Alexandre. **Direito Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 124.

radical, do sistema educacional imposto no País. E, se há bons motivos para que isso ocorra em países desenvolvidos, mais ainda pode se dizer no Brasil, cujas crônicas deficiências educacionais são mais que conhecidas. O requisito exigido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ou seja, de que “a objeção de consciência nasça de um sistema de pensamento suficientemente estruturado, coerente e sincero, estará, de modo geral, satisfatoriamente preenchido nesse caso.

Então, prossigamos.

5 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A atividade do hermeneuta vai muito além do sentido e da expressão da norma, ela se consolida na busca do seu caráter humano, ainda que sob o preço de se confrontar com problemas decorrentes do próprio espírito do homem expressados por meio da lei, como na hipótese de uma lei injusta ou ilícito legal.

Neste ponto, Atahualpa Fernandez (2010, p. 23) esclarece:

A lei injusta será toda a norma positiva que não realize ou não permita realizar concretamente a ideia do direito. [...] Neste particular, não têm qualquer caráter juridicamente vinculante (carecem totalmente de legitimidade e de obrigatoriedade) tanto as normas que porventura recusem a liberdade e a dignidade de personalidade moral a qualquer pessoa, grupo ou classe – isto é, que lhes excluam a qualidade de sujeitos autônomos de direito (com os direitos e deveres implicados pela sua válida e legítima integração na comunidade) para os reduzirem a meros objetos de coação política, econômica ou administrativa -) como as normas que lhes definam um estado de direitos e deveres que não esteja fundado no sentido axiológico de uma comunidade que a todos autônoma e livremente integre.

Dentre as expressões da atividade hermenêutica ressalta em importância a mutação constitucional.

5.1 Mutação constitucional

A atividade interpretativa da Constituição assume relevo nas hipóteses onde há dúvida a respeito do sentido da norma. Ela assume especial feição quando o tema a ser abordado é pertinente aos direitos fundamentais. É neste ponto que a mutação constitucional torna-se mais necessária.

Assim, como no presente trabalho, busca-se demonstrar que a possibilidade de exercício da liberdade de escolha do ensino domiciliar depende da atuação do exegeta, cabe a abordagem dos métodos hermenêuticos.

Neste ponto, surge o fenômeno da mutação constitucional, o qual consiste num processo não formal de mudança da Constituição, por meio do qual o sentido da norma constitucional é alterado, sem nenhuma modificação no seu texto, o qual permanece intacto.

A mutação constitucional reflete a dinamicidade do texto constitucional e é admitida desde que não contrarie os princípios estruturais do texto, de ordem política e

jurídica. O fato dos direitos fundamentais serem cláusulas pétreas não impede a evolução jurisprudencial.

Neste ponto, vale trazer as palavras do Ministro Gilmar Mendes, proferidas no julgamento do RE n. 466.343/SP⁹, no sentido de que:

A evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

Por se tratar de um processo informal de mudança, paulatino e difuso de modificação, todos os atores da comunidade política podem nele atuar. Logicamente, maior importância assume a atividade daqueles órgãos incumbidos da interpretação e concretização da Constituição, como o Judiciário, Legislativo e Executivo.

Entretanto, não há como desvincular a sociedade deste processo, porquanto é ela quem pressiona a atuação daqueles órgãos, por meio de grupos organizados, de opiniões, de novas aspirações e anseios de ordem cultural, política ou econômica.

Vale ressaltar que quanto mais rígido for o processo legislativo para alteração da Constituição, maior será a mutação constitucional de seu texto.

5.2 Objetivos da República Federativa do Brasil

Quando se aborda o tema da hermenêutica constitucional, é preciso ter em mente os objetivos da República Federativa do Brasil, para que haja uma harmonização do sistema.

Os objetivos de nossa república enaltecem o caráter social democrático de nosso Estado, os quais possuem dentre outros pressupostos, segundo Carlos Ari Sundfeld¹⁰ (1992 *apud* MAIA, 2011, p. 47), cidadãos que, como titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado e, o dever deste mesmo Estado de atuar positivamente para gerar o desenvolvimento e a justiça social.

⁹ STF, voto proferido em 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE n. 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno. <www.stf.jus.br>, acesso realizado em 10 de agosto de 2011.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 56-57.

Observe-se que os objetivos da República Federativa do Brasil estão explicitados no artigo 3º, da Constituição Federal, em quatro incisos, cujos conteúdos remetem a um ponto comum, qual seja, o desenvolvimento, seja ele no seu aspecto nacional, social ou individual.

Ressalta aos olhos dentre os objetivos da nossa nação, o inciso I, do mencionado dispositivo, o qual estabelece como meta prioritária a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A liberdade é tratada como o primeiro aspecto a ser observado e buscado na construção de nossa sociedade.

5.3 Normas constitucionais

Primeiramente, cumpre destacar que todas as normas previstas no corpo da Constituição são constitucionais, seja em razão de seu conteúdo ou de sua localização topográfica, de modo que a dicotomia entre normas materialmente e formalmente constitucionais fica absorvida pela sua colocação na carta política pelo poder constituinte originário.

Observe-se que, dentre tantos esforços para identificar esta essência constitucional, foi o constituinte do Império quem bem a colocou no artigo 178, o qual previa “é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo, o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

No presente trabalho merece destaque o aspecto operacional das normas constitucionais, o qual classifica as normas em operacionais ou de caráter programático, porquanto foram estas fundamentais para a introdução dos direitos sociais na ordem jurídica.

Segundo Paulo Bonavides (2003, p. 248), “[...] programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo”.

Ocorre que o caráter programático das normas disciplinadoras dos direitos sociais não significa a sua concretização tão logo seja possível pelo Estado, mas impõem sim a sua realização diariamente.

Portanto, no plano educacional não basta a Constituição Federal, em seu artigo 207, assegurar educação a todos, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, é preciso a sua real efetivação.

Neste sentido, Marmelstein (2011, p. 72) assevera:

A comunidade jurídica já percebeu que, sem o compromisso político e o engajamento social, a Constituição não passará de uma folha de papel, como dizia Lassale. Portanto, para que os direitos fundamentais sejam levados a sério, é necessário que a Constituição faça parte da vida dos indivíduos. Deve existir um dever de lealdade para com as normas constitucionais e a ordem de valores nela contida, independentemente de qualquer ideologia partidária. É o chamado patriotismo constitucional.

Assim, seguindo as ideias de Ferdinand de Lassale (apud PAULO, 2008, p. 05), de acordo com uma visão sociológica, a real legitimidade de uma Constituição decorre dela representar o efetivo poder social, expondo as forças sociais que constituem o poder.

Deste modo, uma constituição que prega a educação como base da formação da cidadania, precisa realmente efetivar tal disposição formando pessoas com conteúdo para o exercício de suas prerrogativas e deveres como cidadãos e não apenas criar um sistema no qual as pessoas passam pela escola e saem sem formação.

Tal colocação decorre de pesquisas realizadas pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística, o qual constatou que no ano de 2005, 10,8% da população brasileira era analfabeta ou possuía menos de um ano de estudo. Além disso, com base em dados de 2002, do mesmo Instituto, havia 32,1 milhões de analfabetos funcionais, sendo 26% da população de 15 anos ou mais de idade¹¹.

Por outro lado, Konrad Hesse (1991, p. 19) explicita o sentido da expressão “vontade da constituição”:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

¹¹ “Para a pesquisa analfabeta funcional é a pessoa que possui menos de quatro anos de estudos completos. Na América Latina, a UNESCO ressalta que o processo de alfabetização só se consolida de fato para as pessoas que completaram a 4ª. Série. Entre aquelas que não concluíram esse ciclo, se tem verificado elevadas taxas de volta ao analfabetismo.” (MAIA, 2011, p. 11-12).

Por isso, as normas pertinentes ao direito educacional possuem realmente caráter programático, porquanto representam um projeto, cuja realização não se dá da noite para o dia. Representam um processo complexo e progressivo, o qual deve se dar entre o idealismo e a realidade.

5.4 Princípios constitucionais

5.4.1 Conceito

Segundo as lições de Geraldo Ataliba, lembradas pelo Ministro Paulo Medina, do Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido no MS 7.407/DF:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá o sentido harmônico.

Estabelece, ainda, o renomado autor o papel determinante dos princípios constitucionais, como condicionantes da interpretação e eficácia das demais regras:

[...] qualquer disposição, qualquer regra jurídica [...] para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio [...] realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Assim, como a Constituição protege simultaneamente diferentes bens jurídicos, pode haver colisões entre eles. Para solucionar tais conflitos, o intérprete abre mão das técnicas interpretativas, dando especial relevo os princípios constitucionais da unidade, da harmonização, da justeza ou da máxima efetividade.

5.4.2 Princípio da unidade

O Princípio da Unidade estabelece que as normas constitucionais devem ser vistas como um todo, integrante de um sistema uno de regras e princípios, e não como regras isoladas.

Para tanto, vale ressaltar que todas as normas constitucionais possuem igual dignidade, sendo que todas as normas provenientes do constituinte originário são constitucionais, o que implica na impossibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face da outra, bem como não haver antinomias verdadeiras no texto constitucional.

Segundo Atahualpa Fernandez e Manuella Maria Fernandez (2010, p. 21):

A adoção de um adequado processo de realização do direito obriga o jurista-intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade a procurar harmonizar os espaços de tensão entre os fatos, as normas constitucionais e infraconstitucionais a concretizar de tal forma que se deva sempre considerar as normas não como regras isoladas e/ou dispersas, mas sim como preceitos integrados em um sistema unitário e aberto de normas, princípios e valores, sob pena de destruição da tendencial unidade axiológico-normativa do ordenamento jurídico. Carecem de legitimidade as decisões que considerem as normas isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação literal e isolada.

Tal princípio evita o surgimento de conflitos dentro do texto constitucional, porquanto afasta aparentes antinomias que possam surgir, e dá grande suporte à atividade interpretativa, obrigando o intérprete, segundo Canotilho (apud LENZA, 2009, p. 94), “a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre normas constitucionais a concretizar”.

5.4.3 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Consiste numa decorrência lógica do princípio da unidade da Constituição. Segundo Gilmar Mendes (2008, p. 114), trata-se de uma “recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.

O referido autor, ao citar o ensinamento de Konrad Hesse¹² (apud MENDES, 2008, p. 114), explicita: “onde surgirem colisões não se deve, à base de uma precipitada “ponderação de bens” ou de uma “abstrata ponderação de valores”, realizar qualquer deles à custa do sacrifício do outro”.

Observe-se que como na Constituição não há uma hierarquia relativa a bens e valores e nem mesmo critérios para a harmonização de eventuais conflitos, a sua solução cabe ao intérprete, mas será a comunidade jurídica e o tempo que mostrarão o acerto ou erro da solução dada.

5.4.4 Princípio da justeza ou da conformidade funcional

Segundo Lenza (2009, p. 95), “o intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a *força normativa* da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo Constituinte Originário”.

5.4.5 Princípio da máxima efetividade

A origem deste princípio vem da interpretação das normas programáticas, mas hoje sua aplicação recai sobre todas as normas. Tal princípio impõe ao intérprete a atribuição do sentido que dê a maior eficácia, a mais ampla efetividade social à norma constitucional.

5.4.6 Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição é aplicada nas hipóteses de normas polissêmicas ou plurisignificativas, quando deve ser aplicada a interpretação que não contrarie a Constituição, que conserve as normas constitucionais.

Segundo Canotilho (1991, p. 143):

No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer, interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o

¹² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998. p. 66.

direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio *in dúbio pro libertate*; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger a interpretação que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação.

Entretanto, a interpretação das normas polissêmicas não significa a atuação de um legislador positivo, porquanto dela não pode resultar em uma nova regra.

Realizada a interpretação da norma, por meio de seus vários métodos, e mesmo assim o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, significa a inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, a sua necessária declaração pelo magistrado.

5.4.7 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Este princípio consubstancia uma ordem de natureza axiológica, decorrente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, proibição do excesso. Por isso, sua aplicação abrange todas as áreas do direito.

Originariamente, sua aplicação ocorreu com relação às normas impositivas de restrições de direitos, embora também possa ser aplicado com relação às normas referentes ao equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios.

Segundo Alexandre Magno Fernandes Moreira (2009, p. 49), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem sido substituído pelo princípio da proporcionalidade e, este possui como elementos:

a) exigibilidade (ou necessidade) – a adoção da medida restritiva de direitos só se legitima quando indispensável para o caso concreto e não puder ser substituída por outra menos gravosa. A sua aferição se dá por meio de um exame comparativo, no qual, segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 171), “há duas variáveis: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido”;

b) adequação (pertinência ou idoneidade) – o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido. Neste ponto vale ressaltar a lição de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 169-170), o qual afirma:

Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como **objetivo um fim constitucionalmente legítimo**, que, em geral, **é a realização de outro direito fundamental**. (grifos nossos)

c) proporcionalidade em sentido estrito – deve haver uma máxima efetividade e uma mínima restrição, no sentido de que deve ser perquirido se o ato praticado supera a restrição a outros valores constitucionais.

Ocorre que a aplicação do princípio da proporcionalidade não se contenta com as duas primeiras análises. Faz-se necessária esta última etapa, consistente num só pesamento entre os direitos envolvidos, a fim de evitar abusos restritivos de direitos fundamentais para além do objetivo perseguido.

Vale ressaltar ainda que aquilo que é proporcional deve respeitar o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, aquilo que é realizável nas condições fáticas e jurídicas apresentadas.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado este princípio como regra de ponderação, como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais, como no HC 76.060, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

5.4.8 Princípio da vedação ao retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso, também denominado pela doutrina francesa de *effet cliquet*, é relevante no plano dos direitos sociais, porquanto significa que uma vez concretizado o direito, ele não pode ser diminuído ou revogado.

Por meio dele, se expressa a inconstitucionalidade de qualquer medida tendente a revogar ou diminuir os direitos fundamentais, o que somente seria possível com a criação de outros mecanismos jurídicos capazes de compensar tal supressão.

A partir do momento que o Estado cumpre um direito social, surge, além de um direito de ordem positiva, também um de ordem negativa. Assim, o Estado deve atuar em prol do direito social, bem como abster-se de atentar contra este mesmo direito.

O ponto central deste princípio é a atuação progressiva do Estado no sentido da melhoria das condições de vida da população. Tal princípio encontra-se implícito no artigo 3º, da Constituição Federal, ao incluir dentre os objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Ocorre que nem sempre é fácil aferir quando uma dada medida conduzirá ao retrocesso, porquanto muitas vezes o aparente retrocesso no curto prazo, pode se revelar

como um avanço social ao longo do tempo. Assim, o fundamental é que qualquer medida tomada no plano dos direitos fundamentais tenha por fundamento o desenvolvimento humano.

6 DIREITO À EDUCAÇÃO

6.1 Educação na Constituição Federal de 1988

No dizer de Motauri Ciocchetti de Souza (2010, p.10), “a educação está para a sociedade, como a saúde se encontra para o exercício do direito à vida”.

O tema é de tamanha relevância que o constituinte de 1988 tratou da educação em um capítulo próprio dentro da Ordem Social. Entretanto, percebe-se que a abordagem de tal tema não ficou restrita apenas ao Capítulo III, do Título VIII, da Constituição Federal. Sua presença é verificada em vários outros dispositivos, de modo direto ou indireto, como ocorre no artigo 22, inciso XXIV, o qual prevê as competências da União, no artigo 23, inciso V, ao dispor sobre a viabilização do acesso à educação ou no artigo 24, o qual disciplina a competência legislativa sobre a matéria. Além disso, como não poderia deixar de ser, dentro dos direitos sociais, no artigo 6º, da Carta Magna.

Quando se fala em direitos sociais, é preciso lembrar que tais direitos “permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativus” (DIMOULIS E MARTINS, 2011, p. 60).

Neste ponto como o direito à educação foi estabelecido no artigo 6º, da Constituição Federal, no rol de direitos sociais, sendo classificado pela doutrina como um direito fundamental, tem aplicabilidade imediata, face ao §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Além disso, conforme já mencionado, é tratado de forma mais específica no Capítulo III, do Título VIII, o qual cuida da Ordem Social, nos artigos 205 a 214.

Por isso, a Constituição de 1988, em seu artigo 205 previu o caráter universal do direito à educação, ao estabelecer a educação como direito de todos, cuja finalidade é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Tal dispositivo, além de seu caráter de norma programática, porquanto expressa uma forma de atuação, um conteúdo a ser alcançado. Também confere um direito público subjetivo, atrelado aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º, de nossa Carta Republicana.

No artigo 206 estão previstos princípios norteadores do direito à educação, dentre eles, ressalte-se, como já mencionado, o inciso II, o qual prevê a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” e o inciso III, cujo conteúdo dispõe a respeito do “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas”.

O artigo 208 traz os meios a serem colocados à disposição do indivíduo pelo Estado, para que o direito à educação se concretize.

Já o artigo 209 estabelece ser o ensino livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e sob condições de autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público, o que demonstra “não ser o ensino monopólio da instituição escolar”¹³. Neste contexto, o artigo 210 traz a questão dos conteúdos mínimos a serem transmitidos.

O artigo 211 cuida da organização do ensino dentro da Federação, com a atuação de cada ente federativo, sendo que os artigos 212 e 213 estabelecem os limites orçamentários para tanto e o artigo 214 cuida das metas a serem alcançadas no plano nacional da educação.

6.2 Conceituação do direito à educação

Com base nos termos constitucionais acima expostos, podemos conceituar o direito à educação como um direito fundamental social, que representa a base da autonomia e participação do homem em sociedade e vai muito além da simples alfabetização, para abranger o desenvolvimento de potencialidades, do espírito crítico. É uma condição prévia para o gozo de todos os demais direitos do homem.

O direito à educação consiste, portanto, num direito social, fundamental para o exercício tanto de direitos de primeira geração, as chamadas liberdades públicas, quanto para o exercício dos demais direitos sociais. Além disso, se mostra fundamental para assegurar o respeito aos direitos de terceira geração, como a preservação ambiental e, conseqüentemente, da própria espécie humana.

Por isso, as normas que disciplinam o direito à educação, apesar do seu caráter programático, não podem ficar à mercê das possibilidades e dos limites do Estado, porquanto a educação precisa ser concretizada, uma vez que lida com a formação do indivíduo.

¹³ Comissão de Educação e Cultura (CEC) – Parecer da Relatora, Dep. Bel Mesquita.<www.camara.gov.br>. Acesso em 20 de agosto de 2011.

Neste ponto, no que tange à liberdade e o direito à educação, cumpre lembrar o ensinamento de Maria Cláudia Maia (2011, p. 62), segundo a qual:

Sem a liberdade, que também é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, há tirania e opressão, e sob o jugo do autoritarismo não é possível efetivar-se o direito à educação, destinado ao desenvolvimento do ser humano. [...]

Assim, a liberdade no direito à educação, deve ser considerada como direito fundamental, conforme o artigo 5º, II, da Constituição Federal, devendo nortear todo o sistema educacional brasileiro.

6.3 Princípios informadores da educação

Dentre os princípios norteadores da educação temos os princípios da universalidade, igualdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade. Dentre eles merece especial atenção os princípios da universalidade e do pluralismo.

6.3.1 Princípio da universalidade

Tal princípio está previsto no artigo 205, do Texto Constitucional, o qual prevê a educação como direito de todos. Portanto, o acesso ao ensino fundamental consiste num direito público subjetivo, decorrente de uma norma de eficácia plena, prevista no artigo 208, §1º, da Constituição Federal.

Deste modo, o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa em responsabilidades da autoridade competente e autoriza a aplicação de medidas judiciais garantidoras de sua oferta.

6.3.2 Princípio do pluralismo

Há, ainda, um importante aspecto a ser considerado no que tange ao tema educação e desenvolvimento humano e nacional, é a questão pertinente ao pluralismo. É a ideia de somar com as diferenças, de saber conviver e respeitá-las que traz o desenvolvimento, seja no plano individual, seja no social e nacional.

Neste ponto, cumpre ressaltar Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 1368-1369) que, juntamente com outros autores, ao tratar do tema educação, ressalta o princípio do pluralismo:

Nesse sentido, falar em pluralismo educacional ou em pluralismo na educação significa dizer que, no marco do nosso documento constitucional – até porque estruturador de um Estado de Direito que faz questão de se proclamar democrático -, **são igualmente legítimas todas as linhas de pensamento e/ou de transmissão do conhecimento**, não havendo lugar para fundamentalismos de qualquer natureza [...].

Se alguma restrição é de se admitir nesse ou em outros domínios, ela há de residir exclusivamente na intolerância com a intolerância, porque se trata de atitude congênita à própria ideia de pluralismo como valor fundamental para o surgimento e a preservação das sociedades democráticas. Em outras palavras, se a sociedade é plural, então a Constituição deve ser pluralista. (grifos nossos)

A importância do pluralismo pode ser bem ilustrada por meio de uma “passagem divulgada por Benjamin Franklin de uma carta enviada por chefes indígenas em resposta ao convite feito pelos governantes da Virgínia e Maryland, para que enviassem índios para serem educados no modelo e ao estilo dos “brancos”:

[...] Nós estamos convencidos, portanto, que os senhores desejam o bem para nós e agradecemos de todo coração. Mas aqueles que são sábios reconhecem que diferentes nações têm concepções diferentes das coisas e, sendo assim, os senhores não ficarão ofendidos ao saber que a nossa ideia de educação não é a mesma que a vossa [...] Muitos dos nossos bravos guerreiros aprenderam nas escolas do norte e aprenderam toda a vossa ciência. Mas, quando eles voltavam para nós, eles eram maus corredores, ignorantes da vida da floresta e incapazes de suportar o frio e a fome. Não sabiam como caçar o veado, matar o inimigo e construir uma cabana e falavam a nossa língua muito mal. Eles eram, portanto, totalmente inúteis. Não serviam como guerreiros, como caçadores ou como conselheiros. Ficamos extremamente agradecidos pela vossa oferta e, embora não possamos aceita-la, para mostrar nossa gratidão oferecemos aos nobres senhores de Virgínia que nos enviem alguns de seus jovens, que lhes ensinaremos tudo o que sabemos e faremos, deles, homens. (O que é Educação, Carlos Rodrigues Brandão, 33ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 8-9)¹⁴

O próprio artigo 206, inciso III, da Constituição Federal ressalta o pluralismo, ao estabelecer o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas como um dos princípios por meio dos quais o ensino será ministrado.

¹⁴Citado por Lauro Luiz Gomes Ribeiro. **Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo**, pp. 138-139.

Com base nestas ideias, temos que as normas pertinentes à educação devem ser sempre interpretadas no sentido do mais amplo direito, do somar, do ampliar horizontes.

6.4 Os sujeitos da educação

Nas palavras de Lauro Luiz Gomes Ribeiro (2009, p. 224), tendo em vista o tratamento constitucional dado à educação, ao ser colocada dentre os direitos sociais, no artigo 6º, isto cria para o indivíduo um direito público subjetivo, o qual consubstancia-se numa faculdade atribuída a seu titular de exigir do Estado uma prestação por este prometida, como decorrência de uma relação jurídica administrativa.

Conforme o mencionado autor, cabe ao Estado prover a estrutura do ensino, a qual pode ser desempenhada com o auxílio da iniciativa privada. Cabe a ele, ainda, uma atividade fiscalizatória dos responsáveis pelos alunos, conforme dispõe o artigo 227, da Constituição Federal.

Com relação às escolas, segundo Gomes Ribeiro (2009, p. 227):

sua tarefa é levar a criança a “ser”, a se descobrir e a afirmar sua existência, fixando seu centro na ampliação de conhecimentos de si próprio, do outro, do tempo e do espaço do seu existir. A autonomia intelectual [...], ou seja, a capacidade de autodeterminar-se, de autorrealizar-se, é uma das importantes metas a ser alcançada pelo aluno.

Quanto à Família, célula *mater* da sociedade, consiste no primeiro núcleo no qual a pessoa se forma e se desenvolve, onde são transmitidos muito mais do que o mero conhecimento formal, mas onde são construídos valores, que formarão o caráter da pessoas, de modo a acompanhá-la por toda a sua vida e repercutir em todas as suas relações.

Em pleno século da informação, esta é amplamente difundida, seja de modo formal, por meio das escolas, seja por outros meios, inclusive tecnológicos. Entretanto, não é apenas o conhecimento técnico, a informação que forma um indivíduo, porquanto existem outros valores, de ordem pessoal cujo único berço é a Família. Não há como delegar a sua função para a escola.

Neste contexto, Rosa Maria B. B. de Andrade Nery¹⁵ (1999, *apud* RIBEIRO, 2009, p. 235-236) ressalta:

¹⁵ NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: Ricardo H. Marques (org.). **A vida dos direitos humanos, bioética, médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 460-462.

A constante inserção das expressões “sociedade” e “Estado”, nos mesmos instantes em que se alinham as tarefas da Família para com a vida e a dignidade do homem, podem justificar a má interpretação de que essas singulares tarefas poderiam ser realizadas, a contudo e alternativamente, por outro organismo que não a Família. E isto pode produzir catastróficas consequências porque **o Estado não pode e não deve suprir as finalidades da família no que toca ao respeito pela dignidade humana e o resguardo da vida do homem, de cuja intimidade o grupo social não participa e nem deve participar.** Essa aliança que se pretende, entre o Estado e a sociedade, junto com as famílias, para o resguardo de valores fundamentais da existência do homem não pode ser interpretada como razão para que se julgue poder o homem estar, na sua intimidade, sujeito aos alvites do todo, como se no seio de sua família estivesse. (grifos nossos)

A Família deixa de ser vista pelo aspecto institucional, como era tratada no século XX, onde modelos autoritários buscavam manter a sua estabilidade, para, no nosso século XXI, ela ter no afeto a base da coexistência e na busca de felicidade o seu fim precípuo.

Nas palavras de Ruzik (2011, p. 326):

[...] essa compreensão diferenciada sobre uma família que não encontra fundamento em si mesma – e com funções vinculadas À sua própria reprodução -, mas, sim, busca seu fundamento na formação de vínculos de afeto – e, nessa medida, abre-se a novas possibilidades funcionais, sendo compreendida, inclusive, como meio no qual as pessoas buscam sua felicidade coexistencial [...]. Trata-se de reconhecer a superação do sentido transpessoal da família, para dar lugar a uma dimensão coexistencial em que a família se torna o lugar de busca pela felicidade.

Neste ponto, ressalta falar do princípio da subsidiariedade, apresentado pelo §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, o qual estabelece, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, a precedência da Família ao Estado, no que tange ao planejamento familiar, incluído neste, os caminhos educacionais de sua prole.

Prevê, ainda, o mencionado dispositivo, caber ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Neste sentido, Alexandre Magno Fernandes Moreira (2009, p. 51) explicita:

A educação dos filhos é uma questão eminentemente privada que, como qualquer questão privada, somente pode admitir a interferência do Estado

quando esta revelar-se não só benéfica, mas também imprescindível. A atuação estatal em todos os domínios da sociedade, além de prejudicial ao bem-estar individual, é característica marcante dos regimes totalitários e não das democracias. Naqueles regimes, todos os interesses individuais devem estar subordinados ao Estado.

A prevalência da Família, no que tange a escolha dos caminhos a serem adotados por seus membros, foi ressaltada também no artigo 227, da Constituição Federal, o qual estabelece o dever, em primeiro lugar, da Família de assegurar à criança ou adolescente o direito à educação, ficando o Estado e a sociedade em segundo plano.

Vale, ainda, mencionar o pensamento de Consuelo de Freitas Machado Martin¹⁶:

A Constituição Federal determina, em seu artigo 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da Família, devendo ser incentivada a colaboração da sociedade para que os objetivos de pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho sejam cumpridos. Ora, se a própria Constituição atribui o dever a Família de educar, porque não dar o direito da Família educar? A educação é um direito básico do cidadão e atribuí-la exclusivamente ao sistema escolar configura abuso de poder, ingerência indevida da autoridade na vida privada, desrespeito pelo liberdade de ensinar e aprender. A educação dos filhos é direito inalienável dos pais e cabe a eles a escolha de como e onde querem fazê-lo.

Assim, o constituinte originário colocou à Família o dever de prover o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para a cidadania e a qualificação para o trabalho, cabendo ao Estado uma atuação fiscalizatória e subsidiária, ou seja, cabe a ele atuar quando a Família não estiver fazendo-o a contento. Em nenhum momento o constituinte de 1988 previu a substituição do Estado no papel da Família.

¹⁶ Educação domiciliar: o direito de escolha. **Revista Eletrônica Investidura**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/rei/2011/03/educação-domiciliar-o-direito-de-escolha>>. Acesso em 06 de maio de 2011.

7 CRÍTICAS AO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO

Todos os dias, podemos ler em nossos jornais críticas ao sistema educacional oferecido no Brasil. Dentre elas, chama atenção a questão do mercantilismo educacional escolar, o qual nas palavras de Demerval Salviani¹⁷ (2003 apud RIBEIRO, 2009, p. 263), “o governo federal está mais empenhado no fortalecimento dos empresários privados da educação que vêm se constituindo, cada dia mais, nos beneficiários e, por essa mesma razão, nos verdadeiros sustentáculos da política educacional posta em prática do que na melhoria da educação do povo”.

Segundo Josenia Antunes Vieira (2004, p. 121):

[...] existe atualmente na educação um processo perverso, mais preocupado com os aspectos mercantil e gerencial do que com o aluno propriamente dito. [...] as instituições particulares gastam expressivas somas de seus orçamentos para atrair cada vez mais alunos para os seus cursos. A caça a clientes (aluno, agora, virou cliente) tem sido intensa. As instituições privadas não medem esforços para alcançar esse propósito. A competição em torno da inovação e do diferencial no ensino é traduzida por campanhas desenvolvidas nos jornais, nas ruas e, principalmente, na interação face a face.

[...] Os tempos mudaram, e o custo do ensino privado aumentou demasiadamente. Assim, as instituições de ensino fazem guerra de preços, disputando palmo a palmo o mercado. Inundam as cidades em pontos estratégicos *outdoors* com anúncios de escolas de ensino Fundamental e Médio, e, principalmente, de cursos superiores, em que o mote principal da propaganda é o baixo preço do curso. A disputa do mercado é tão acirrada que as vantagens financeiras são a chamada principal para atrair alunos¹⁸.

Outra crítica ao sistema educacional veiculada na mídia recai sobre o fato das escolas terem deixado de se preocupar com a formação do indivíduo e se voltado apenas para a transmissão de informações, com extrema competitividade e pressão por notas altas. Este quadro tem gerado “transtornos de ansiedade causados pela vida escolar”, conforme relatado pela Revista Época.

Neste ponto, conforme trazido pela referida reportagem, segundo Jorge Harada, chefe da área de Saúde Escolar da Sociedade Brasileira da Pediatria, “vivemos numa

¹⁷ SALVIANI, Demerval. A nova lei da educação: LDB – Trajetória, Limites e Perspectivas. 8ª ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

¹⁸ **O discurso mercantilista do ensino brasileiro**, trabalho apresentado na International Conference on Critical Discourse Analysis, de 05 a 08 de maio de 2004, em Valencia, Espanha. Publicado em Parte III – Discurso e Educação, em **Olhares e Análises de Discurso Crítica**, ISBN 978-85-909318-0-5.

sociedade competitiva, mas a escola não pode ser uma fábrica de pessoas em série. É preciso respeitar as singularidades de cada um”¹⁹.

A questão educacional é frequentemente abordada por Gustavo Ioschpe (2011, p. 117), o qual já colocou:

Os profissionais da educação conseguiram criar o mito ideal para escapar às suas responsabilidades: não conseguem dar conta do mínimo (transmissão de conteúdos) porque a sociedade lhes exige o máximo (a formação do indivíduo) e não conseguem dar conta do máximo porque não há como atingi-lo quando o “meio” é tão hostil às virtudes do intelecto e da alma.

Ocorre que, como bem colocado pelo referido autor, “os pais não defendem essa papel messiânico para as nossas escolas”, eles se preocupam apenas com a transmissão dos conteúdos e o encaminhamento de seus filhos no mercado de trabalho (IOSCHPE, (2011, p. 116).

Outra crítica ao modelo de ensino brasileiro refere-se à existência de um sistema único de ensino para todos. “Enquanto em países da OCDE os jovens podem escolher entre uma gama de escolas e disciplinas, no Brasil o sistema é igual para todos, maçante e enciclopédico, à revelia das diferenças e expectativas de cada um”²⁰.

Enfim, estes são apenas alguns exemplos, porquanto há críticas em todos os aspectos, seja com relação a atuação das escolas, dos professores, ao papel da família e dos pais, o mercantilismo educacional, os conteúdos transmitidos e assim por diante.

Entretanto, muito além das críticas referidas, a realidade fala mais alto do que qualquer analista.

Ressalta aos olhos o investimento feito pelo Estado Brasileiro em educação, apesar de toda previsão legislativa a respeito do tema. O Brasil, segundo dados divulgados pelo Jornal Nacional, veiculado pela Rede Globo, em 13 de setembro de 2011, investe em torno de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por aluno, enquanto nos países desenvolvidos estes números chegam ao equivalente a R\$ 12.000,00 (doze mil reais) por aluno. Tais números refletem a importância que vem sendo dada à educação em nosso país.

Além disso, os resultados obtidos no último Exame Nacional do Ensino Médio, realizado neste ano de 2011, evidenciam o nível do ensino que vem sendo ministrado pela maioria de nossas escolas públicas e particulares. Num total de 23.900 colégios

¹⁹ MENDONÇA, Martha. O ponto fraco da escola forte, reportagem publicada na **Revista Época**, de 1º de agosto de 2011, p. 93.

²⁰ VILICIC, Filipe. BORGES. Helena. É preciso preencher a cabeça deles, reportagem publicada pela **Revista Veja**, de 21 de setembro de 2011, p. 96.

avaliados, a nota média obtida não passa de 511 pontos numa escala que vai de 0 a 1000, sendo que deste total, apenas 1500 colégios ou 6% da amostra têm nível semelhante ao da média das escolas de países da OCDE (organização que reúne os países mais ricos), tendo alcançado patamares acima de 600 pontos²¹.

²¹ VILICIC, Filipe. BORGES, Helena. É preciso preencher a cabeça deles. **Revista Veja**, ano 44, n. 38, p.93, 21 de setembro de 2011.

8 ENSINO DOMICILIAR

8.1 Educação, ensino e ensino domiciliar - conceitos

Segundo o Dicionário Aurélio o vocábulo educação está associado à idéia de civilidade, polidez. Atribui, ainda, a tal vocábulo o sentido de processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano²².

Neste contexto, Émile Durkheim (1978, p. 41) considera que a educação:

é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para a vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destine.

A educação é um processo que ocorre em todos os ambientes e ao longo de toda a vida, ensina-se a comer, a falar, a dormir, até mesmo a se portar para buscar e obter conhecimento.

Por outro lado, o termo ensino é conceituado pelo Dicionário Aurélio como transmissão de conhecimentos e, sob um outro enfoque, como os métodos utilizados no processo de transmissão do conhecimento²³.

Sob este olhar, o ensino domiciliar consiste em mais um método de transmissão do conhecimento a ser utilizado para o alcance da formação e do desenvolvimento humano. Possui por peculiaridade, a liberdade de escolha de caminhos, porquanto pode ser ministrado pelos próprios pais, por professores contratados, seguir uma ou várias linhas de abordagem, observar os interesses do educando.

8.2 Contexto histórico do ensino domiciliar

O que hoje gera polêmica frente ao agigantamento estatal e a sua tomada de controle sobre o ensino e a educação, já foi o método utilizado pelo mundo afora por diversas culturas para a transmissão do conhecimento, das tradições familiares e religiosas, a fim de dar formação aos jovens.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio. O Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 334

²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio. O Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 352.

No Brasil, como o ensino, antes do século XX, não era sistematizado e nem controlado pelo Estado, existia de forma pulverizada ao longo do território nacional, com alguns núcleos educacionais criados inicialmente por jesuítas e, depois assumidos pelo Estado, como no Sistema Pombalino (RIBEIRO, 2009, pp. 185-188).

A obrigatoriedade da educação formal apresentada pelo Estado é um movimento recente, do início do século XX, o qual tinha, inicialmente, por intuito prevenir e evitar o trabalho infantil, por meio da manutenção das crianças na escola.

Conforme ensina Moacir Gadotti²⁴ (2000 *apud* RIBEIRO, 2009, p. 185), a educação no Brasil do século XX pode ser vista da seguinte forma:

Costuma-se dividir a história da educação, no Brasil, em três períodos distintos: o primeiro, de seu descobrimento até o ano de 1930, quando predominou marcadamente a educação tradicional, adultocentrista, pautada na autoridade, ou melhor dizendo, no autoritarismo do educador, eminentemente religiosa e o ensino privado; o segundo, de 1930 a 1964, em que predominam os ideais liberais na educação (surge a “Escola Nova”), a criança é o centro das preocupações e se inovam os métodos, em contraposição à estrutura tradicional; e o terceiro período, o pós-64, com uma longa fase de educação autoritária dos governos militares, prevalecendo o tecnicismo educacional. A partir de 1985, com a democratização do país, também na educação, inicia-se uma fase de transição que ainda perdura.

A educação domiciliar era praticada pelas famílias da elite brasileira, que contratavam professores de fora para educarem seus filhos. Neste ponto, João Batista Herkenhoff²⁵ (1989 *apud* MAIA, 2011, p. 38), afirma que “a Constituição de 1824 “não se ocupou muito das questões de ensino, porque, dentro do espírito que a orientou, a educação cabia, preponderantemente, à família e à Igreja”.

Neste contexto, verifica-se que a Constituição do Império de 1824, primeira no mundo a positivar os direitos fundamentais, previu o direito à educação no artigo 179, XXXII, ao dispor ser a educação primária gratuita a todos²⁶.

A Constituição de 1891, primeira do período republicano, cuidou do direito à educação no artigo 72, §6º, com um diferencial, ao prever o ensino leigo, devido ao rompimento com a Igreja Católica.

²⁴ GADOTTI, Moacir. **Perspectivas atuais da educação**. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 25.

²⁵ HERKENHOFF, João Batista. **Constituinte e educação**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 16.

²⁶ Disponível em <www.planalto.gov.br/legislacao/documentos/legislacao_historica/constituicoes_anteriores/constituicao_1824>, acesso realizado em 20 de junho de 2011.

Chama a atenção a importância dada à família no que tange ao tema educação, pela Constituição de 1934. O texto constitucional de 1934 dispunha:

Artigo 149. A educação é dever de todos e **deve ser ministrada, pela família** e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana. (*grifos nossos*)

No mesmo sentido, a Carta Política de 1937, fundadora do Estado Novo, também priorizava a família no que tange à educação dos filhos. Assim, previa:

Artigo 125. **A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais.** O Estado não será estranho a esse dever, colaborando de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da **educação particular.** (*grifos nossos*)

No entanto, vale ressaltar que o ensino domiciliar já foi reconhecido expressamente no Brasil, como ocorreu na Constituição Federal de 1946 que, com forte caráter redemocratizante, após o final do “Estado Novo”, dispôs:

Artigo 166. A educação é direito de todos e será **dada no lar** e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. (*grifo nosso*)

Neste sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1961 – Lei 4.024/61 - previa em seu artigo 30 tanto a educação formal, instituída pelo Estado, quanto a educação domiciliar:

Artigo 30. Não poderá exercer função pública, nem ocupar emprego em sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público o pai de família ou responsável por criança em idade escolar sem fazer prova da matrícula desta, em estabelecimento de ensino, **ou de que lhe está sendo ministrada educação no lar.** (*grifos nossos*)

A Constituição Federal de 1967 também tratou do tema:

Artigo 168. A educação é direito de todos e será **dada no lar** e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nas ideias de liberdade e solidariedade humana.

Já na Constituição de 1988 o ensino domiciliar deixou de fazer parte de seu texto, conforme os artigos 205 a 214.

8.3 Contexto filosófico do ensino domiciliar

No plano ideológico, a partir do século XX, após as duas Grandes Guerras Mundiais, a ideia do *homeschooling* passou a ser discutida, tendo por fonte os pensamentos de Michael Foucault, Ivan Illich e John Holt.

O pensamento de Foucault, filósofo francês, influenciou fortemente o século XX, de modo a inspirar várias análises, inclusive no plano educacional. Ele via a Idade Moderna definida pela palavra “disciplina”, instrumento de dominação e controle destinado a suprimir ou domesticar comportamentos divergentes e, via a escola como um dos locais onde era praticada a dominação²⁷.

Ivan Illich foi um sacerdote de origem austríaca, nascido em 1926 e falecido em 2002, com formação em várias áreas do saber e forte atuação dentro da Igreja Católica, junto a comunidades hispano-americanas. Foi um crítico às instituições, principalmente ao sistema educacional reinante, tendo desenvolvido nesta área obras a respeito da educação e do ensino domiciliar, como “Novas Instituições Educativas” e “Educação sem Escola”.

Illich considerava o sistema educacional do século XX burocrático, hierarquizado e manipulador, cuja função primordial era a reprodução e controle das relações econômicas. Considerava que o aluno é conduzido a crer que somente um aumento da produção é capaz de conduzir a uma vida melhor, daí vem o hábito do consumo de bens e serviços, o qual nega a expansão individual e transforma a escola num local de desigualdades e conflitos.

Entendia que a obrigatoriedade da escola leva a grandes conflitos, porquanto aqueles que não se adequam, arrastam-se ali por anos, sem aprender nada de válido, perdem a auto-estima e chegam ao mercado de trabalho despreparados e com dificuldades para nele ingressar. Daí sua crítica aos programas escolares obrigatórios, supervisionados pelas instituições.

²⁷ Michel Foucault, um crítico da instituição escolar Michel Foucault. Grandes Pensadores, **Nova Escola**, pp. 58-60. (Material fornecido pela Professora Célia Maria de Castro Almeida nas aulas de Didática do Ensino Superior, ministradas no 1º Curso de Direito Público em Campinas-SP, realizado pela Escola Paulista da Magistratura, nos anos de 2010-2011).

Uma frase pode mostrar um pouco do pensamento de Illich: “É na liberdade universal de palavra, de reunião e de informação que consiste a virtude educativa”²⁸.

Nas décadas de 60 e 70, com o pensamento de John Holt, publicado na revista “Growing without Schooling”, a idéia do *homeschooling* passou a ganhar adeptos, principalmente nos EUA. Holt foi professor e crítico do sistema educacional, pois para ele não era preciso ser professor para transmitir conhecimento. Ele entendia que professores são treinados para administrar uma classe, controlando, manipulando e classificando grande número de crianças, o que representaria uma ferramenta útil para escolas ou pessoas que trabalham em escolas, mas não para ajudar pessoas a aprender coisas (FARENGA, 1999).

8.4 Motivações e críticas relativas ao ensino domiciliar

Os adeptos do ensino em casa enunciam como razões para sua adoção: a) fatores religiosos e ideológicos; b) prevenção ou reação ao *bullying*; c) liberdade curricular ou até ausência de currículo; d) experiência com modelos de educação alternativos; e) adaptação às necessidades da criança; f) horários flexibilizados e, g) mobilidade geográfica dos pais.

De outra parte, as principais críticas a este modelo educacional recaem sobre: a) falta de socialização com crianças da mesma idade; b) limitação à aquisição do conhecimento e, c) confusão entre os papéis de professor – pai²⁹.

8.5 Casuística - tratamento dado no Brasil a famílias adeptas do ensino domiciliar

No Brasil não se tem números precisos a respeito da quantidade de famílias adeptas do *homeschooling*, fala-se entre 100 e 400. Entretanto, independentemente de números, elas ficam à margem da sociedade ou são penalizadas pelas nossas Instituições.

Um caso emblemático em nosso país relativo ao ensino no lar ocorreu na cidade de Timóteo-MG, onde um casal, Cleber e Bernadeth Nunes, optou por educar os três filhos em casa, por estarem insatisfeitos com a qualidade do ensino que os filhos vinham recebendo na escola³⁰.

²⁸ Disponível em **Educação sem Escola**. <www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/illich/>, acesso em 05 de agosto de 2011.

²⁹ Disponível em <<http://aprendersemescola.blogspot.com/2010/02/tdah-vantagens-do-ensino-domestico.html>>, acesso em 10 de abril de 2011.

³⁰ **Condenado pela justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola**. Disponível em <www.G1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>, publicado em 16 de fevereiro de 2011, acesso realizado em 12 de maio de 2011.

Os dois filhos mais velhos saíram da escola com, respectivamente, dez e onze anos e, hoje, um deles trabalha com programação de software e, o outro, atua na área de webdesigner. A filha mais nova vem sendo alfabetizada em português e inglês em casa.

Entretanto, tal atitude perante a Justiça Brasileira foi tida como abandono intelectual. O Ministério Público da pequena cidade de Timóteo-MG, onde moravam, entendeu que os pais teriam cometido a infração administrativa prevista no artigo 1.634, do Código Civil, bem como teriam infringido os artigos 22 e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso, o casal foi condenado ao pagamento de uma multa no valor de seis salários mínimos cada um (R\$ 3.600,00, cada).

Além disso, foi instaurada uma ação penal pela prática de abandono intelectual, previsto no artigo 246, do Código Penal, em razão da qual lhes foi imposta uma multa expressa em dez dias-multa, no valor de um salário mínimo, para o pai e, para a mãe, dez dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo.

Segundo a reportagem, o casal chegou a recorrer ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mas a decisão da Justiça local foi mantida, então, desistiram de interpor qualquer recurso.

A notícia traz a baila também outros casos, como o de um casal de Serra Negra, Leila Brum Ferrara e Philip Ferrara, os quais vêm sendo investigados pelo Ministério Público local, por educarem as filhas em casa. O casal já adotava este método de ensino quando moravam nos EUA e, mantiveram o mesmo sistema ao se mudarem para o Brasil.

Há, ainda, notícia de um casal do Paraná, formado pelo professor Luiz Carlos Faria da Silva e sua esposa, a pedagoga Dayane Dalquana que também optaram por educar os filhos em casa. Isto ocorreu após experiências ruins com a escola formal, tanto na rede particular, quanto na pública, onde o filho mais velho foi vítima de “bulling”.

Neste caso, o Ministério Público local chegou a obrigar o casal a rematricular os filhos na escola, mas mudou de posição, ao verificar que os problemas relatados pelo garoto não foram solucionados pela escola. Então, foi lavrado um termo de ajustamento de conduta, no qual o Poder Judiciário e o Ministério Público acompanham o desenvolvimento das crianças, por meio de provas semestrais e avaliações psicológicas feitas pelo Núcleo Regional de Educação³¹.

8.6 Argumento proibitivo ao ensino domiciliar

³¹ Disponível em <<http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2011>>, acesso realizado em 17 de fevereiro de 2011.

O E. Superior Tribunal de Justiça, ao abordar o tema em sede de Mandado de Segurança, apresentou visão técnica e entendeu, por maioria, que a pretensão relativa ao direito de educar os filhos no recesso do lar mostra-se descabida por ausência de disposição legal expressa³².

Os argumentos da posição majoritária do referido julgado foram fundamentadas nos artigos 205 e 208, §3º, ambos da Constituição Federal. Tais dispositivos dispõem:

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

Artigo 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

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

Além destes dispositivos, a posição contrária ao ensino domiciliar baseou-se ainda em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e do Código Penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, dispõe:

Artigo 55 – Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular os filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Artigo 129 – São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis: [...] V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e acompanhamento escolar.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/96, estabelece:

Artigo 24 – A educação básica, nos níveis fundamentais e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: [...]

VI – o controle da frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a

³² MS n. 7.407/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 24 de abril de 2002. www.stj.jus.br, acesso realizado em 10 de abril de 2011.

freqüência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação.

O Código Penal prevê, ainda, o delito de Abandono Intelectual, nos seguintes termos:

Artigo 256 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Estes são os fundamentos legais contrários ao ensino domiciliar, encampados pelo Superior Tribunal de Justiça em sua decisão.

8.7 Tratamento do ensino domiciliar no mundo

No âmbito do direito comparado, é possível verificar que em vários países o ensino domiciliar é admitido, como Canadá, Inglaterra, México, Espanha, França, Estados Unidos, Portugal, Irlanda. Há dados no sentido de haver mais de dois milhões de adeptos no mundo³³.

Neste ponto, chama a atenção à forma como o tema é encarado nos Estados Unidos da América, onde o ensino domiciliar não é tratado na Carta Constitucional, entretanto, consiste numa prática legalmente admitida nos cinquenta Estados, cujos adeptos representam 2,9% da população do país³⁴.

Observa-se que em cada um dos Estados americanos a matéria é disciplinada de uma forma diferente, indo da mais ampla liberdade de ação à mais rígida regulamentação de currículos, carga horária, qualificação profissional dos pais, inspeção e aferição de rendimento, o que impõe um maior ou menor controle estatal sobre a atividade dos pais.

Vale ressaltar com relação a este país, inclusive, já ter sido o tema abordado pela Suprema Corte, onde há precedentes favoráveis ao ensino domiciliar ou *homeschooling*, como ali é tratado.

No caso **Winsonsin v. Yoder**, 406 US:205 (1972), a Suprema Corte americana entendeu que “o Estado não pode forçar o indivíduo a ir para a escola, quando ela interfere nas suas crenças religiosas”.

³³ Disponível em <<http://g1.globo.com/vestibular/0,,MUL1342858-5604,00-CAMARA+DEBATE+PROJETO+QUE+PRETENDE+LEGALIZAR+ENSINO+DOMICILIAR+NO+PAIS.html>>, acesso em 28 de junho de 2011.

³⁴ Disponível em <www.wikipedia.org>, acesso em 20 de junho de 2011.

Trata-se de um caso onde algumas famílias tinham a intenção de criar seus filhos estritamente de acordo com os preceitos bíblicos e a convivência escolar prejudicava os valores buscados por elas. Então, foi admitido o direito de escolha dos pais com relação à forma de educação de seus filhos, sem que tivessem de se submeter à educação formal oferecida pelo Estado.

Outro caso que chama a atenção para a forma como o direito à educação é versado naquele país, é o caso **Meyer v. Nebraska**, 262US390, onde a Suprema Corte americana julgou inconstitucional uma lei do Estado de Oregon, a qual impunha aos pais ou guardiões de crianças entre 08 (oito) e 16 (dezesseis) anos, o dever de enviar as crianças para a escola pública, sob pena de responsabilidade criminal. Tal lei foi considerada, pela Suprema Corte, invasiva ao direito dos pais de conduzir a educação dos seus filhos³⁵.

Além disso, conforme ressaltado pelo Deputado Distrital Wilson Lima, na justificção do Projeto de Lei n. 1.647/2000, “nos Estados Unidos, por exemplo, onde há 5 anos 12% da população era a favor da educação domiciliar, a mesma pesquisa realizada recentemente revelou que hoje 47% das famílias são favoráveis ao sistema de ensino domiciliar”.

Ressalte-se, ainda, que segundo a justificativa ao Projeto de Lei n. 1.647/2000, “para se ter uma idéia do que está acontecendo nessa área, na Espanha, onde a frequência à escola é obrigatória até os 16 anos, um tribunal deu sentença favorável aos pais que ensinavam em casa ao filho de sete anos”.

A referida justificativa ressalta, ainda, que “na Alemanha escola em casa é ilegal, mas várias famílias processadas judicialmente e multadas foram, entretanto, autorizadas a dar continuidade à educação dos filhos domiciliarmente”.

Em Portugal, o ensino domiciliar é tratado no Decreto-lei n. 553/80, publicado no Diário da República n. 270, Série I de 1980-11-21, o qual admite esta forma educacional e prevê a realização de exames de equivalência à frequência nos 2º e 3º Ciclos, após o 6º e o 9º anos. Após o 9º ano, os alunos domésticos também deverão inscrever-se nos exames nacionais de Língua Portuguesa e de Matemática, tal como os demais, a única diferença é que os alunos que seguem o sistema formal de ensino são inscritos pela escola, enquanto os alunos domiciliares são inscritos pelos pais ou responsáveis³⁶.

8.8 Diplomas Internacionais sobre o tema

³⁵ Disponível em <www.wikipedia.org>, acesso em 28 de julho de 2011.

³⁶ Disponível em <www.wikipedia.org>, acesso em 20 de junho de 2011.

No plano internacional, verifica-se que alguns diplomas disciplinam a matéria relativa à educação e conferem um parâmetro de como ela deve ser tratada pelos países.

É o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento criado no pós-guerra, aprovada em dezembro de 1948 pela Assembléia-Geral da ONU (Resolução 217-A), com 40 (quarenta) votos e 08 (oito) abstenções, o qual dispõe:

Artigo 26

§1º Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como à instrução superior, esta baseada no mérito.

§2º A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

§3º **Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.** (grifos nossos)

Segundo Celso Bastos (1994, p. 161), “do ponto de vista estritamente jurídico, a Declaração não é senão uma Resolução, cujo conteúdo não pode tornar-se obrigatório para os Estados, a não ser quando ele é retomado sob a forma de uma convenção ou pacto entre eles firmado”.

Ocorre, entretanto, que não há como ignorar o caráter e a intenção ética da referida declaração e dos países aderentes. Neste sentido, Flávia Piovesan (1998, p. 98) ressalta:

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelo Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

No mesmo ano de 1948, em abril, foi aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual dispõe em seu artigo 12 que, “toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da **liberdade**, moralidade e solidariedade humana” (grifos nossos).

Além disso, no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA, a matéria é versada na Convenção Americana dos Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no Brasil desde 09 de novembro de 1992. Esta aborda a matéria nos seguintes termos: “Artigo 12.4 – Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Neste ponto, José Francisco Rezek (1998, p. 161) explicita:

No estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado Soberano à sua revelia. Destarte, sem prejuízo de sua congênita e inafastável internacionalidade, deve o tratado compor, desde quando vigente, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte.

Cumprido ressaltar que, o papel dos tratados internacionais no âmbito nacional é matéria tratada no §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal dispositivo remete à ideia de “bloco de constitucionalidade” e, segundo Gilmar Mendes (2008, p. 270), ressalta o sistema aberto de direitos fundamentais adotado pelo nosso país, de modo que:

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista [...]. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

Além disso, de acordo com José Carlos Francisco³⁷, o §3º, acrescido ao artigo 5º, da Constituição Federal estabelece que os tratados internacionais de direitos

³⁷ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. LENZA, Pedro. TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, p. 104.

humanos validamente editados antes de 08 de dezembro de 2004 têm a mesma hierarquia das normas constitucionais (2005 *apud* MAIA, p. 97).

8.9 Projetos de lei relativos ao ensino domiciliar

No âmbito do Poder Legislativo, o tema do ensino domiciliar já foi tratado nos Projetos de Lei n. 6.001/2001, 6.484/2002, 3.518/2008 e 4.122/2008, bem como no Projeto de Emenda Constitucional - PEC n. 444/2009.

Chama a atenção os termos nos quais foi lavrado o Projeto de Lei n. 6.484/2002, de autoria do Deputado Federal Osório Adriano. Tal projeto admite o ensino domiciliar, com a orientação e supervisão das escolas, por meio de orientadores educacionais. Estabelece a responsabilidade da família, com avaliações do estudante e, caso o seu desempenho não seja satisfatório, prevê o cancelamento do regime domiciliar de ensino. Para os pais poderem ter acesso a este método de ensino, o projeto determina a comprovação de formação e tempo compatível por parte dos pais.

O Projeto de Lei n. 3.518/2008, da lavra dos Deputados Henrique Afonso e Miguel Martini propõe alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei n. 9.394/96 - a LDB, de modo a admitir e reconhecer tal modalidade de educação no nível básico, a ser ministrada no lar pela própria Família ou por guardiões legais. Este projeto também prevê que os pais deverão se valer de uma escola regular “como base anual para avaliação do progresso educacional” do educando e responsabilizar-se-ão pelo rendimento do aluno nas avaliações.

Caso as notas nos testes básicos de leitura, escrita e matemática da criança ou adolescente não alcancem o mínimo do rendimento escolar nacional, a licença concedida para a educação em casa será transformada em temporária no final do ano, concedendo-se aos pais ou guardiões mais um ano escolar a título de recuperação. Caso não surta efeito, a licença para educar em casa será cancelada e a criança deverá frequentar a escola regular no seguinte ano escolar.

Há, ainda, um projeto de emenda constitucional – PEC n. 444, apresentado em 2009, de autoria do deputado federal Wilson Picler, o qual autoriza o ensino domiciliar a crianças entre 04 e 17 anos de idade. Tal projeto acrescenta um §4º ao artigo 208 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

§4º - O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade

obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.

Entretanto, os mencionados projetos de lei e de emenda constitucional acabaram por ser arquivados.

8.10 Possibilidade do ensino domiciliar no estado atual da legislação brasileira

Na esteira dos votos vencidos proferidos pelos Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina, do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança n. 7.407/DF³⁸, verificamos a possibilidade da escolha do ensino domiciliar no atual estágio da legislação brasileira.

Os referidos votos vão muito além da interpretação estritamente legalista para, numa visão sistemática, admitir o referido direito de escolha dos pais.

O primeiro dos ministros acima mencionados baseia o seu posicionamento favorável à opção do ensino domiciliar nos princípios constitucionais, especialmente na “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, bem como na finalidade da educação, qual seja, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Neste sentido, o Ministro Franciulli Netto explicita:

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

Apoiado no artigo 226, § 7º, relativo ao planejamento familiar; no artigo 227, definidor dos deveres da família, da sociedade e do Estado para com as crianças e no artigo 229, relativo aos deveres dos pais com relação aos filhos menores, o referido ministro aduz:

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

Dessarte, o conteúdo das normas constitucionais disciplinadoras do direito à educação deve ser investigado em consonância com os preceitos relativos à

³⁸ MS 7407/DF, julgado em 24 de abril de 2002. Disponível em <www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 20 de julho de 2011.

família, de maneira a evitar qualquer contradição. Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicos.

Em continuidade ao seu raciocínio, o referido ministro cita Ives Gandra da Silva Martins³⁹, nos seguintes termos:

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

Além disso, assevera o Ministro Franciulli Netto:

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

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

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

Mais adiante, o Ministro afirma:

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

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

³⁹ Ives Gandra da Silva Martins, in “**Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural**”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

[...] O corolário daí decorrente é o de que, como a responsabilidade primeira da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito.

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

Ao citar Jacques Maritain explica o referido voto:

“A educação depende, antes e acima de tudo, da família. Pois o fim da família não é apenas procriar, - a promiscuidade seria bastante para isso -, mas procriar seres humanos, educando-os não só física mas espiritualmente. Sob várias modalidades e formas, por toda parte e em todos os tempos, tiveram os homens consciência dessa exigência da lei natural. Eis por que a função do sistema educativo e a função do Estado são apenas funções auxiliares”.

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

Nesta mesma linha de raciocínio, o Ministro Paulo Medina esclarece, no que tange à frequência escolar que:

Estabelece a Carta Magna, por outro lado, a tarefa estatal de zelar junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola dos educandos no ensino fundamental. [...] A afirmação permite inferir que o termo “zelar”, no dispositivo constitucional, deve ser tomado como um dever estatal de diligenciar e propiciar os meios e condições aos administrados, especificamente os pais e educandos, para que estes últimos possam frequentar a escola.

Esclarece, ainda, o Ministro Paulo Medina em seu voto, o caráter da norma contida no §3º, do artigo 208, da Constituição Federal:

A norma contida no §3º do artigo 208, nesse diapasão, não pode ser entendida, em hipótese alguma, como obrigatoriedade ou exigência inafastável de frequência dos menores às aulas da escola regular, senão que o Estado deve propiciar os meios e incentivar essa frequência, sob pena de ofensa às liberdades consagradas.

A Constituição não erige, no que concerne à educação, restrição expressa ao direito fundamental de liberdade, especificamente a liberdade de aprendizado [...].

Se o método escolhido prescinde da frequência à escola regular e, não obstante, alcança os fins fixados na norma, é válido e está em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. (grifos nossos)

Ainda, o referido Ministro ressalta o cabimento da interpretação conforme no presente caso, a fim de valorizar a liberdade individual, “não nos moldes imperantes na época do Liberalismo, mas uma liberdade responsável e condicionada pelo bem comum”.

Esclarece, por fim:

A função de educar compete à família. Ao Estado reserva-se a missão de tutela e ajuda na consecução deste direito-dever. [...]

Cumprindo a família, de forma excelente, como comprovado no caso dos autos, a obrigação de prover à educação dos filhos, afasta-se a necessidade de interferência comissiva do Estado, que deve se limitar à fiscalização das atividades dessa entidade social, para garantia da efetivação dos fins constitucionalmente fixados.

Assim finaliza seu voto e acompanha a posição no sentido da primazia do direito de liberdade de escolha familiar no que tange aos caminhos educacionais a serem adotados para sua prole.

8.10.1 Educação e frequência escolar

A necessidade de controle da frequência escolar é prevista no §3º, do artigo 208, da Constituição Federal e aduzida como um dos argumentos inviabilizadores do ensino domiciliar. Ocorre, entretanto, que existe entendimento no sentido de que tal disposição é destinada apenas ao Estado.

Neste ponto vale ressaltar o bem lançado parecer do Ministério Público Federal, nos autos do MS n. 4.707/DF, da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Augusto César, o qual afirma que o sistema consagrado no Capítulo III, Seção I, Título VIII, da Constituição Federal vincula o Estado, é voltado para ele, mas não os pais. Como exemplo coloca o artigo 206, inciso I, o qual assegura a igualdade de acesso e permanência na escola, cujo conteúdo se dirige ao Estado e não aos pais⁴⁰.

Assevera, o referido parecer ministerial, que a regra impositiva da obrigatoriedade da educação tem como inspiração teleológica a profilaxia do desleixo estatal, relativamente à educação e ganha eficácia somente nos locais em que a oferta de vagas seja inferior ao número de crianças em idade escolar.

⁴⁰ MS n.7.404/DF. Disponível em <www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 20 de junho de 2011.

No caso do ensino domiciliar, o Ministério Público Federal, na referida manifestação, explicita que as normas constitucionais mostram-se dispensáveis quando a própria estrutura familiar supre o que é oferecido pelo sistema formal de ensino. Afirma, então, que nestes casos os pais ficam plenamente livres da obrigação de mandar os filhos para a escola.

Realmente, a frequência escolar é um critério de controle estatal usada, dentre outras funções, na política assistencialista do governo, em programas como Renda Mínima, disciplinado pela Lei 10.219, de 11 de abril de 2001, cujo artigo 2º dispôs:

Artigo 2º - A partir de 2001, a União apoiará programas de garantia de **renda mínima** associados a ações socioeducativas, que preencham cumulativamente, os seguintes requisitos: [...]

II – tenham como beneficiárias as famílias residentes no Município, com renda familiar “per capita” inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício e que possuam sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, **matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento.** (grifos nossos).

No programa governamental Bolsa-Família, previsto na Lei n. 10.836, de 09 de setembro de 2004, também é admitida a transferência de renda às famílias pobres que assumam o compromisso de matricular e garantir a permanência das crianças e jovens na escola.

Além disso, é preciso lembrar que, os índices relacionados à educação, dentre eles alfabetização, faixa etária, diminuição da evasão escolar e frequência escolar, juntamente com outros índices, são considerados para medir o grau de desenvolvimento de um país, o chamado IDH – Índice de Desenvolvimento Humano. Eles são relevantes para admitir um país dentre o grupo dos mais desenvolvidos ou não.

É por meio da avaliação de tais índices que, a ordem internacional estabelece medidas a fim de que o país que não apresentar resultados satisfatórios possa evoluir e, então, alcançar melhores posições. Isto repercutirá no seu acesso a créditos, mercados ou grupos econômicos ou sociais.

Esta preocupação mundial resultou na Declaração Mundial sobre Educação para Todos, assinada em 05 de março de 1990, em Jomtien, na Tailândia, ratificada

pelo Brasil em 2000. Tal declaração foi um marco necessário para impor aos países a destinação de recursos à educação.

Ela previu, no seu artigo 9º, um plano de metas com disposição específica a respeito da mobilização de recursos, visando aperfeiçoar capacidades gerenciais, analíticas e tecnológicas. Chama a atenção para a previsão relativa à solidariedade e cooperação internacional para a obtenção destes recursos para o financiamento educacional.

Assim, a matrícula e permanência na escola são aspectos formais do que vem sendo feito em termos de educação num país, o que é relevante para o Estado, seja no plano interno, quanto no externo.

CONCLUSÃO

Os temas tratados neste trabalho – Liberdade e Educação – caminham juntos, estão intimamente relacionados, porquanto um conduz ao outro: o conhecimento liberta e a liberdade impinge ao conhecimento. Numa visão Kantiana, a educação pauta a liberdade e o exercício desta permite a manifestação do espírito crítico, o exercício do livre arbítrio e, mais que tudo isto, o respeito à dignidade humana.

A educação é o pressuposto para o exercício de qualquer direito, bem como para o alcance da tão almejada dignidade humana. Ocorre que dignidade não significa apenas fornecer os mínimos existenciais, ela abrange também o respeito ao indivíduo no mais íntimo de seu ser, na sua vontade, na sua liberdade de escolhas, no seu livre arbítrio, na sua busca à felicidade.

E, felicidade não é algo que se impõe por meio de leis, mas é algo que se alcança por meio do espírito, da sua livre manifestação, por meio dos esforços próprios para tanto. Nada representa mais a finalidade precípua do Estado do que ser o viabilizador, o propulsor do exercício do direito à felicidade, ainda que a busca desta se dê por meio da escolha da forma de ensino a ser adotada pelas famílias para a formação de seus filhos.

Ocorre que depois de alguns séculos de luta em prol do combate ao totalitarismo, na busca da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana, ainda nos vemos tendo de ressaltar que a liberdade deve ser respeitada, mantida e apenas dosada.

Num Estado que se diz democrático, tal colocação nem sequer precisaria vir à baila, tendo em vista que a liberdade e o poder de escolha do indivíduo deveriam ser as vigas mestras de todo o ordenamento e interpretação jurídica, à qual apenas caberia tecer parâmetros para o seu exercício.

Entretanto, quando o indivíduo é diminuído perante o agigantamento estatal, sua vontade passa a ser desconsiderada, face à prevalência da necessidade de preservação do ente público e, assim, surgem desvios injustificáveis.

É isto que vemos no Brasil com relação ao ensino e, no âmbito deste trabalho, com o ensino domiciliar. A liberdade de escolha do indivíduo e de sua Família com relação à forma com a qual o ensino será ministrado é subestimada, em prol da imposição educacional do Estado, a qual nem sequer apresenta resultados satisfatórios para o sistema de ensino por ele proposto e ofertado.

Pelo contrário, impõe-se ao cidadão um sistema de ensino vetusto, cujos resultados são insatisfatórios, onde há violência e descaso ao aluno, ao professor e à sociedade e se relega, muitas vezes, à marginalidade aquelas Famílias que optam por assumir de forma plena a educação de seus filhos.

Não há como se negar reconhecimento há uma forma de ensino formadora de tantas gerações de escritores, cientistas, músicos, artistas. Por outro lado, não é possível que um método já considerado regra, venha a ser colocado na ilegalidade, somente pelo fato de o Estado ter abarcado para si o sistema educacional.

Obviamente, tudo isto veio de um contexto de abusos, como os decorrentes da Revolução Industrial e da exploração do trabalho infantil, o que fez com que a legislação enrijecesse, no século XX, e passasse a olhar para as crianças, de modo a impor a sua matrícula escolar.

Entretanto, não há como se impor, em pleno século da informação, formalismo e rigidez excessivos, especialmente no que tange à educação, porquanto como já dito ela não se restringe aos bancos escolares. Ela está em toda parte e, principalmente, na Família.

Então, vem a questão, por que não confiar à Família a escolha da forma com que a educação será transmitida a seus filhos, por que subestimar o seu preparo e a sua aptidão para tanto. Tal possibilidade de escolha consiste num direito natural do indivíduo e de sua Família, decorrente do direito de liberdade.

Não se pretende aqui a liberdade sem limites, tendente à libertinagem, porquanto esta perdeu o sentido com o Pacto Social. Direitos e deveres são faces da mesma moeda, caminham juntos e assim deve ser, principalmente, no plano educacional.

Assim, a admissão do direito de liberdade de escolha da forma com que a educação será transmitida implica obviamente em deveres, seja tal educação ministrada no modo formal – público ou privado – ou informal, como no ensino domiciliar. O que realmente aqui importa não é a forma, mas sim o conteúdo absorvido e a efetiva formação do cidadão.

Isto deve ser aferido em qualquer forma de ensino, com as devidas responsabilidades perante os desvios existentes.

Não faz sentido, famílias serem colocadas na marginalidade por terem optado pelo ensino domiciliar, enquanto o Estado marginaliza as pessoas com um ensino formal de baixa qualidade, onde a alfabetização tem ocorrido somente após quatro anos escolares, onde as escolas são palco de violência, de desrespeito a professores e alunos. Isto sim é que deveria ser marginalizado.

Ressalta aos olhos o resultado de uma cultura de formalismo e de apego excessivo às leis, a qual faz com que nossos operadores do direito vejam como abandono intelectual, sujeito a sanções de ordem civil, penal e administrativa, aquilo que em muitos países é visto como privilégio em termos de amor, atenção e respeito dos pais para com seus filhos.

No Brasil, o direito de liberdade do indivíduo com relação à opção educacional a ser adotada esbarra numa interpretação legislativa que não supre e nem satisfaz, no aspecto da qualidade e do desenvolvimento almejado hodiernamente.

No caso da liberdade de escolha da forma de ensino, como ocorre muitas vezes no nosso país com relação a outras questões, a solução do problema é lançada para o plano legislativo, para a dependência de uma alteração legislativa permissiva da sua adoção. Então, vem a questão, será que realmente existe esta dependência legislativa, que faz com que somente uma alteração no sistema legal vigente possa viabilizar o exercício de tal liberdade?

A solução encontrada pelos Ministros Paulo Medina e Fanciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça, parece indicar não ser este o caminho. Pelo contrário, eles conseguem reconhecer o tal direito de liberdade no estágio atual de nosso ordenamento, apenas mediante a utilização de técnicas de interpretação e valores, nos quais se primazia o indivíduo e a Família, nos quais o Estado atua como um ente de suporte e fiscalização.

Tal solução caminha em paralelo com aquela adotada pela Suprema Corte Norteamericana, cujos julgados privilegiam a liberdade de escolha das famílias no que tange à educação de seus filhos, em detrimento das imposições estatais.

Vale asseverar a pertinência desta interpretação, em vários aspectos deste trabalho, especialmente, perante as escusas de consciência. Neste ponto, é possível aferir que a possibilidade de escolha do ensino domiciliar, em casos cuja matrícula no sistema formal de ensino cause transtornos de ordem psicológica, ideológica ou até física para o cidadão, o que é viável, sem representar uma afronta à imposição da matrícula escolar. Seria a exceção a confirmar a regra.

Da mesma forma que o sistema admite a escusa de consciência, de modo expreso, para o serviço militar, desde que com o cumprimento de serviço alternativo, por que não admiti-la para o ensino domiciliar, com a obrigação de se comprovar o desenvolvimento de conteúdos de ordem educacional, psicológica e social do educando?

A resposta a tal questão está muito mais a cargo de um esforço interpretativo, como já dito, do que de um esforço de ordem legislativa. Seria o abandono do papel de Estado-provedor e impositor para a assunção do papel de Estado-fiscalizador.

É sabida, conforme já mencionado, toda preocupação e atuação mundial no sentido do combate ao trabalho infantil e à evasão escolar. O que se busca aqui não é ir contra toda a ordem de evolução das coisas, mas sim expandir tal evolução, para confiar ao indivíduo o seu próprio caminho, a sua própria escolha, o exercício de sua independência.

Ocorre que o próprio mercantilismo educacional impõe obstáculos a tal exercício de liberdade e norteia o papel do legislador, face ao não interesse em qualquer alteração legislativa de ordem a admitir o ensino domiciliar.

Entretanto, tal rigidez interpretativa deve ceder lugar à liberdade de escolha e se esta for pelo ensino domiciliar, que esta liberdade seja exercida, mas com o acompanhamento estatal, por meio de avaliações e fiscalização do conteúdo apresentado e, principalmente, da formação assimilada.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. Tutela e efetividade constitucional do direito à liberdade. **Revista do Ministério Público**, n. 13, jan./jun. 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição do Império de 1824**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição Republicana de 1891**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição Republicana de 1934**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição Republicana de 1937**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição Republicana de 1946**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição Republicana de 1967**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação/documentos históricos](http://www.planalto.gov.br/legislação/documentos%20históricos)>. Acesso em 13 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BRASIL. **Lei 10.219**, de 11 de abril de 2001. <[www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias/2001](http://www.planalto.gov.br/legislação/leis%20ordinárias/2001)>. Acesso em 10 de julho de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. MS 7407/DF. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, Acórdão de 24 de abril de 2002. **DJ**, Brasília, 21 mar. 2005, p. 203. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=7407&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3> . Acesso em: 20 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Recurso Extraordinário nº 62.388 – RS. Relator: Ministro Adalício Nogueira. Brasília, Acórdão de 26 de agosto de 1970. **RTJ**, Brasília, n.56, t. 2, p. 508, 1981.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE n. 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, Acórdão de 3 de dezembro de 2008. **DJe**, Brasília, n. 104, 5 jun. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Acórdão de 16 de setembro de 1999. **DJ**, Brasília, 12 maio 2000. p. 20. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2ENUM E%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 jun 2011.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis_ordinárias/2011>. Acesso em: 13 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76.060/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, Acórdão de 31 de março de 1998. **DJ**, Brasília, 15 maio 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2876060%2ENUM E%2E+OU+76060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teorial geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DURHKEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

EDUCAÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da Língua Portuguesa. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 334.

ENSINO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da Língua Portuguesa. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 352.

ENSINO DOMICILIAR. Wikipédia. <www.wikipedia.com.br>. Acesso em: 02 de agosto de 2011.

FARENGA, Patrick. **John Holt and the origins of contemporary homeschooling**. 1999. Disponível em: < <http://mhla.org/information/resourcesarticles/holtorigins.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Michel Foucault, um crítico da instituição escolar. *Grandes Pensadores 2*, **Nova Escola**, pp. 58-60. (Material fornecido pela Professora Célia Maria de Castro Almeida nas aulas de Didática do Ensino Superior, ministradas no 1º Curso de Direito Público em Campinas, realizado pela Escola Paulista da Magistratura).

- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT**: comentadas para trabalhos científicos. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- IOSCHPE, Gustavo. A tensa relação entre famílias e escolas. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2229, v. 44, n. 32, pp. 116-117, 10 ago. 2011.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAIA, Maria Cláudia. **A proteção constitucional do direito à educação**: os instrumentos jurídicos para sua efetivação. São Paulo: Porto de Idéias, 2011.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTIN, Consuelo de Freitas Machado. **Educação domiciliar**: o direito de escolha, Disponível em: <<http://investidura.com.br>>. Acesso em: 2 agosto de 2011.
- MEIRELES, Cecília. **Romance XXIV ou da Bandeira da Inconfidência**. Disponível em: <www.releituras.com.br>. Acesso em: 15 agosto de 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Martha. O ponto fraco do ensino forte. **Revista Época**, n. 689, de 1º agosto de 2011.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da educação no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 21, pp. 47-52, de 2 de fevereiro de 2009.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Direito educacional**: educação básica e federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **A educação**: conceito e relevância. São Paulo: Verbatim, 2010.

VIEIRA, Josenia Antunes. **O discurso mercantilista do ensino brasileiro**, trabalho apresentado na International Conference on Critical Discourse Analysis, de 05 a 08 de maio de 2004, em Valencia, Espanha. Publicado em Parte III – Discurso e Educação, em **Olhares e Análises de Discurso Crítica**, ISBN 978-85-909318-0-5.

VILICIC, Filipe. BORGES. Helena. É preciso preencher a cabeça deles. **Revista Veja**, ano 44, n. 38, p. 92-96, 21 de setembro de 2011.