

UNIVERSIDADE DE UBERABA
RENATO DE ALMEIDA MARTINS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE ENSINO
DOMICILIAR SOB A ÓTICA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF A
PARTIR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888815/RS/2018**

UBERABA, MG

2020

RENATO DE ALMEIDA MARTINS

A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE ENSINO
DOMICILIAR SOB A ÓTICA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF A PARTIR
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888815/RS/2018

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade de Uberaba como requisito parcial de avaliação para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Giseli Cristina do Vale Gatti

UBERABA, MG

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pela oportunidade de estar aprendendo e evoluindo nas dificuldades e nas alegrias.

Agradeço à minha família pelo apoio nessa aventura que precisa de tanta dedicação.

Agradeço em especial à Simone meu amor por me incentivar a voar e me potencializar sempre para o bem e para o melhor.

Agradeço aos meus filhos Manuela e Pedro pela alegria de aprender e amar todos os dias intensamente.

Agradeço à professora Giseli pela paciência e pelos ensinamentos.

Agradeço a todos que contribuíram nessa caminhada.

“O homem não é nada além daquilo que a educação faz dele”

/ Immanuel Kant

RESUMO

A presente pesquisa foi realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Uberaba, curso de mestrado, vinculado à linha de pesquisa, “Processos Educacionais e seus Fundamentos,” e tem como objeto de estudo o fenômeno da Judicialização da Educação e, como recorte documental, o acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar. A pesquisa tem como objetivo geral investigar o direito do educando de 4 a 17 anos ao ensino domiciliar como alternativa ao ensino escolarizado. Tem-se como objetivos específicos, contextualizar o Direito à Educação enquanto Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo, conhecer o Direito à Educação nas Constituições brasileiras, entender o fenômeno da Judicialização da Educação, os instrumentos garantidores que permitem concretizar os direitos educacionais pela via judicial e os fundamentos constitucionais envolvidos no fenômeno do Ativismo Judicial em matéria educacional. Por fim, buscou-se analisar o acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar. A pesquisa se desenvolve seguindo a seguinte problematização: o ensino domiciliar é permitido pela Constituição? Como hipótese de pesquisa, procura-se constatar que a Constituição não proíbe o ensino domiciliar, mas ele somente poderá ser implementado como Direito Público Subjetivo quando a lei o regulamentar. O processo de investigação contou com pesquisa bibliográfica e documental, sendo as principais referências bibliográficas as contribuições de Bobbio (1998 e 2004), Silva (2007), Alexy (1999 e 2005), Duarte (2004 e 2007), Cury (1998, 2002, 2002b, 2005, 2007, 2007b e 2009), Luciano Dutra (2016), Ramos (2010), Cellard (2008), Atienza (2005), Grau (2009) e Habermas (2005). Como resultado, constata-se não haver proibição tampouco autorização expressa na Constituição quanto ao ensino domiciliar e, ao realizar ponderação acerca da Educação como sendo, ao mesmo tempo, Direito Individual, Social e Coletivo, o STF entendeu ser o ensino domiciliar constitucional. Contudo, a sua viabilização depende de regulamentação em lei pois o Poder Judiciário não pode realizar essa regulamentação sob pena de avançar indevidamente sobre as funções do Poder Legislativo, configurando-se Ativismo Judicial excessivo.

Palavras-chave: Ensino Domiciliar. Judicialização da Educação. Direito à Educação. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This research was carried out within the scope of the Graduate Program in Education at the University of Uberaba, a master's course, linked to the line of research, "Educational Processes and their Foundations," and its object of study is the phenomenon of the Judicialization of Education and, as a documentary excerpt, the judgment that judged Extraordinary Appeal No. 888815 / RS / 2018 in which the STF deals with the constitutionality of home education. The general objective of the research is to investigate the right of students aged 4 to 17 to home education as an alternative to school education. Its specific objectives are to contextualize the Right to Education as a Fundamental Right and Subjective Public Law, to know the Right to Education in the Brazilian Constitutions, to understand the phenomenon of the Judicialization of Education, the guaranteeing instruments that allow the realization of educational rights through the judicial and the constitutional foundations involved in the phenomenon of Judicial Activism in educational matters. Finally, we sought to analyze the ruling that judged Extraordinary Appeal No. 888815 / RS / 2018 in which the STF deals with the constitutionality of home education. The research is developed according to the following problematization: is home education permitted by the Constitution? As a research hypothesis, we seek to verify that the Constitution does not prohibit home education, but it can only be implemented as a Subjective Public Law when the law regulates it. The investigation process included bibliographic and documentary research, the main bibliographic references being the contributions of Bobbio (1998 and 2004), Silva (2007), Alexy (1999 and 2005), Duarte (2004 and 2007), Cury (1998, 2002, 2002b, 2005, 2007, 2007b and 2009), Luciano Dutra (2016), Ramos (2010), Cellard (2008), Atienza (2005), Grau (2009) and Habermas (2005). As a result, it appears that there is no prohibition or express authorization in the Constitution regarding home education and, when considering Education as being, at the same time, Individual, Social and Collective Law, the Supreme Court understood it to be constitutional home education. However, its feasibility depends on regulation in law because the Judiciary Power cannot carry out this regulation under penalty of unduly advancing on the functions of the Legislative Power, configuring excessive Judicial Activism.

Keywords: Home Education. Judicialization of education. Right to education. Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------------|---|
| CPC | Código de Processo Civil |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil. |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| Objeto de pesquisa | 14 |
| Objetivo geral..... | 14 |
| Metodologia..... | 14 |
| CAPÍTULO I: DIREITO À EDUCAÇÃO: CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO | 17 |
| 1.1 Direitos Fundamentais: panorama histórico e filosófico | 17 |
| 1.2 O estudo da Educação enquanto Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo..... | 38 |
| 2 CAPÍTULO II: O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO | 45 |
| 2.1 A trajetória dos direitos educacionais no ordenamento constitucional brasileiro..... | 45 |
| 2.2 A educação na Constituição de 1988..... | 57 |
| 2.3 A judicialização da educação..... | 73 |
| 2.3.1 Garantias fundamentais e seus instrumentos constitucionais, normas constitucionais de eficácia plena e cláusulas pétreas | 73 |
| 2.3.2 Separação de poderes e as questões financeiras da reserva do possível..... | 79 |
| 3 CAPÍTULO III: ESTUDO DE CASO: ENSINO DOMICILIAR. INVESTIGAÇÃO DO ACÓRDÃO EMITIDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888815/RS | 87 |
| 3.1 – Escolha do tema de Repercussão Geral: ensino domiciliar..... | 87 |
| 3.2 - Métodos para a condução da Análise Documental..... | 89 |
| 3.3 – Relatório da questão discutida – Tema 822 – ensino domiciliar | 96 |
| 3.4 - Fundamentos utilizados – Tema 822 – ensino domiciliar | 97 |
| 3.5 Comandos decisórios – Tema 822 – ensino domiciliar | 154 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 159 |
| REFERÊNCIAS | 166 |
| LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS JURÍDICOS | 172 |

INTRODUÇÃO

A Educação possui relevância notória e inquestionável para a humanidade. Por tal razão, o direito vem protegendo-a contribuindo na busca para que todo indivíduo receba uma determinada Educação tida como essencial para a formação do ser humano enquanto individualidade e ser social. Por óbvio, nem tudo o que diz respeito à Educação é protegido pelo direito, mas tão somente o que o corpo social organizado na forma de Estado, numa determinada época, decide que deve ser assegurado e disponibilizado para que o membro dessa sociedade possa existir e se constituir enquanto indivíduo (personalidade) e cidadão (na sociedade).

Nesse sentido, com o decorrer da história, a Educação se firma cada vez mais como direito do homem, mas foi sob o governo dos estados modernos que gradualmente foi se consolidando nos ordenamentos jurídicos das nações (MARSHALL, 1967), ganhando relevância ontológica e jurídica, nos aspectos teórico-normativo e prático-concreto, este último, ainda timidamente, já que há muito a se progredir no campo da efetivação e universalização os direitos educacionais.

Já no início da era moderna (final do século XV) e, principalmente durante o liberalismo implementado pelas revoluções liberais (séculos XVIII e XIX), a Educação já era considerada essencial para o funcionamento do novo modelo de estado cujo governo passa a ser exercido pelo cidadão e não mais pelo monarca, como era antes na Era Feudal (LOCKE, 2012). A Educação então era vista como instrumento de construção desse cidadão. Contudo, nesse contexto histórico, nasceu apenas a concepção jurídica de que o indivíduo tem o direito de se educar, assim, ainda não havia a ideia presente hoje no Estado Social, de que o Estado deve fornecer a prestação educacional.

Nesse sentido, apenas com o advento do Estado Social é que a Educação ganha contornos de Direito Público Subjetivo (MARSHALL, 1967), podendo o cidadão exigir do estado que lhe forneça a formação educacional que as normas jurídicas trazem como sendo essenciais à autodeterminação do homem como indivíduo e como membro da sociedade. Surge também e conseqüentemente a noção de Educação como direito coletivo (MEDEIROS, 2004) e de Universalidade da Educação, pois é interessante para toda a sociedade que cada indivíduo receba esse ensino.

E desta forma, a ideia da Educação como direito se desenvolve, evoluindo para a atual conjuntura constitucional brasileira, na qual a Educação está alçada à máxima

hierarquia de Direito Fundamental. No campo internacional, está prevista como direito do homem no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos da Organização das Nações Unidas.

Como Direito Fundamental, a Educação é base estrutural para o funcionamento do corpo social, é direito inalienável, imprescritível, irrenunciável, universal, moral, preferencial e essencial para a existência digna do homem. Além de colocá-la nessa categoria jurídica, a Constituição de 1988 (CF/88) também delineou, dentro do imenso universo do que se pode chamar de Educação, o ensino formativo ao qual o estado estará obrigado a fornecer, como será prestado e sobre quais diretrizes educacionais se pautará.

Como direito preponderantemente de natureza social, é prestado, na maioria das vezes, pela implementação de políticas públicas. Para tanto, a Constituição de 1988 distribuiu entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) as funções de editar leis para a criação normativa e abstrata das políticas públicas educacionais e as competências para executar tais leis, criando, no mundo material, essas políticas. Além disso, prevê também a forma de financiamento dessas políticas públicas. São as competências legislativa, material e financeira, em matéria educacional, conforme artigo 21, V, artigo 24, IX, §§ 1º e 2º, artigos 211, 212, 213 e 214 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Enquanto Direito Público Subjetivo – cujo titular é o cidadão - os obrigados são o Estado e a família – o ordenamento constitucional assegura à Educação uma série de Garantias Fundamentais que visam protegê-la das omissões estatais. Dentre essas garantias, estão os instrumentos processuais e institucionais de concretização dos direitos educacionais: uma série de ações e procedimentos judiciais e instituições que o cidadão pode se valer para dar efetividade ao seu Direito Público Subjetivo quando violado. Resumidamente, os direitos públicos subjetivos possibilitam ao indivíduo a prerrogativa de acionar o Poder Judiciário para obrigar o Estado a lhe oferecer uma prestação ou política pública educacional. É a Judicialização da Educação. Neste sentido, esclarece que “judicializar” é a conduta de levar uma questão jurídica em que haja um direito violado para que o Judiciário decida sobre a questão, dirimindo a lesão ao direito protegido (RAMOS, 2010)

Contudo, ocorre que, assim como a Educação o é, são também direitos fundamentais constitucionais o princípio da Separação de Poderes e as normas acerca do sistema financeiro nacional, conforme artigo 2º, artigo 60, §4º, III e artigo 192 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Por esses princípios estruturais para a República, os poderes responsáveis pela criação e prestação das políticas públicas educacionais são o Legislativo e o Executivo, não podendo o Poder Judiciário, a princípio, atuar nessa seara. Doutro lado, diante do vácuo de poder deixado pelos poderes Legislativo e Executivo (CASAGRANDE, 2008), se omitindo na concretização dos direitos educacionais, historicamente o Judiciário vem ocupando esse espaço e, por vezes, atua além das suas funções institucionais de aplicar o direito ao caso concreto. É o Ativismo Judicial (RAMOS, 2010).

Feito esse introito, apresenta-se sinteticamente o debate que envolve o ensino domiciliar na perspectiva do Direito à Educação enquanto Direito Fundamental previsto como tal na Constituição. A questão é judicializada pelos que entendem ter direito de ministrar a Educação Básica em casa, de forma não escolarizada e manejam ações judiciais com a pretensão de que o Poder Judiciário obrigue o Estado a considerar essa modalidade doméstica de Educação como ensino regular, certificando-a como tal. Esses indivíduos entendem ter a Constituição lhes dado direito à liberdade de consciência, religiosa e de escolherem as concepções pedagógicas mais adequadas para se educarem e, pelo fato de não haver proibição constitucional ao ensino domiciliar, eles estão certos de que lhe é devido o direito de se educarem no seio do lar.

As motivações para escolha do tema foram de ordem acadêmica – educacional e jurídica - e profissional. O tema é de relevância educacional pois a Educação é uma das mais eficazes formas de libertação e desenvolvimento do indivíduo e, por consequência, do corpo social e da organização política que o governa (FREIRE, 1982). Além disso, conforme se estuda na presente pesquisa, sendo o direito uma das vias válidas, ainda que não plena, de promover a Educação aos cidadãos, tem-se então que o estudo da Judicialização da Educação é de grande interesse acadêmico.

Juridicamente o estudo do ensino domiciliar é relevante. Tanto a questão chegou ao STF mediante o sistema de julgamento denominado “Repercussão Geral” e o STF a reconheceu como tal. Trata-se de um sistema de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal enquanto órgão jurisdicional que emite a máxima e definitiva decisão sobre questões constitucionais, de temas que, além da importância jurídica, tenham também relevância do ponto de vista econômico, político e social. Além disso, a questão discutida deve ultrapassar os interesses das partes envolvidas no processo, ou seja, devem ser questões que são de interesse de toda a sociedade ou de parte significativa de algum estrato social.

Profissionalmente, como jurista atuante, vislumbrou nas questões afetas à Educação enquanto direito oportunidade de entender e pesquisar o que, dentro do imenso universo do

que se entende por Educação e ensino, o ordenamento constitucional de 1988 apontou como dever do estado e qual a maneira de se concretizar esse ensino regular.

Como advogado e procurador do Estado de Minas Gerais, vê diante de si, diuturnamente, a Judicialização de questões eminentemente políticas, em que o Poder Judiciário intervém nas funções dos poderes Executivo e Legislativo, obrigando-os a viabilizar ao indivíduo algumas políticas públicas educacionais, ou a não intervir nas liberdades educacionais dos cidadãos. Assim, o aprofundamento no tema da investigação lhe será de grande proveito. Como professor universitário, o estudo da evolução histórico-filosófica da Educação enquanto Direito Fundamental, o próprio tema tratado na contemporaneidade e a prática metodológica adotada na pesquisa fornecem aporte para as atividades de magistério do pesquisador.

A pesquisa se justifica porque é de grande relevo o estudo da Educação que, pela sua indispensabilidade ao desenvolvimento humano e social, foi alçada à categoria de Direito Fundamental no decorrer da história. Sendo a Educação essencial ao desenvolvimento individual e social, há justificativa plausível ao se propor o estudo metódico de um dos meios de concretização da Educação em favor do ser humano, qual seja, a via da Judicialização, instrumento pelo qual o Judiciário é chamado a intervir em questões relativas à Educação, para obrigar quem de direito (Estado ou Família) a cumprir a norma educacional.

É importante a produção de conhecimento acerca da Educação enquanto direito e o respectivo fenômeno da sua Judicialização já que, após a Constituição de 1988, a Educação ganhou força enquanto Direito Público Subjetivo e assim, nasce na prática a prerrogativa do educando exigir do estado e da família a prestação na seara da Educação ou a proteção às suas liberdades educacionais. Além disso, trouxe ferramentas garantidoras, institucionais e judiciais, que viabilizam o exercício e a concretização dos direitos educacionais. Esses mecanismos garantidores estão ainda hoje, se sedimentando pragmaticamente e aos poucos nas práticas judiciais e educacionais, razão pela qual o estudo de como esses direitos e garantias se apresentam na atualidade é de importância inequívoca.

Nesta linha, justifica-se também o recorte da Análise Documental pretendida na presente pesquisa: investigar o acórdão no qual o STF julgou a constitucionalidade do ensino domiciliar. A justificativa é devido à relevância mencionada acima: é tema de “Repercussão Geral”.

Em verdade, em que pese não ter sido criado para servir como recorte temático acadêmico, o sistema de julgamento da repercussão geral em si funciona como um forte

componente metodológico de seleção de casos documentados a serem estudados em uma pesquisa acerca da Judicialização da Educação.

Comumente, a sequência procedimental usual de uma ação judicial qualquer se inicia perante um juiz de primeiro grau que, depois de decidir a questão em uma sentença, permite que as pessoas (partes) envolvidas no processo providenciem um recurso de apelação e assim a ação judicial é levada até um órgão colegiado: o tribunal competente, para ser reapreciada. Após a decisão do tribunal, se e somente se, a questão for de natureza constitucional, as partes podem apresentar ainda um recurso extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal faça o julgamento final e definitivo sobre o tema. Contudo, não basta ser de índole constitucional, pois as questões levadas à Corte Suprema devem, além disso, ser “*relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*”, conforme Art. 1.035, §1º, da Constituição (BRASIL, 1988). Se forem, somente nestes casos é que o Supremo irá apreciar a questão.

Tem-se então que, se a demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário e se esse tribunal decidiu que há repercussão geral na matéria até ele levada, é porque ela tem natureza constitucional. Além disso, deve ter relevância que transcenda o aspecto meramente jurídico, ou seja, deve também ter relevância econômica, política ou social; e mais: deve ser questão que afete toda a sociedade ou pelo menos espectro social significativo. É o entendimento que se faz acerca da expressão “*que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*”. (REGO, 2019)

Desta forma, a escolha por se estudar as questões educacionais sobre as quais há repercussão geral traz um recorte material, vez que somente questões educacionais de natureza constitucionais serão estudadas e, conforme se compreenderá nos capítulos I e II, todos os direitos constitucionais educacionais são também Direitos Fundamentais.

Há também um recorte de acordo com a relevância já que serão questões que, no sentir do Supremo Tribunal Federal possuem importância que vão além da meramente jurídica, ou seja, são de relevância social, política ou econômica.

Na mesma linha, tem-se um recorte subjetivo, ou seja: quanto aos indivíduos envolvidos ou interessados na questão, já que somente são apreciados temas de interesse de toda a sociedade.

A pesquisa está estruturada da seguinte forma: no capítulo I, denominado “Direito à Educação: contexto histórico-filosófico” será estudado o conceito de Direito Fundamental. Sequencialmente, será estudado o surgimento, por época, dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões), sendo certo que o Direito à Educação

gozará de todas as características, garantias e prerrogativas dos demais Direitos Fundamentais. Ao final, será estudada a Educação enquanto Direito Público Subjetivo e as implicações desse enquadramento.

O capítulo II, tem como objetivo compreender o Direito à Educação nas constituições brasileiras para posteriormente se demorar no estudo de como a Educação enquanto direito está disposta no atual ordenamento constitucional de 1988: a distribuição descentralizada das funções, em matéria educacional, entre os entes da federal e o peso da União na condução geral dos rumos da Educação e sua uniformização geográfica nacional, a questão da universalização da Educação, a destinação obrigatória de percentuais dos orçamentos dos entes da federação para o ensino, a Educação como dever do Poder Público, a inclusão dela dentre os Direitos Fundamentais e a previsão de garantias instrumentais para efetivar, judicialmente, tais direitos. Também se estudará a competência legislativa, administrativa e financeira em matéria de Educação.

Ainda no Capítulo II, procura-se investigar o fenômeno da Judicialização da Educação. O ordenamento constitucional assegura à Educação uma série de instrumentos garantidores que visam protegê-la das omissões estatais e uma dessas garantias é a possibilidade de o indivíduo acionar o Poder Judiciário para obrigar o Estado a lhe viabilizar uma prestação ou política pública educacional. É a Judicialização da Educação. No entanto, ocorre que, assim como a Educação o é, são princípios fundamentais também constitucionais o princípio da Separação de Poderes e as normas acerca do sistema financeiro nacional.

Por esses princípios estruturais para a República, os poderes responsáveis pela criação e prestação das políticas públicas educacionais são o Legislativo e o Executivo, não podendo o Poder Judiciário, a princípio, atuar nessa seara. Doutro lado, diante do vácuo de poder deixado pelos poderes Legislativo e Executivo, e por ser a Educação afeta à dignidade da pessoa humana, historicamente o judiciário vem ocupando esse espaço e, por vezes, atua abusivamente além das suas funções institucionais de aplicar o direito ao caso concreto. É o Ativismo Judicial (REGO, 2019). Nesse ponto, a pesquisa analisará o embate entre Judicialização da Educação e Ativismo Judicial abusivo.

Por fim, no capítulo III será realizada Análise Documental do acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018) em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar.

Objeto de pesquisa

A pesquisa tem como objeto, o fenômeno da Judicialização da Educação e, como recorte documental, o acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018) em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar, desde que obedecidos os requisitos nele previstos.

Objetivo geral

A presente pesquisa tem por objetivo geral estudar a Educação enquanto Direito Fundamental, a Judicialização da Educação, o Ativismo Judicial e investigar como essas questões estão abordadas no acórdão do STF que trata do ensino domiciliar citado acima.

Objetivos específicos

Como objetivos específicos, busca-se contextualizar, apresentando-se um panorama histórico e filosófico, o Direito à Educação enquanto Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo. Objetiva-se ainda, conhecer o Direito à Educação nas constituições brasileiras e na constituição atual, quem são seus titulares e obrigados, como é concretizado pela via das políticas públicas e de quem é a competência legislativa, material e financeira para viabilizar tais direitos. Em seguida pretende-se entender o fenômeno da Judicialização da Educação, os instrumentos garantidores que permitem concretizar os direitos educacionais pela via judicial e os fundamentos constitucionais envolvidos no fenômeno do Ativismo Judicial em matéria educacional

Metodologia

A pesquisa se desenvolve mediante método de investigação com abordagem qualitativa, descritiva e por meio de uma pesquisa bibliográfica (CHIZZOTTI, 2006). Será realizada também a análise documental das Constituições brasileiras anteriores e do acórdão emitido no Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018) em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar.

Como método para o estudo do conceito de Direitos Fundamentais, no primeiro capítulo, serão utilizadas na pesquisa bibliográfica obras de cunho jurídico de constitucionalistas, cientistas políticos e pensadores como por exemplo Norberto Bobbio (1998, 2004), José Afonso da Silva (2007), Robert Alexy (1999), John Locke (1993, 2012), Thomas Marshall (1967), Ingo Sarlet (2010), Paulo Bonavides (2007, 2009) e Karl Marx (1968).

Ainda no primeiro capítulo, ao se enquadrar a Educação como Direito Fundamental demonstrando estar ela dotada de todas as características inerentes a esses direitos, ao tratar das políticas públicas educacionais e da Educação como Direito Público Subjetivo, serão utilizados artigos científicos e literatura de pensadores multidisciplinares que transitam por ambas as áreas: a Educação e o direito. Como exemplo, menciona-se, Monica Herman Caggiano (2009), André Ramos Tavares (2010), Maria Paula Dallari Bucci (2006), Clarice Seixas Duarte (2004, 2007), José Joaquim Gomes Canotilho (2003) e Carlos Roberto Jamil Cury (1998, 2002, 2005, 2007, 2009).

No capítulo II, no estudo sobre a evolução da Educação na ordem constitucional brasileira a pesquisa bibliográfica priorizará obras de pensadores e historiadores do direito e em artigos científicos de Otaíza Oliveira Romanelli (1986), Leonor Maria Tanuri (1999), Antônio Chizzotti (2005), Newton Sucupira (2005), Maria Luisa Santos Ribeiro (1991), Anísio Teixeira (1994), além dos já contemplados, Carlos Roberto Jamil Cury (1998, 2002, 2005, 2007, 2009), Clarice Seixas Duarte (2004, 2007), dentre outros. Já no que se refere à investigação dos textos constitucionais em si, o método utilizado será a análise documental.

Ainda no capítulo II, será estudado o fenômeno da Judicialização da Educação em obras de autores como. José Afonso da Silva (2007), Luciano Dutra (2016), Luís Roberto Barroso (2010), Flávia Piovesan (2013), Gilmar Mendes (1997), Dalmo Dallari (2006), Elival da Silva Ramos (2010) e Tathiane Piscitelli (2015).

No capítulo III, realizar-se-á o Análise Documental do acórdão emitido no Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018) em que o STF trata sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar. Para tanto, apoia-se nos Autores André Cellard (2008), Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima (2010), Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeiro Morettini (2013), Maiara Mariotto, Laura Filomena Santos de Araújo, Roseney Bellato e Janderléia Valéria Dolina (2013), Manuel Atienza (2005), Eros Roberto

Grau (2009), Robert Alexy (2005), Jürgen Habermas (2005), Francisco Conte (2016) e João Maurício Adeodato (2014).

CAPÍTULO I:

DIREITO À EDUCAÇÃO: CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

Neste capítulo, será estudado o conceito de Direito Fundamental. Sequencialmente, sendo a Educação um Direito Fundamental, será estudado o surgimento, por época, dos Direitos Fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões), sendo certo que o Direito à Educação gozará de todas as características, garantias e prerrogativas dos demais Direitos Fundamentais. Ao final, será estudada a Educação enquanto Direito Público Subjetivo e as implicações desse enquadramento.

Quanto ao surgimento, resumidamente, os Direitos Fundamentais de primeira geração (ou dimensão), também conhecidos como liberdades públicas, são os surgidos nas revoluções liberais iluministas, exigindo que o poder público não interfira nas vidas dos indivíduos e nas relações entre eles, já que, antes do modelo liberal, o estado absolutista dominava quase que por completo a vida, e a morte dos indivíduos. Nestes casos, o poder público deve se omitir ou se abster de atuar. Como exemplo deles hoje, tem-se o artigo 5º da atual Constituição de 1988, que trata sobre “Os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (BRASIL, 1988).

Os Direitos Fundamentais de segunda geração ou dimensão, também chamados de direitos sociais, são fruto do implemento das filosofias marxista e progressista. São direitos que, para serem exercidos, exigem que o poder público atue em favor do indivíduo por meio de políticas públicas. São direitos que exigem do poder público uma ação, ou uma obrigação de fazer. Estão nos artigos 6º a 11 da atual Constituição, que trata “Dos Direitos Sociais” (BRASIL, 1988).

Os direitos de terceira geração ou dimensão são os difusos e coletivos. Nesta linha, não se trata mais de um direito apenas individual, mas também um direito de natureza difusa, que abarca todo gênero humano enquanto coletividade. São fruto das transformações mundiais geradas pelo desenvolvimento científico e tecnológico ocorrido depois da Segunda Guerra Mundial.

Passa-se ao detalhamento fundamentado desse breve introito capitular:

1.1

1.2

1.3

1.4 Direitos Fundamentais: panorama histórico e filosófico

Muito se discute acerca de quando ocorreu o surgimento dos Direitos Fundamentais, contudo, sabe-se que eles eclodiram e foram decretados, com robustez, no contexto das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, fruto da renascença e do iluminismo ocorridos na transição da Idade Média para a Era Moderna. Em um período de profundas transformações mundiais nos campos das artes (renascença), da filosofia (iluminismo) em que a racionalidade entre em voga no campo epistemológico e na política, tem-se também as mudanças no campo jurídico-político denominadas por vários pensadores como Constitucionalismo Moderno, ocasião histórica em que, com mais força que em outras épocas, houve limitação normativa do poder estatal soberano (estado tendo que obedecer às leis) e a proteção dos direitos dos indivíduos.

Desta forma, nos dizeres de Cavalcante Filho, para se entender a gênese dos Direitos Fundamentais, é preciso se estudar o fenômeno do constitucionalismo.

O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais.

Dessa forma, é preciso estudar o movimento constitucional para entender como surgiram os direitos fundamentais. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 1)

Bobbio, em seu “dicionário de política”, define constitucionalismo como sendo “*a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar*” (BOBBIO, 1988, p. 247-248). Por óbvio, o fruto dessa “técnica jurídica” são normas de natureza constitucional, ou dispersas – e por vezes denominadas como sendo de natureza constitucionais posteriormente pelos historiadores políticos - ou reunidas em um corpo ou diploma legal chamado de “constituição”.

Não é pacífico o posicionamento dos pensadores do campo político acerca de quando surgiram os primeiros direitos limitativos aos poderes do estado ou do soberano ou a partir de quando, na história, pode-se afirmar que passou a existir a primeira constituição. Também divergem sobre o marco temporal inicial do constitucionalismo. Para uns, só é constitucionalismo o movimento que surgiu no fim da idade média e começo da era moderna, consolidando-se nas constituições liberais (SCHMITT, 1928). Realmente, foi nesse período que o movimento tomou corpo e força. Contudo, Cavalcante Filho (2010) ressalta que há os que pensam estar o constitucionalismo se desenvolvendo desde antes da era cristã, nas

sociedades hebraicas. De toda forma, essa divergência doutrinária é campo fértil para o estudo dessa evolução histórica das normas constitucionais e dos Direitos Fundamentais.

Na antiguidade, no seio dos povos hebreus já se encontrava a Torah como norma limitativa dos poderes dos governantes, então chamados de Juízes. Em que pese serem normas que não foram produzidas pelo povo, mas sim pela divindade, são inegavelmente restritivas ao poder central dos que governavam. Já a diferenciação entre normas fundamentais (*nomoi*) hierarquicamente mais importantes que as meramente gerais (*pséfismata*) surgiu na Grécia, onde também surge a prática de permitir que o povo elabore algumas normas por processos majoritários democráticos, ainda que de forma precária. No império romano há registros de leis escritas em defesa de direitos conquistados pelos plebeus: a Lei das XII Tábuas (CAVALCANTE FILHO, 2010).

Ainda quanto à Grécia, José Ferrater Mora, aponta a existência de 158 constituições gregas compiladas em investigação histórica da época. Registra o Autor que,

[...] diferentemente da Academia, o Liceu – suspeito de macedonismo – se cuidava para não intervir na vida política da cidade. Isso não quer dizer que se desinteressavam por completo dos problemas políticos, porém os faziam mais como tema de investigação histórica (segundo o mostra o grande empreendimento de recopilação das 158 constituições gregas), que em um sentido de intervenção direta, seja como funcionários, seja como propugnadores de reformas. Como é sabido, as investigações em ciências naturais não ficavam atrás em relação às realidades em história. Contudo, seria errôneo considerar a obra do Liceu como consistente exclusivamente em sistematizações e compilações enciclopédicas. Uma intensa atividade filosófico-analítica (por exemplo, a que se encontra na Física e no Organon aristotélicos) era também característica do Liceu, e foi abandonada somente quando no último período de Teofrasto predominou a tendência enciclopédica e, com a crescente influência e atividade de Eudemo, a tendência ética. (FERRATER MORA, 1982, p. 1982).

Na Inglaterra da idade média, em 1215, o Rei João, por não ser proprietário de grandes montas de terras, se viu enfraquecido e obrigado a acatar várias reivindicações externas, ocasião em que foi elaborada a “Magna Charta”. Segundo o Autor citado acima, para alguns historiadores políticos essa foi a primeira constituição escrita, além disso, nos apresenta narração acerca das circunstâncias históricas do seu surgimento:

Quando o rei João Sem-Terra assumiu, em plena época feudal, não possuía quaisquer feudos, pois não era o primogênito. Isto é: era um rei politicamente frágil, pois não tinha terras, numa época em que esse era o principal fator de poder.

Aproveitando-se disso, os barões feudais anglo-saxões (que já estavam insatisfeitos desde a ocupação normanda, em 1066) forçaram o rei, logo que assumiu, a assinar uma Carta de Direitos – que ficou, então, conhecida como a Carta maior de Liberdade (ou Magna Charta Libertatum).

Essa, que foi a primeira declaração formal de direitos, positivou vários aspectos daqueles que hoje são considerados direitos fundamentais. Prerrogativas até hoje existentes no Direito Constitucional, como o habeas corpus, o tribunal do Júri, o devido processo legal, a anterioridade tributária, etc. (FERRATER MORA, 1982, p. 2)

No contexto do iluminismo renascentista – final da idade média e começo da era moderna - o mundo ocidental passou por grandes transformações nas artes, filosofia, ciência, religião, Educação, economia e política. Os Direitos Fundamentais e o constitucionalismo se consolidaram como parte desse processo de mudança em tal época, nas áreas da filosofia e política. Na filosofia, a racionalidade e o empirismo anti-deterministas tomaram o lugar do misticismo religioso, relativizando epistemologicamente o poder das monarquias absolutistas e suas bases filosóficas inatistas. Na área política, surgem a noção de estado de direito, soberania e participação popular na condução do governo estatal, Separação de Poderes, a submissão de todos – inclusive o próprio estado – à uma constituição e decretação de vários Direitos Fundamentais.

Na era moderna, conforme já adiantado, as constituições adquirem relevância e força como instrumento normativo indispensável para proteção do recentemente implantado modelo liberal. A Separação de Poderes, os direitos individuais, os princípios democrático e de soberania popular haviam de estar positivado em um documento jurídico de validade superior que, para além de limitar o poder do estado, traria também a noção de hierarquia dessas normas ditas constitucionais e diretrizes sobre como deve ser organizar o estado.

Ao final do século XVI, a idade média chegara ao fim e com ela ruíra também o absolutismo feudal, regime no qual o Estado, representado pela monarquia, exercia grande poder e interferência na vida privada dos cidadãos comuns. Havia, também, aportes de cunho religioso para se explicar o poder concentrado na figura do monarca absolutista, como por exemplo, o difundido postulado do Direito Divino dos Reis, poder inato que o monarca seria portador por escolha divina, sendo o representante de Deus.

No século XVII as ideias anti-totalitárias eclodiram. Na Inglaterra por exemplo, John Locke (1632-1704) foi um dos principais pensadores inovadores na filosofia, política, Educação e religião, fazendo surgir as ideias de legitimação e soberania popular (política), nova estruturação do pensamento e do conhecimento (filosofia) e a possibilidade de orientação do educando em contraposição ao inatismo (Educação).

Somando-se a esse contexto, havia grande desgaste no totalitarismo monarca. A ascensão da burguesia mercantil desconstruía a ideia de determinismo divino surgindo

evidente contraste entre a autoridade real e a autoridade do parlamento. Eclode ao mundo a era moderna.

Do que ficou dito é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo no mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma qualquer de governo civil, porque o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza que resultam necessariamente de poder cada homem ser juiz em seu próprio caso, estabelecendo-se uma autoridade conhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano que lhe causem ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros dessa sociedade terão de obedecer. (LOCKE, 1983, p. 68).

Cavalcante Filho (2010), aponta vários eventos históricos, revoluções, pactos, declarações e constituições que são marcos importantes desse contexto histórico de fortalecimento do constitucionalismo e dos Direitos Fundamentais no início da era moderna. O primeiro deles é a Revolução Gloriosa e Bill of Rights (1688, entrando em vigor em 1689). No entendimento do autor:

Após a Revolução Gloriosa, passou a vigorar definitivamente na Inglaterra o regime parlamentar, tal como hoje nós o conhecemos: com a figura do Rei como mero Chefe de Estado, cabendo a Chefia de Governo ao Primeiro-Ministro.

O Bill of Rights foi um documento que sacramentou a perda do poder absoluto do Rei, que passou a dividir a tarefa de governar com o Parlamento. Na prática, instalou-se a partir daí a supremacia do Parlamento. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 3)

Foi no contexto do Pacto de Mayflower (New Plymouth, 1620) que surge uma das primeiras manifestações do constitucionalismo no continente americano. Em 1620, um grupo vindo da Inglaterra, depois de cruzar o oceano atlântico num barco chamado Mayflower, aportou na América do Norte e fundou a colônia de Massachusetts. Visando organizar as bases da nova sociedade que pretendiam constituir, firmou-se o Pacto de Mayflower, em bases liberais e constitucionais. Segundo Cavalcante Filho:

Foi um pacto firmado entre os futuros colonizadores dos EUA, ainda a bordo do navio que os levaria à Terra Nova (o navio Mayflower), no qual se reconheceram vários direitos básicos dos cidadãos. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 3).

Aponta-se também a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a independência das 13 Colônias em 1776 como marco de relevo na construção do constitucionalismo moderno. Ainda de acordo com o mesmo autor:

Com a Independência, declarada em 1776, as 13 colônias inglesas na América se declararam independentes e passaram a formar, primeiramente, uma Confederação e, depois, uma Federação (Estados Unidos da América).

Nesse contexto, as declarações de direitos proliferaram, garantindo aos cidadãos determinadas prerrogativas básicas, o que desaguaria nas várias emendas realizadas à Constituição americana de 1787. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 3)

Em que pese não haver consenso acerca de qual documento legal foi a primeira constituição da humanidade a Constituição Federal dos Estados Unidos da América de 1787 é apontada pelo Autor como sendo a primeira constituição da história. Vigorando desde então por mais de dois séculos, é resultado da luta pela independência das treze colônias inglesas da costa atlântica da América do Norte e elaborada democraticamente na Filadélfia. Nos dizeres do autor:

É considerada a primeira Constituição escrita da humanidade. Ressalte-se que essa Carta não possuía, originalmente, qualquer declaração de direitos, que só foram incluídos com as sucessivas emendas que lhe foram acrescidas (principalmente a Quinta Emenda).

Não obstante, foi a primeira Constituição escrita da humanidade, o que significa um marco histórico na defesa de direitos básicos dos cidadãos. (CAVANCANTI FILHO, 2010, p. 3)

Não menos importantes foram a Revolução Francesa (1789) e constituições escritas que a sucederam. Da mesma forma que ocorreu na Inglaterra, a revolução francesa foi fruto dos desgastes autoritários do absolutismo monarca francês e da independência econômica relativa alcançada pela burguesia francesa. A constituição francesa de 1791 institucionalizou o estado de direito, a submissão do clero à autoridade civil e a representação política e eleitoral. Conforme entendimento de Cavalcanti Filho:

A Revolução Francesa (mesmo com todos os abusos que em nome dela foram depois perpetrados, na chamada época do Terror) representa a derrocada final do Absolutismo (em que o Rei tinha poder absoluto), justamente no país em que tal fenômeno foi mais presente.

Embora, em termos cronológicos, essa tenha sido a última das três grandes revoluções liberais (foi precedida pela Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e pela Independência americana, de 1776), teve uma importância histórica muito grande, pois “popularizou” a defesa dos direitos dos cidadãos, como demonstra a declaração de 1791 (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão). (CAVANCANTI FILHO, 2010, p. 3).

De bom alvitre para o delineamento conceitual dos Direitos Fundamentais o estudo da sua evolução histórica. Como já se adiantou, eles não surgiram todos num mesmo contexto histórico, ao contrário, foram nascendo com o decorrer da história. Por tal razão, alguns pensadores os classificam em “gerações”, ou seja, de acordo com a época na qual surgiram. Marshall (1967), por exemplo, identifica no século XVIII o implemento histórico dos direitos civis (nas constituições atuais, estão alocados dentro da categoria “direitos individuais”), no século XIX dos direitos políticos (relativos aos direitos inerentes à cidadania) e dos sociais no século XX.

Essa terminologia classificatória em “gerações” é criticada por alguns pensadores como Sarlet (2010), pois o conjunto dos Direitos Fundamentais deve ser entendido como uma unidade, assim, esse direitos se complementam e se fundamentam entre si, sendo que a expressão “gerações” dá a ideia de embate entre as classes históricas de Direitos Fundamentais. Esse grupo de autores usam o termo “dimensões” para classificar os Direitos Fundamentais por entenderem serem uma “*unidade interdependente e indivisível [...] pois há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos recentemente*” (WEIS, 2006, p. 43).

Marshall (1967) ensina que no contexto histórico do início da era moderna é que surgem os Direitos Fundamentais de primeira geração, positivados na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789. O traço principal desses direitos, como reação contra o absolutismo monarca da finda idade média, é o fortalecimento dos direitos individuais em defesa contra os poderes, antes ilimitados, do Estado. O indivíduo passa a ter o direito de que o Estado não intervenha mais na sua vida particular, pelo menos não com a mesma intensidade de antes. Por isso, são entendidos como direitos negativos pois preveem uma conduta omissiva por parte do Estado.

Importante neste ponto registrar que, a expressão “Estado democrático de direito” usada no Artigo 1º da atual Constituição tem origem nesse momento histórico, sendo termo linguístico típico dos primeiros estados liberais.

Conforme José Afonso da Silva (2007) para se ter um estado de direito é necessário estar presentes três requisitos: o primeiro é que, não só o indivíduo, mas também e principalmente do poder estatal deve se submeter à lei (estado de direito) e essa lei deve ser uma emanção do povo (estado democrático).

Também integra a noção de estado de direito a aplicação inafastável da tripartição de poderes, que será compreendida com mais profundidade no capítulo III da presente dissertação em que se estudará a Judicialização da Educação enquanto direito. Por fim, compõe também a essência do conceito de estado de direito a consagração dos direitos e garantias individuais acima estudado.

Nota-se que há uma correspondência estrutural e funcional entre esses três requisitos. Ora, se o objetivo das revoluções liberais foi afastar o absolutismo monárquico, era preciso que a lei não mais fosse ditada pelo rei, que as funções de execução, aplicação e elaboração da lei não só fossem tiradas do monarca mas também fossem colocadas sob responsabilidade de órgãos e entidades diferentes e que houvesse garantia de direitos individuais fundamentais

que viabilizasse o exercício da função legislativa pelo povo, geralmente, via parlamento eleito (SARLET, 2010).

Tanto assim é que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16 assevera que *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*. A Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 possui texto normativo no mesmo sentido.

Bobbio (1988) possui entendimento semelhante:

Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” [...] (BOBBIO, 1988, p. 18).

Com a revolução industrial ocorrida nos séculos XVIII e XIX, o trabalho deixa de ser artesanal e rural, passando a ser, em grande medida, assalariado, em fábricas, geralmente urbanas.

No século XIX, nesse contexto histórico da revolução industrial, percebeu-se que o modelo liberal não fora capaz de trazer a todos os cidadãos a dignidade plena. Em que pese os grandes avanços na decretação de Direitos Fundamentais, respeito à igualdade, propriedade e liberdade, as lutas de classes e abusos nas relações de poder, estatal e econômico, ainda eram uma realidade a privar grande parcela da sociedade dos direitos humanos básicos (MARSHALL, 1967).

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana exploração do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica. (BONAVIDES, 2007, p. 59)

Nesse contexto, Karl Marx e seus seguidores identificam que o novo modelo liberal não acabara com os abusos nas relações existentes entre os estamentos sociais. Apontam que tais abusos sempre estiveram presentes na humanidade desde o escravismo, passando ao feudalismo e que o modelo liberal havia apenas mudado a titularidade do poder, saindo das mãos do senhor feudal, passando ao domínio dos detentores dos meios de produção (MARX, 1968).

Essa constatação fez com que fosse elaborada uma alternativa para o modelo econômico liberal, mercantil, industrial, o qual foi denominado “capitalismo”. Por meio do Socialismo marxista, em um primeiro momento, e o Comunismo, Marx propôs uma

organização socioeconômica baseada na propriedade coletiva dos meios de produção o que, teoricamente, traria igualdade entre os membros de uma sociedade.

No mundo prático, falharam as tentativas de se implementar os modelos socialistas e comunista puros. Entretanto, indiscutivelmente, o conhecimento produzido pelos teóricos da época fizera surgir a ideia de que seria preciso que o Poder Público, mesmo adotando o modelo liberal, intervisse no sentido de atenuar as desigualdades sociais e fornecer uma série de direitos sociais para que todos os cidadãos tivessem garantida a sua dignidade de forma mínima.

É preciso esclarecer que Estado Social não é sinônimo de Estado Socialista. O Estado Social não busca a superação da economia de mercado, pelo contrário, utiliza-se dela para a manutenção da justiça social (SILVA, 2007). Nesta linha, o Estado Social “*conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia*” (BONAVIDES, 2007, p. 184).

Nesse contexto, reivindicações sociais demandavam por um modelo político-econômico que suprisse as injustiças sociais, o que ocasionou a transformação do Estado Democrático de Direito, apenas, para o Estado Democrático de Direito Social. Consagrou-se a ideia de “estado de bem estar social” (DELGADO, 2001, p. 59) seguindo um modelo econômico liberal que gere riqueza suficiente para que o poder público, também com base nas leis, retire a riqueza produzida pela sociedade civil (tributos) e dê aos cidadãos uma série de direitos sociais, também denominados direitos de segunda geração ou, como vimos, dimensão, que são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2007, p. 289).

Nota-se pela citação acima que, enquanto os Direitos Fundamentais de primeira dimensão trazem um dever de omissão do Estado, os de segunda dimensão exigem, ao contrário, prestações positivas, ou seja, ações por parte do Poder Público. Nesta linha, tem-se que tais direitos são viabilizados, pragmaticamente, por “*elaboração e implementação de políticas públicas – objeto, por excelência, dos direitos sociais*”. (DUARTE, 2007, p. 694).

Em que pese a divisão em gerações, há que se entender os Direitos Fundamentais, seja de que geração ou dimensão forem, como um corpo coeso e único que se apoia mutuamente. Nesta linha, com a inovação dos direitos sociais na ordem política e jurídica, continua a existir o Estado Democrático de Direito, contudo, agora acrescenta-se a essa

configuração de estado a característica tipicamente social, passando a ser um Estado Democrático “Social” de Direito.

Insta registrar também a interrelação entre os Direitos Fundamentais e o funcionamento, ordenado por lei, do corpo social, presentes no Estado de Direito liberal. Para Sarlet, essa interrelação se fortifica:

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerente à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado pelo valor da justiça material (SARLET, 2010, p. 248).

A terceira geração ou dimensão dos Direitos Fundamentais surgiu no contexto histórico da revolução tecnológica, também denominada terceira revolução industrial, ocorrida na década de 1970 e que se encontra presente até os dias atuais. São denominados direitos difusos e coletivos.

[...] diferentemente das categorias anteriores, sua defesa não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo em face de seu respectivo Estado, ou pela implementação dos direitos de uma determinada categoria desfavorecida. Aqui, já se trata de defender os direitos de toda humanidade, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados ‘cidadãos do mundo’, e não de um determinado país) e, de eles se encontrarem ou não em seu território. Aliás, por humanidade compreende-se, até mesmo, as gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 4).

Como se vê, tais direitos possuem uma titularidade difusa, sendo impossível delimitar quem são os titulares deles, sendo portanto, toda a humanidade. Por isso, diz-se que estão alinhados com os ideais de solidariedade e fraternidade. Há uma proteção implícita às gerações futuras. De acordo com Medeiros,

[...] os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados. (MEDEIROS, 2004. p. 74-75)

Cite-se como exemplo o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade e ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, ao progresso e à autodeterminação dos povos. São direitos com alta carga de proteção da humanidade como um todo e com a preservação de sua existência. Nessa perspectiva Bonavides afirma que,

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam

especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2009, p. 569)

Acerca dos direitos de terceira geração, Cavalcante Filho esclarece que são originários da revolução técnico-científica. Para o Autor,

São direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade conectada em valores compartilhados, A humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados.

Por exemplo: a poluição de um riacho numa pequena chácara em Brazlândia-DF atinge as pessoas que lá vivem. Mas não só a elas. Esse dano ambiental atinge também a todos os que vivem em Brasília, pois esse riacho deságua na barragem que abastece de água todo o Distrito Federal. E mais: atinge todas as pessoas do mundo, pois é interesse mundial manter o meio-ambiente ecologicamente equilibrado. (Cavalcante Filho, 2010, p. 13).

Estudada a evolução histórica dos Direitos Fundamentais e sua divisão, seja em gerações ou dimensões, passa-se ao estudo do conceito desses direitos, algo também não muito pacificado entre os pensadores políticos. Começa-se pela questão terminológica utilizada por vários autores e diplomas legais para denominar os Direitos Fundamentais.

De início, salienta-se que tanto os conceitos como os termos usados para significar Direitos Fundamentais não são pacíficos dentre os estudiosos das ciências jurídicas. Contudo, é preciso estudar tais enquadramentos pois, como será demonstrado mais à frente na presente pesquisa, a possibilidade de Judicialização da Educação enquanto direito, dependerá do alcance desses conceitos. Segundo Cavalcante Filho,

Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial.

Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, direitos fundamentais. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 5).

O mesmo autor ainda tece críticas à utilização de outras expressões para designar os Direitos Fundamentais. Aponta ele que,

“Liberdades públicas” é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados direitos de primeira geração. “Direitos do Homem” e “direitos da pessoa humana” são, ao mesmo tempo, excessivamente genéricos e indefinidos. Afinal, só existem direitos da pessoa.

Por outro lado, “direitos humanos” parece ser mais adequado na esfera internacional.

Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.).

Essa tese é corroborada pela CF: quando trata de assuntos internos, a Constituição costuma se referir a “Direitos e garantias fundamentais”, ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos humanos.

Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 6).

Assim, expressões linguísticas como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos naturais”, “liberdades fundamentais”, “dignidade da pessoa humana” e “liberdades públicas”, são utilizados por vezes como sinônimos e noutras como termos distintos.

A própria norma constitucional atual comete, às vezes, essa imprecisão. Vê-se na atual Constituição o uso das expressões “direitos humanos”; “direitos e garantias fundamentais”; “direitos e liberdades constitucionais” e “direitos e garantias individuais” sem muita padronização conceitual, o que é motivo de críticas pelos estudiosos (SARLET, 2010).

Nesta linha, o estudo, ainda que sucinto, dos conceitos acima, vai contribuir para dar maior refinamento conceitual aos Direitos Fundamentais.

Os “direitos naturais” ou “direitos do homem” são, antes de tudo, fruto da teoria jusnaturalista. São inerentes à natureza humana independentemente de estarem ou não positivados em normas escritas. Possuem o ser humano como titular pelo simples fato de existir (SARLET, 2010) e, apesar de contribuírem para o surgimento e o delineamento dos Direitos Fundamentais, possuem conceituações distintas.

Além da denominação “direitos individuais” usada para designar os Direitos Fundamentais de primeira geração, estes são também chamados de “direitos civis e políticos”, “liberdades individuais” e “liberdades públicas”. Os exemplos clássicos dessa

geração de direitos são a propriedade, a segurança, as liberdades individuais, de ir e vir, a religiosa e a de imprensa, denominados por Marshall (1967, p. 69) como “direitos civis”. Já os “direitos políticos” referem-se à prerrogativa do indivíduo exercer a cidadania, seja como membro eleito de um dos poderes ou como eleitor.

Cumpra-se tomar por ponto de partida o conceito doutrinário de Direitos Fundamentais. No entendimento de José Afonso da Silva, tal termo é utilizado:

[...] para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2007, p. 178)

Além do entendimento inerente ao ser humano em si, os Direitos Fundamentais são também entendidos como estruturais à existência e ao funcionamento do próprio Estado. São direitos previstos na constituição de um estado, “*cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito*” (SARLET, 2010, p.29). Ou seja, sua indispensabilidade se refere tanto ao ser humano quanto ao corpo social que se organiza sob as garantias da lei.

Neste ponto, insta registrar o que a atual Constituição de 1988 entende ser Direito Fundamental. Para tanto colacionar-se-á seu sumário:

Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 17)
Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º)
Capítulo II - Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11)
Capítulo III - Da Nacionalidade (arts. 12 e 13)
Capítulo IV - Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16)
Capítulo V - Dos Partidos Políticos (art. 17)

Importante tal registro para fixar, desde já, o entendimento de que, no atual ordenamento constitucional, os Direitos Sociais e Coletivos são considerados Direitos Fundamentais. Contudo, como se estudará, nem sempre foi assim, e o fato de hoje ser é crucial para que se consiga um exercício mais amplo do Direito à Educação, seja por meio da Judicialização ou outras garantias constitucionais.

Esse breve conceito acerca do que vem a ser Direitos Fundamentais será melhor detalhado no decorrer da pesquisa. Trata-se de conceito complexo e de variada interpretação tanto por juristas como por cientistas políticos, filósofos e educadores jurídicos, não existindo uma concordância entre eles acerca de tal conceituação.

A seguir, passa-se a estudar os esteios lógico-jurídicos dos Direitos Fundamentais, quem podem figurar como titular deles, os seus limites, suas características ou atributos essenciais e sua eficácia. Conforme leciona Cavalcante Filho, os Direitos Fundamentais possuem dois esteios lógico-jurídicos: o estado de direito e a dignidade humana. Quanto a esse último,

Trata-se, como se sabe, de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 4)

Nesse sentido, são direitos essenciais à vida digna (daí o nome). Mais do que isso, são condições naturais, materiais (abrigo, vestimenta, moradia), biológicas (alimentação, saúde), mentais (sanidade psíquica), cognitivas (Educação, socialização), dentre outras, para que a existência humana seja possível. Assim, são pré-existentes ao próprio direito, mas este procura positivar essas condições para a vida digna de modo a protegê-la. Neste sentido, Sarlet defende que,

vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano. (SARLET, 2001, p. 41).

Quanto ao estado de direito, tem-se a limitação dos poderes, antes autoritário e absoluto, do estado, conforme já adiantado acima. Na visão de Cavalcante Filho, o estado de direito estará vigente numa organização política na qual todos, inclusive o próprio poder público, estão submetidos à lei elaborada pelos indivíduos, com separação dos poderes e o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais. Na visão do autor,

O conceito de Estado de Direito (CF, art. 1º, caput) pode ser entendido, em poucas palavras, como o Estado de poderes limitados, por oposição ao chamado Estado Absoluto (em que o poder do soberano era ilimitado).

[...]

É certo que, hoje, fala-se mais em submissão à Constituição, antes mesmo da submissão à lei, com o que ganha corpo o conceito de Estado Constitucional de Direito. Mesmo assim, logo se vê que o conceito de Estado de Direito traz como consequência lógica a existência (e garantia) dos direitos fundamentais. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 5)

Os titulares dos Direitos Fundamentais são as pessoas físicas e jurídicas. Quanto às primeiras cabem algumas reflexões. Em que pese saber-se que os Direitos Fundamentais são supradireitos, no sentido de que seriam inerentes às pessoas independentes de estarem positivados em normas escritas, tem-se por outro lado que, seria impossível ou no mínimo inviável que o ordenamento constitucional brasileiro, suas autoridades e instituições pretendessem proteger todos indivíduos localizados, por exemplo, nos continentes orientais. Nesse sentido, Cavalcante Filho leciona que,

Poderíamos acrescentar que os direitos fundamentais, como são reconhecidos em um determinado Estado (e momento histórico), limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico desse País. Seria um tanto quanto pretensioso, por exemplo, o Brasil declarar que os direitos fundamentais previstos na CF são destinados a todos os indivíduos (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 15).

Bem, o ordenamento jurídico brasileiro até pode alcançar indivíduo em outros países, como no casamento de brasileiro em embaixadas e consulados, ou a punição de crimes cometidos por ou contra brasileiro no exterior nos casos e situações nas quais a lei brasileira permite. Contudo, essa não é a regra. Então tem-se, conforme o autor supracitado, que

podem ser titulares de direitos fundamentais (pessoas físicas): a) brasileiros natos; b) brasileiros naturalizados; c) estrangeiros residentes no Brasil; d) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro).

É preciso, porém, fazer uma ressalva: existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte. Por exemplo: existem direitos que se direcionam apenas a quem esteja pelo menos em trânsito pelo território nacional (garantias contra a prisão arbitrária); outros direcionam-se apenas aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados (direito à nacionalidade, direitos políticos); e, por sua vez, outros são destinados apenas aos brasileiros natos (direito à não-extradição, direito de ocupar determinados cargos públicos). Pode-se dizer que existe, então, uma verdadeira gradação na ordem enumerada anteriormente: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes, etc. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 16).

Já as pessoas jurídicas podem ser titulares dos Direitos Fundamentais desde que sejam compatíveis com sua natureza. Então, não tem a pessoa jurídica o direito a voto, mas pode exercer o direito do devido processo legal, ou seja, de processar alguém que a lese ou se defender, em um processo, de alguém que a processe. Nos dizeres de Cavalcante Filho,

Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas (inclusive as de Direito Público), desde que sejam compatíveis com a natureza delas. Assim, por exemplo, pessoas jurídicas têm direito ao devido processo legal, mas não à liberdade de locomoção, ou à integridade física. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 16).

Por possuírem personalidade própria, as pessoas jurídicas podem ser titulares de alguns direitos à personalidade. Pode, por exemplo, sofrer dano moral. Quanto à calúnia, injúria e difamação, não há posição pacífica entre os órgãos do judiciário nacional, mas há decisões pela possibilidade de as pessoas jurídicas serem vítimas desses crimes. Conforme entendimento pessoal de Cavalcante Filho,

as pessoas jurídicas podem também ser vítimas de crimes contra a honra, exceto injúria. Com efeito, calúnia e difamação atingem a honra objetiva (como a pessoa é vista pelos outros), o que é compatível com a situação das pessoas jurídicas. Apenas a injúria, que atinge a honra subjetiva (a autoimagem da pessoa) é impossível de ser perpetrada contra pessoa de existência meramente jurídica.

Todavia, essa não é a posição dos tribunais. O STJ considera que as pessoas jurídicas não podem ser consideradas sujeito passivo de nenhum crime contra a honra. Já no STF há um precedente segundo o qual a pessoa jurídica “pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia”. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 17).

Importante também, o estudo dos “limites aos Direitos Fundamentais”. Esses limites existem devido ao preceito da relatividade dos direitos, que se aplica, também, aos fundamentais, por vários motivos. Primeiro porque pode haver conflito entre ele, por exemplo: pode alguém, valendo-se da liberdade de expressão, divulgar a intimidade de alguém? Outro exemplo que relativiza os Direitos Fundamentais é o fato de alguém usar as garantias fundamentais como escudo para lesar outros direitos. Cavalcante Filho ensina que

[...] os direitos fundamentais são relativos, quer dizer, nenhum direito fundamental é absoluto.

É costumeiro dizer isso por dois motivos:

a) Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros, o que determina se imponham limitações recíprocas. Assim, por exemplo, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, porque pode chocar-se com o direito à intimidade.

b) Nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para a prática de atos ilícitos. Com efeito, os direitos fundamentais só protegem o seu titular quando este se move na seara dos atos lícitos, pois seria uma contradição em termos definir uma mesma conduta como um direito e um ilícito. Logo, se o direito define uma conduta como ilícito (crime, por exemplo), não se pode considerar como justo o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta. Não é válido, por exemplo, alegar liberdade de manifestação do pensamento para propagar idéias racistas ou discriminatórias [...] (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 20).

Nesta linha, tem-se então que a “concorrência entre Direitos Fundamentais” é o primeiro limite a ser estudado. De início salienta-se que não há Direito Fundamental que tenha mais valor que outro, assim, somente se pode avaliar qual irá prevalecer ao se analisar o caso concreto. O autor supracitado esclarece que

[...] o conflito de direitos fundamentais não se resolve de forma abstrata, mas sim à luz do caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em conflito para ver qual deles deverá prevalecer, naquele caso.

Por exemplo: no conflito entre o direito à vida e a segurança do Estado, qual deve prevalecer? Resposta: DEPENDE. De acordo com as condições do caso concreto, pode ser que prevaleça a vida (por exemplo: um homicida não pode ser morto “para segurança do estado”), ou pode ser que ceda à segurança do Estado (existe a pena de morte em caso de guerra declarada). Por isso, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida.

Casos e mais casos podem ser citados como exemplo de concorrência entre direitos fundamentais:

- a) direito à vida vs liberdade de religião, quando alguém que professa a crença das “Testemunhas de Jeová” recusa submeter-se a tratamento que demande transfusão de sangue ou transplante de órgãos;
- b) direito à liberdade de informação jornalística vs direito à intimidade, quando atriz é filmada mantendo relações sexuais na praia (Caso Cicarelli) ou quando pessoa pública é fotografada dentro de um clube privado (Caso Caroline de Mônaco: Hannover vs Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, dando ganho de causa à Princesa);
- c) direito à liberdade de expressão vs proibição do racismo. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 21-22).

O segundo limite dos Direitos Fundamentais é a “liberdade de conformação do legislador infraconstitucional”. Neste sentido, existem Direitos Fundamentais que estão previstos de forma muito genérica na constituição. Assim, encontram-se limitados até que o legislador infraconstitucional não defina seu alcance ou, doutro lado, ao emitir a lei que regulamenta tal direito, o legislador limita seu alcance nos casos em que a própria constituição permite, como por exemplo, o art. 5º, inciso XXXII da constituição ao prever que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, explicam e exemplificam bem a questão:

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição. (DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 152).

A teoria dos “limites dos limites”. Por ela, não pode haver abusos, pelo legislador, ou exercer os limites da “liberdade de conformação do legislador infraconstitucional” descrito acima. Assim, nos casos em que o legislador pode limitar os Direitos Fundamentais, ele não o pode fazer de forma que tal direito se torne inócuo. Cavalcante Filho leciona que,

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a ponto de torná-los verdadeiras conchas vazias.

Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofrem

limitações: é a teoria dos limites dos limites. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 24).

Para se estabelecer esses “limites aos limites” usa-se como parâmetro o “núcleo essencial” dos Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. O primeiro – núcleo essencial - já foi adiantado acima, ou seja “*o legislador é autorizado a restringir os direitos fundamentais; não pode, contudo, restringi-los tanto que os torne inócuos ou vazios*” (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 24). Esse mesmo autor exemplifica da seguinte forma:

Um exemplo pode esclarecer essa distinção. O próprio texto constitucional permite (CF, art. 5º, XIII) que o Congresso Nacional edite leis regulamentando o exercício de algumas profissões, ao exigir, por exemplo, determinadas qualificações técnicas para o desempenho de algumas tarefas. É legítimo, portanto, exigir que alguém só possa clinicar se possuir o curso superior de Medicina (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 24).

Já o princípio da proporcionalidade está ligado ao “núcleo essencial” e diz respeito a um juízo de adequação entre os meios e os fins. Assim, se os meios limitativos (leis infraconstitucionais) forem usados de forma abusiva pelo legislador de forma a tornar estéril o núcleo essencial do Direito Fundamental então não haverá proporcionalidade, podendo o Judiciário negar aplicação à lei limitativa. Cavalcante Filho explica que

o princípio da proporcionalidade diz respeito à compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes. Não sem razão, é também chamado de “princípio da proibição do excesso”. E, na feliz formulação de Jellinek, corresponde à máxima de que “não se abatem pardais com tiros de canhão”. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 26).

A par da sua heterogeneidade conceitual, no entender de Silva (2007), os Direitos Fundamentais são dotados de “atributos essenciais” que os identificam e justificam o uso da expressão “fundamentais” em sua denominação.

São direitos históricos, portanto, surgem e se modificam de acordo com as transformações sociais, econômicas e políticas. Inclusive, conforme será estudado, alguns autores os classificam com base nas “gerações”, ou seja, de acordo com o aparecimento cronológico deles durante a história. Essa posição é compartilhada por outros autores. Para Bobbio,

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 25)

Cavalcante Filho também contribui para o entendimento acerca da característica histórica dos Direitos Fundamentais. Segundo o Autor,

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Na França da Revolução, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a liberdade, igualdade e fraternidade; atualmente, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput). Da mesma forma, a igualdade entre os sexos é um direito fundamental no Brasil (CF, art. 5º, I), mas não o é nos países de tradição muçulmana. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 6).

São também direitos inalienáveis, assim impossível, material ou juridicamente, serem alienados ou transgidos, por possuírem natureza não-patrimonial. Para o autor acima citado,

Alienar significa transferir a propriedade. Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor. Claro que existem exceções: por exemplo, o direito à propriedade é, por óbvio, alienável. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8)

São imprescritíveis, ou seja, não perece com o decorrer o tempo, assim, diante de uma lesão a um Direito Fundamental, pode o seu titular exigir a reparação mesmo que se tenha passado vasto lapso temporal. Cavalcante Filho também trata da imprescritibilidade dos Direitos Fundamentais, no entanto, esclarece não ser característica absoluta. Nos dizeres do Autor,

não são perdidos pela falta de uso (prescrição). Assim, por exemplo, não é porque alguém passou 30 anos sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito.

Trata-se de uma regra geral, mas não absoluta, pois alguns direitos são prescritíveis, como é o caso da propriedade, que pode ser perdida pelo instituto da usucapião.

Na verdade, a expressão “imprescritibilidade” não é utilizada de forma muito técnica. Realmente, na Teoria Geral do Direito a perda do direito é denominada decadência, sendo que a prescrição é a perda da pretensão. Todavia, no Direito Constitucional, dizer que os direitos fundamentais são imprescritíveis significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8).

Além disso, são irrenunciáveis, não podendo o indivíduo abrir mão deles, conquanto possa deixar de exercê-lo (SILVA, 2007). Novamente, Cavalcante Filho salienta que há exceções. Para ele,

Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é,

importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade.

Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção.

Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8).

Alexy (1999) acrescenta mais características típicas dos Direitos Fundamentais, além das enumeradas acima. Para ele, são também direitos universais, por dois motivos. Primeiramente porque todo ser humano os possui, seja qual for a sua nacionalidade, etnia, origem, classe social ou econômica, sexo e idade. Além disso, devem ser aceitos por todos, no sentido de que não há quem não precise respeitá-los, pode ser exercido contra qualquer um que os macule, sem exceções.

São ontologicamente morais, pois carregam uma carga ética inequívoca e incontestável. São preferenciais pois devem ser buscados e efetivados pela sociedade e pelo poder público de forma prioritária. Além disso, são fundamentais: em que pese a redundância aparente, neste aspecto, eles servem de fundamento aos demais direitos e de base para as normas deles decorrentes. Nesse sentido, como já comentado, são essenciais à existência humana. Por fim, são direitos abstratos. Existem por si só ou são positivados por escrito em forma de princípios gerais que não são destinados a um caso concreto determinado, embora se concretizem quando da sua aplicação a casos práticos, quando violados. (ALEXY, 1999)

Cavalcante Filho, acrescenta ainda que os Direitos Fundamentais possuem as características da indivisibilidade e da conflituosidade. São indivisíveis na medida em que devem ser analisados em conjunto. A mácula a um deles fere também todo o conjunto de Direitos Fundamentais. Contudo, é possível haver conflito analítico entre os eles. Por indivisibilidade entende o autor que,

Os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isolada. Assim, o desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos.

Abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos. Não se pode desrespeitar direitos fundamentais “só um pouquinho”, ou “só para uma pessoa”. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8).

Contudo, não nega o autor que pode haver conflito entre os Direitos Fundamentais a ser solucionado pela técnica da ponderação. Para ele,

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Ex: direito à vida x liberdade de religião; direito à intimidade x liberdade de informação jornalística. Nesses casos de conflito, não

se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito (não se deve sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito). (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.11).

O Autor registra ainda que os Direitos Fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal, pelo menos aqui no Brasil. Pela eficácia horizontal, somente tem eficácia a aplicação dos Direitos Fundamentais quando se referem à limitação ao poder estatal, ou seja, dentro da dialética estado versus particular. Já pela eficácia vertical, a aplicabilidade é válida, também, entre particulares. Cavalcante Filho diferencia bem os dois tipos de eficácias ao lecionar que,

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*).

Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal). (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8)

Como dito, o estudo do surgimento e evolução dos Direitos Fundamentais no decorrer da história é valioso para dar robustez ao seu conceito, até porque, o Direito à Educação, em que pese ser classificado preponderantemente como direito social (segunda geração ou dimensão) possui também traços característicos de direito individual (primeira geração) e coletivo (terceira). Também a delimitação ontológica e conceitual dos Direitos Fundamentais estudada neste capítulo é de relevo para o entendimento da Educação enquanto Direito Fundamental, sua Judicialização e sua exigibilidade enquanto Direito Público Subjetivo.

1.2 O estudo da Educação enquanto Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo.

A Educação é Direito Fundamental e como tal, goza de todas as características estudadas acima. Surgiu no contexto histórico da segunda geração de Direitos Fundamentais; é base fundamental para o funcionamento do corpo social; é histórico, inalienável, imprescritível, irrenunciável, universal, moral, preferencial e fundamental; é essencial para a existência digna do homem. Acima de tudo a Educação “*é direito fundamental porque [...] consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência da dignidade*” (CAGGIANO, 2009, p. 22).

Na seara jurídica, também possui a seu favor todas as ferramentas institucionais e processuais garantidoras acima estudadas, além da aplicabilidade imediata e, para muitos, é considerado cláusula pétrea.

Dentre as várias gerações ou dimensões de Direitos Fundamentais, a Educação se enquadra preponderantemente dentre a segunda, ou seja, é um direito social, portanto, depende de uma ação do poder público para ser efetivado, “*seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos*” (TAVARES, 2010, p. 781). Como vimos essas ações estatais que efetivam o Direito à Educação enquanto Direito Fundamental são denominadas “políticas públicas”.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Desta forma, quando o Estado se omite na criação de políticas públicas educacionais, ou quando não atende individualmente algum indivíduo, pode ele acionar o Judiciário para obriga-lo a atender o seu direito subjetivo. Aí está a faceta de direito individual da Educação. Além disso, alguns dispositivos normativos contidos na Constituição de 1988 traduzem para a atualidade essa característica individual histórica da Educação. Por exemplo, o artigo 206, II da Constituição de 1988 quando prevê “*liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*”; o artigo 209 estabelecendo que “*O ensino é livre à iniciativa privada*”. Nesta linha, “*é possível falar numa dimensão não prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferência do Estado,*

quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas”. (TAVARES, 2010, p. 777).

Na verdade, em que pese possuir, preponderantemente, natureza de direito social, a Educação já estava presente no estado liberal desde a sua concepção clássica, conforme Cury (2007b, p. 832):

O Estado passa a ter um papel regulador no estabelecimento de uma política social ainda dentro de uma concepção liberal clássica. Tal é o caso da educação primária, como assinalado por clássicos do próprio liberalismo. [...] O Estado, neste caso, ao interferir no *contractus*, próprio do mercado, não estava conflitando com os direitos civis, porque o *status* de cidadão supõe pessoas inteligentes e de bom senso. (destaques originais)

Conforme se apreendeu, essa natureza multifacetada de alguns Direitos Fundamentais, como, no caso, do Direito à Educação, é fundamento para as críticas à sua classificação histórica em gerações, sendo por isso mais adequado a sua classificação por conteúdo, ou seja, por dimensões.

[...] vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos para alcançar os seus fins. (CAGGIANO, 2009, p. 23)

Vê-se também que o a Educação também possui contornos de direito coletivo, na medida que implementa desenvolvimento ao corpo social nas mais diversas áreas do conhecimento.

O importante é perceber que a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não apenas aos beneficiários diretos do serviço (alunos), mas à coletividade, já que a educação escolar constitui um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade. (DUARTE, 2004, p. 115)

Neste sentido, além de ser um dos Direitos Fundamentais (na verdade, um supradireito, como se estudou), a Educação é também instrumento para viabilizar o gozo dos demais Direitos Fundamentais e o exercício pleno do próprio Poder Soberano. Esse entendimento está cristalizado junto aos autores das áreas jurídica e educacional. Para Canotilho (2003, p. 473) uma sociedade exerce seus Direitos Fundamentais na proporção do nível de ensino que ele possui e tem acesso. Para ele, o nível educacional é um dos fatores que “*condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos*” (CANOTILHO, 2003, p. 473).

A Educação é, a um só tempo, direito e instrumento de exercício de direitos. É “*um direito social fundante da cidadania e o primeiro na ordem das citações*” (CURY, 2002, p. 19). Neste sentido, complementa o autor que:

É importante se saber, por exemplo, que o Título II, Capítulo I, art. 5º da nossa Constituição garante uma lista infinda de direitos civis dentre os quais muitos tem a ver com educação. Cito alguns: a igualdade jurídica entre homem e mulher, a liberdade de consciência e de expressão, a liberdade de associação, a condenação a todo tipo de maus-tratos e a condenação ao racismo como crime inafiançável. (CURY, 2002, p. 19)

Atento à importância da Educação, não só como direito isoladamente, mas também como instrumento no funcionamento da estrutura orgânica do estado, Cury (2002) entende a Educação como instrumento para o exercício da cidadania.

Um Brasil uno em sua multiplicidade, moderno e efetivamente democrático será realidade quando oferecer ao seu povo reais condições de inclusão e cidadania. Isso possibilitará o rompimento com uma realidade perversa e dualista de um passado ainda presente. (CURY, 2002, p. 22).

No entendimento de Cury (2002, p. 21), ao tratar especificamente sobre a Educação enquanto direito, ensina que Direito Público Subjetivo é “*aquele pelo qual o titular de um direito pode exigir direta e imediatamente do Estado, o cumprimento de um dever e de uma obrigação*”.

Tem-se então o cidadão em qualquer idade como titular do Direito à Educação. Em contrapartida, o dever de prestação de tal direito é do estado e a da família. Nesta linha, a princípio, pode o titular exigir, inclusive judicialmente, que o poder público lhe forneça a prestação educacional.

Na prática, isto significa que o titular de um direito público subjetivo tem assegurado a defesa, a proteção e a efetivação imediata de um direito, mesmo quando negado. Qualquer criança, adolescente, jovem ou idoso que não tenha entrado no ensino fundamental pode exigi-lo e o juiz deve deferir direta e imediatamente, obrigando as autoridades constituídas a cumpri-lo sem mais demora. O não-cumprimento por parte de quem de direito quanto a isto implica em responsabilidade da autoridade competente. (CURY, 2002, p. 22)

Como se vê, questão de grande relevância para a presente pesquisa é o estudo da Educação enquanto Direito Público Subjetivo e o principal meio de se concretizar tais direitos: as políticas públicas educacionais.

O direito objetivo é a norma abstrata positivada expressamente como tal em norma escrita. Apesar de poder haver a previsão na norma de quais pessoas são os titulares do direito, no nível objetivo, não se nomina ou se aponta a pessoa especificamente, sendo titular, qualquer indivíduo que venha a se enquadrar na descrição normativa. São previsões

normativas abstratas que, quando criadas, não são dirigidas a uma certa pessoa, mas sim a qualquer um que se enquadre na situação descrita na norma jurídica.

Já o Direito Público Subjetivo figura como fenômeno decorrente do direito objetivo, quando um certo indivíduo se amolda na situação prevista na norma abstrata, surgindo pra ele a faculdade de exercer o seu direito subjetivo no mundo concreto dos fatos, exigindo a reparação da lesão jurídica contra quem o fere.

A dicotomia [entre direito objetivo e subjetivo] pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, no sentido de que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no direito das sucessões significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de um herdeiro, mencionamos que algo lhe pertence. Para clarificar, lembramos que o inglês tem duas palavras diferentes para enunciar os dois termos: law (direito objetivo) e right (direito subjetivo)” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 146).

A consolidação do Direito Público Subjetivo está intimamente ligada ao amadurecimento da noção de “personalidade jurídica do indivíduo”, surgida à medida em que foram sendo implementados os Direitos Fundamentais, ou seja, passou-se cada vez mais a se considerar o indivíduo como sujeito de direitos, num primeiro momento, quando das revoluções liberais, e num segundo, com o surgimento dos direitos sociais de segunda dimensão, quando se consolidou na teoria dos direitos público subjetivos no final do século XIX na Alemanha.

Quanto à personalidade jurídica do indivíduo Duarte (2004, p. 113-114) explica que *“Como pressuposto para a aceitação deste poder conferido ao indivíduo, está a idéia de que entre o Estado e seus membros existe uma relação jurídica e, conseqüentemente, os conflitos dela resultantes podem ser resolvidos judicialmente”*. Nota-se portanto, a íntima relação entre “Direito Público Subjetivo”, “personalidade jurídica do indivíduo” e o fenômeno da Judicialização. Mais adiante, na mesma obra, Clarice Seixas Duarte explana que:

[...] o acionamento do ordenamento é feito em nome da perseguição de vantagens individuais, justamente porque o interesse individual é reconhecido como merecedor de uma proteção jurídica especial. Na prática, cria-se um mecanismo de defesa contra abusos do poder estatal e proteção da liberdade individual, ideais fortemente identificados com os valores do pensamento jurídico liberal.

Tradicionalmente, no modelo do Estado Liberal clássico, a exigibilidade individual de direitos civis e políticos sempre esteve calcada no reconhecimento de uma posição jurídica que confere aos seus titulares a possibilidade de barrarem qualquer intervenção estatal indevida em sua esfera própria de liberdade. De acordo com esta concepção, o que se pretende é uma omissão (conduta negativa) dos Poderes Públicos: não agir

de forma arbitrária, ou seja, desrespeitando os parâmetros legais previamente estabelecidos. Entretanto, a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica mas também material e efetiva – grande bandeira dos direitos sociais –, exige uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna (DUARTE, 2004, p. 114).

As políticas públicas educacionais são justamente essa posição ativa que o Poder Público deve implementar para concretizar o gozo do Direito à Educação. Acerca de políticas públicas educacionais, Cury (2007b, p. 832) ensina que “*esse impulso interventor, para além da gratuidade, pode se revestir de outras ações como obrigatoriedade, assistência, diretrizes, autorização de funcionamento, planejamento e financiamento*”.

Há uma grande mobilização pública para se criar políticas públicas educacionais. De início há que se criar em lei e atos normativos infralegais a previsão jurídica abstrata, como será estruturada, quem são os órgãos educacionais responsáveis pela prestação educacional, de onde vai sair a verba pública para custear tais políticas, dentre outras previsões em normas, tudo precedido de estudos de viabilidade material, pedagógica e financeira. Depois passa-se à execução do que foi instituído nas normas jurídicas: às vezes obras, capacitação, convocação e etc. Duarte ensina que,

O processo inicia-se pela escolha das prioridades e dos meios adequados para atingir os fins estabelecidos, além da determinação dos caminhos a serem adotados. Um outro elemento essencial da política pública diz respeito à previsão de financiamento, pois a destinação de recursos é indispensável à contratação de pessoal, oferta de serviços, etc. Por fim, deve haver uma fase de avaliação dos resultados da política adotada, o que inclui o controle e a fiscalização de sua implementação pela sociedade civil, pelos Tribunais de Contas, Conselhos Gestores de Políticas Públicas e, até mesmo, pelo Judiciário (Duarte, 2004, p. 114).

Necessária a reflexão acerca do alcance da Educação enquanto Direito Público Subjetivo, já que a Constituição de 1988, ao se referir a tal questão, assevera em seu artigo 206, §1,º que o “*acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*” (BRASIL, 1988). Neste sentido, surge a questão: tudo o que a Constituição trouxe sobre Educação é Direito Público Subjetivo ou somente o ensino obrigatório e gratuito? Essa questão nos leva a outra: pode-se exigir do estado somente uma prestação individualizada que não está sendo prestada ou é possível cobrar a implementação de políticas públicas cujos titulares são vários indivíduos dentro do corpo social? Silva (2007), é adepto da visão ampliada do direito educacional público e subjetivo que, para ele:

[...] significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem

que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2007, p. 313)

Em verdade, conforme se viu, ao ser elencado como Direito Fundamental, a Educação goza, enquanto norma jurídica constitucional, de aplicabilidade imediata (BRASIL, art. 5º, §1º), sendo que o fato de o art. 206, §1º, da Constituição de 1988 se referir apenas ao ensino obrigatório e gratuito não deve induzir à conclusão de que o Direito à Educação como um todo não seja também Direito Público Subjetivo, pois a própria natureza de Direito Fundamental já lhe dá essa prerrogativa. Veja-se que o Direito à Educação não se reduz a fornecer vaga a todos no ensino básico, sendo muito mais que isso. Nesta linha, Duarte esclarece que:

Em primeiro lugar, vale lembrar que o direito à educação não se reduz ao direito do indivíduo de cursar o ensino fundamental para alcançar melhores oportunidades de emprego e contribuir para o desenvolvimento econômico da nação. Deve ter como escopo o oferecimento de condições para o desenvolvimento pleno de inúmeras capacidades individuais, jamais se limitando às exigências do mercado de trabalho, pois o ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social. O sistema educacional deve proporcionar oportunidades de desenvolvimento nestas diferentes dimensões, preocupando-se em fomentar valores como o respeito aos direitos humanos e a tolerância, além da participação social na vida pública, sempre em condições de liberdade e dignidade. Assim, no Estado Social, a proteção do direito individual faz parte do bem comum. (DUARTE, 2004, p. 115)

Necessário também registrar que o termo “público” presente na expressão Direito Público Subjetivo denota a ideia de vínculo normativo no qual o poder público figura em um dos polos da relação jurídica obrigacional, no caso dos direitos educacionais, em regra o estado se encontra na posição de obrigado, ou seja, preenche o polo passivo da relação jurídica. Nesta linha:

O reconhecimento de pretensões aos indivíduos pela lei vem reforçar a proteção de sua liberdade e não transformá-las em direitos privados [...] vale destacar que, para o indivíduo fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse, é preciso que, por trás do interesse particular, também o interesse público seja protegido (afinal, trata-se de um direito público). Aliás, este aspecto assume função de destaque no quadro de um Estado Social, pois o objeto da proteção recai sobre um direito social e este aspecto não pode ser desprezado (DUARTE, 2004, p. 115).

O debate acerca do direito público e privado, e de Judicialização individual ou coletiva da Educação se faz relevante porque antes da Constituição de 1988, havia discussão sobre a impossibilidade de se judicializar o Educação sob o argumento, dentre outros, de que

os direitos sociais eram meras sugestões programáticas dadas pelo constituinte aos poderes Legislativo e Executivo. Noutras vezes, defendia-se que o indivíduo não poderia exigir do estado a prestação educacional somente a si, já que, por ser direito social a exigir implementação de políticas públicas coletivas, não poderia o cidadão exigí-lo individualmente. Já o constituinte de 1988 elaborou o sistema de garantias aos direitos sociais de forma a não se ter mais dúvidas acerca da ampla possibilidade de exigência judicial do Direito à Educação e do inequívoco dever estatal em prestar Educação a todos gratuitamente, individual ou coletivamente.

A função de se prever de forma expressa na Constituição que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais[...]

No caso de um direito público subjetivo, a pretensão individual é concorrente e não substitutiva em relação à pretensão pública. A previsão expressa de um direito público subjetivo confere, apenas, uma diferença de grau à pretensão. Assim, mesmo para aqueles casos em que o direito público subjetivo não está previsto de forma expressa, o indivíduo tem o direito de exigir uma prestação individual (DUARTE, 2004, p. 117).

Desta forma, investigar a Educação como Direito Público Subjetivo é essencial para se entender o fenômeno da sua Judicialização, já que, o fato de o indivíduo ter a prerrogativa de exigir a política pública educacional de quem lhe deve prestar (estado ou a família), propicia oportunidade para que o educando acione o Judiciário para concretizar seus direitos, considerando-se ainda, nesse contexto, os instrumentos garantidores previstos no ordenamento constitucional e infraconstitucional.

CAPÍTULO II

O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

No Brasil colônia, conforme se estuda em Otaíza Oliveira Romanelli, quase nada se fez para viabilizar o exercício do Direito à Educação aos integrantes da nação.

[...] a instrução em si não representava grande coisa na construção da sociedade nascente. As atividades de produção não exigiam preparo, quer do ponto de vista de sua administração, quer do ponto de vista da mão de obra. O ensino, assim, foi conservado à margem, sem utilidade prática visível para uma economia fundada na agricultura rudimentar e no trabalho escravo. (ROMANELLI, 1986, p. 34)

Por tal razão, nosso estudo começará a partir da independência do Brasil, até porque, nosso objetivo é conhecer a trajetória histórica da Educação nas constituições brasileiras, a partir de 1824 até a nossa Carta Magna de 1988.

2.1 A trajetória dos direitos educacionais no ordenamento constitucional brasileiro

No Brasil, acompanhando o movimento liberal europeu, cerca de um ano após a independência em 7 de setembro de 1822, o poder constituinte nacional elaborou o Projeto de Constituição em 1823 que, segundo Haidar e Tanuri (1999, p. 62), estabelecia:

[...] a difusão da instrução pública de todos os níveis, salientando a responsabilidade do governo e consagrando expressamente a liberdade da iniciativa particular chamada a cooperar com os poderes públicos na difusão das luzes por todas as camadas da população.

Além dessa proposta, havia variado debate acerca da Educação enquanto direito no ambiente político da época. Dom Pedro, em seu discurso fundador da constituinte de 1823, ressaltou a necessidade de uma legislação específica sobre o tema. Apesar disso, o texto constitucional promulgado na Constituição de 1824 ficou aquém das intenções iniciais e quase nada foi previsto acerca da organização da Educação e bem pouco se incrementou em termos de direito subjetivo garantidor (CHIZZOTTI, 2005, p. 53). Realmente, conforme se verifica no texto constitucional de 1824 abaixo colacionado, o ensino primário até era previsto como direito do cidadão, mas como enfatiza o autor acima, não houve a efetivação concreta da norma positivada no seu artigo 179, inciso XXXI:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXXI A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

XXXII Colégios e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Bellas Artes e Artes. (BRASIL, 1824)

A lei regulamentando os dispositivos constitucionais acima colacionados somente foi promulgada em 1927, que “[...] *determinava que em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos haveria escolas de primeiras letras que fossem necessárias. O número delas e sua situação seriam indicados pelos presidentes em conselho, ouvidas as câmaras municipais respectivas*” (SUCUPIRA, 2005, p. 58). O autor registra a precariedade da estruturação legal e fática da Educação, pois não haviam professores qualificados, tampouco previsão de investimentos e conseqüentemente instituições de ensino. Faltava à época também uma metodologia de ensino diretiva. (SUCUPIRA, 2005, p. 59).

Em 1834 um Ato Adicional acrescentou alguns dispositivos ao ordenamento constitucional da época prevendo o que segue:

Art. 250 – Haverá no Império escolas primárias em cada termo, ginásios em cada comarca e universidades nos mais apropriados locais;

Art. 251 – Leis e regulamentos marcarão o número e a constituição desses úteis estabelecimentos;

Art. 252 – Livre a cada cidadão abrir aulas para o ensino público, contanto que responda pelos abusos. (SUCUPIRA, 2005, p. 55).

André Paulo Castanha, escreveu artigo sobre as alterações que o Ato Adicional de 1834 trouxe à Educação à época. Para o Autor, a inovação constitucional procurou descentralizar a Educação, o que pode ser verificado nos artigos 250 a 252 colacionados acima. Além disso, inaugurou no cenário político nacional a discussão, que de certa forma se arrasta até hoje, sobre concentrar ou não, na figura de um ente federado central, no caso, a União, o ensino e suas diretrizes. Segundo o Autor,

O Ato Adicional foi o marco que desencadeou uma vasta discussão entre centralização e descentralização no Brasil imperial, principalmente no campo educacional.

[...]

Para a maioria dos historiadores a descentralização fragmentou os parques projetos e recursos existentes, contribuindo para a proliferação de leis contraditórias, e na prática pôs por terra a instrução elementar no Brasil imperial. O Ato Adicional é visto como fator determinante na definição das políticas de instrução pública elementar, pois cada província, a partir de então, tinha autonomia para se organizar ao seu modo. (CASTANHA, 2006, p. 171).

Registra ainda que, da mesma forma que em outros períodos constitucionais, a previsão textual normativa nem sempre significa exercício pleno do direito, ou seja, mesmo com a pouca regulamentação vigente, quase nada foi efetivado. O autor assevera que,

No Brasil do século XIX não havia condições históricas para resolver o problema da escola pública. Não havia condições econômicas, políticas, sociais, materiais e humanas para difundir escolas por todo o território habitado. Além disso, o interesse da população pela instituição escolar era muito pequeno, uma vez que o Brasil da época era basicamente rural, a população estava dispersa, com difíceis recursos de comunicação e transporte e tinha como base de organização a escravidão. A escola era uma instituição em processo de constituição e, por isso, disputava espaço com outras entidades e outros interesses da população. (CASTANHA, 2006, p. 191).

Romanelli, possui entendimento semelhante, no sentido de que embora previsão expressa do Direito à Educação no texto constitucional, a efetivação do seu exercício não se operou no período imperial. Culturalmente, a própria sociedade não via a Educação e a instrução como essenciais:

Para uma economia de base agrícola, como era a nossa, sobre a qual se assentavam o latifúndio e a monocultura e para cuja produtividade não contribuía a modernização dos fatores de produção, mas tão somente se contava com a existência de técnicas arcaicas de cultivo, a educação realmente não era considerada como fator necessário. (ROMANELLI, 1986, p. 45)

Como vimos no capítulo I, há que se ter garantias instrumentais para que se busque a implementação dos direitos educacionais. No caso da Constituição de 1824, o único dispositivo legal sobre instrumentos garantidores era o artigo 179, inciso XXX, prevendo de forma bastante genérica e imprecisa que: *“Todo o cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas ou petições, e até expor, qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores”* (BRASIL, 1824)

A Constituição Federal de 1891 surge dois anos depois da Proclamação da República, aos 15 dias do mês de novembro de 1889, fruto do histórico golpe civil-militar que extinguiu o período imperial brasileiro, implementando a forma republicana de poder no país. Com uma ruptura tão abrupta na estrutura política nacional, fez-se necessária a promulgação de uma nova constituição.

A rigor, a destituição do regime imperial pelas armas destruía um regime político, mas não criava automaticamente um outro mais emancipador. Assim, a constitucionalização do país – exigência dos governos estrangeiros para reconhecer o novo regime como legítimo e exigência de muitos partidos existentes e de movimentos internos no país – conheceria antes o governo provisório como “constituente privilegiado” no sentido de dar os primeiros contornos republicanos (CURY, 2005, p. 70).

Fruto de um sentimento antimonárquico e acompanhando a tendência mundial, a Constituição de 1891 propôs o federalismo e a Separação de Poderes como organização política e o liberalismo na seara econômica. Quanto aos direitos de segunda geração, bem pouco ou quase nada havia em seu texto. Sobre Educação, algumas previsões se encontram no seu artigo 34, estabelecendo competência privativa ao congresso para legislar acerca do ensino superior na Capital e artigo 35 com previsões rudimentares acerca da organização da Educação. (CURY, 2005, p.76).

Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional :

[...]

30. Legislar sobre a organização municipal do Districto Federal, bem como sobre a policia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o governo da União;

Art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

[...]

2º Animar, no paiz, o desenvolvimento das letras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locaes;

3º Criar instituições de ensino superior e secundario nos Estados;

4º Prover á instrucção secundaria no Districto Federal. (BRASIL, 1891)

Com a Constituição de 1891 houve ainda a separação entre igreja e estado e isso se refletiu de certa forma na Educação, tanto que seu artigo 72, § 6º prevê que: “*Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos publicos.*” (BRASIL, 1891)

Cury aponta ainda o fato lamentável de não haver na Constituição de 1891 qualquer norma estabelecendo a obrigatoriedade ou a gratuidade do ensino. Para o autor tal omissão foi fruto do federalismo e do liberalismo recentemente implementados: “*a obrigatoriedade não passou, seja por causa do federalismo, seja sobretudo pela impregnação do princípio liberal de que a individualidade é uma conquista progressiva do indivíduo que desenvolve progressiva e esforçadamente a sua virtus*” (CURY, 2005, p. 78).

Nas primeiras décadas do século XX, a demanda por Educação aumentou devido ao processo de desenvolvimento, refinamento dos setores produtivos e urbanização que se instalou no Brasil, impulsionado em parte pela segunda revolução industrial que gerava efeitos retardatários por aqui.

Pelo fato de que, até então, a Educação ter sido prestada de forma precária, era ela também desestruturada, desuniforme territorialmente e desorganizada. Desta forma, o desenvolvimento econômico que sobreveio não encontrou apoio necessário no sistema educacional disponível à época. Contudo, aos poucos se viu movimentos do poder público e

da sociedade civil no sentido de se impulsionar mudanças. Houve uma profissionalização dos educadores, que passam a estudar o próprio fenômeno da Educação enquanto área técnica. A Associação Brasileira de Educação, fundada em 1924 teve grande relevo na estruturação da Educação nacional na primeira metade do século XX. Seus anais foram base para elaboração de diretrizes e bases e planos nacionais da Educação e até a Constituição de 1934.

A fundação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO-mais conhecida pela sigla ABE- se concretizou na tarde do dia 15 de outubro de 1924, no anfiteatro de Física da Escola Politécnica.

Em 1932, a ABE lançou o célebre MANIFESTO DOS PIONEIROS DA EDUCAÇÃO NOVA, redigido por Fernando de Azevedo que, pela repercussão alcançada em nossos meios educacionais e culturais, constituiu-se num acontecimento marcante na história da educação brasileira.

Ao longo de sua atuação, a ABE promoveu diversas Conferências Nacionais de Educação, com educadores de todo o país, para debater importantes questões educacionais. O pensamento da ABE influenciou na elaboração de leis que traçaram diretrizes e bases da educação e de planos nacionais de educação.¹(Disponível online)

Para Rocha (2005), esse ambiente de valorização da Educação contribuiu, juntamente como outros fatores, para o implemento da República Nova pela Revolução de 1930, tanto que, como consequência sugeriram esforços para a criação de um Plano Nacional de Educação e implementação do ensino público no país com a criação, inclusive de um Ministério da Educação. Avolumou-se o entendimento acerca da importância da formação para o exercício da cidadania surgindo o Movimento Renovador da Educação, estabelecendo teoria crítica ao período educacional anterior que:

[..]consistia nas insuficiências de implementação de uma Educação universal, tanto no acesso como na capacidade de seleção e qualificação do ensino. Portanto, na crítica à incapacidade da República em realizar o seu fundamento jurídico-político de Estado laico, neutro e universal aos seus cidadãos (ROCHA, 2005, p. 122).

Essa nova ordem educacional emergente tecia várias críticas ao sistema de ensino da República Velha buscando desconstruir conceitos como:

a) superação de toda a seletividade social através da escola única, que a todos se dirige; b) compreensão do papel da escola na constituição da sociabilidade; c) pedagogia sustentada na individualização do educando e na consciência do ser social do homem; d) caráter público da Educação, entendida como exigência de sustentação financeira do Estado, que respalda a diversidade educacional (ROCHA, 2005, p. 122).

¹ <<http://www.abe1924.org.br/quem-somos>>. Acesso em 1 abr. 2020

As normas educacionais na Constituição de 1934, em sintonia com o otimismo nacional que se instalou na época no que se refere à importância da Educação, trouxe em seu texto normativo várias inovações importantes, contudo, pragmaticamente, o Direito à Educação ainda não alcançara uma efetividade no mínimo satisfatória e apta a alavancar o desenvolvimento nacional.

A Constituição de 1934 previu a necessidade de criação do plano nacional de Educação, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Educação, na ânsia de uniformizar o ensino no território brasileiro. O ensino básico passa a ser gratuito, inovando-se na previsão de percentuais orçamentários mínimos a serem aplicados na Educação, além de estabelecer a liberdade de cátedra. De se destacar também, a previsão de que a Educação é direito de todos, conforme texto constitucional citado abaixo:

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a 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.

Art 150 - Compete à União:

a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País;

[...]

e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.

Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras a e e , só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;

b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;

c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;

[...]

Art 152 - Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Educação, organizado na forma da lei, elaborar o plano nacional de educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo e sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais.

[...]

Art 155 - É garantida a liberdade de cátedra (BRASIL, 1934)

Pela primeira vez na história do país a Educação foi prevista como direito de todos. O texto constitucional de 1934 foi o resultado do embate dialético entre os ideais do Movimento Renovador e a Igreja Católica. Apenas a título de exemplo, os renovadores queriam o ensino laico, mas acabaram cedendo e prevaleceu o ensino religioso facultativo.

Nos anos que seguiram à promulgação da Constituição de 1934, houve agravamento da situação político-social, sendo que já em 1935, foi promulgada a Lei de Segurança Nacional, instituindo estado de sítio permanente no país. Tal instabilidade política dificultou a efetivação dos direitos constitucionais à Educação previstos na Constituição de 1934 e, em 1937, há a outorga de uma nova Constituição:

Em consequência do golpe, a 10 de novembro é outorgada uma nova Constituição, que difere em essência das anteriores constituições republicanas, pois dispensava o sistema representativo, enquadrava os demais poderes no Executivo e liquidava com o federalismo, com os governos estaduais, com a pluralidade sindical, etc. Em um de seus artigos, o de nº 177 das disposições Transitórias, que foi prorrogado por duas vezes, permitia ao governo aposentar ou demitir funcionários considerados contrários ao governo. (RIBEIRO, 1991, p.114)

A Constituição de 1937 acabou por reduzir os deveres do Estado quanto à previsão do ensino de forma gratuita ao trazer em seu bojo um texto com exceções e ambiguidades quanto a quem eram os legítimos responsáveis pela prestação educacional. Houve também um retrocesso quanto a outros avanços até então conseguidos. O seu artigo 125 coloca os pais como primeiros responsáveis pela Educação da prole e o estado como coadjuvante. O artigo 130 relativizou a gratuidade do ensino no intento de restringi-la somente aos que comprovarem escassez de recursos. Assim foi redigido parte do texto constitucional de 1937:

Art. 125. A educação integral da prole é o primeiro dever e 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.

Art. 130. O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. (BRASIL, 1937).

Durante a período da primeira ditadura, entre as constituições de 1937 e 1946, quase nada se avançou em termos de efetivação do Direito à Educação, em que pese os avanços na implementação dos direitos sociais trabalhistas. Referindo-se ao texto constitucional colacionado acima, Oliveira comenta que,

[...] este Texto prioriza a escola particular como mecanismo de efetivação do direito do cidadão à educação, não mencionando como um dever do Estado, ao qual é reservado um papel subsidiário nesta tarefa, revelando uma concepção privatista. Além disso, afirmar que a educação é o “primeiro dever e o direito natural dos pais”, omitindo-se quanto ao direito da criança, ou melhor, absorvendo o direito de uns no dos outros, não levando em conta a possibilidade desses princípios serem contraditórios, como será, logo depois reconhecido pelo Código Penal ao prever sanções contra o crime de “abandono intelectual”, cujo réu é o pai ou responsável. (OLIVEIRA, 1995, p. 78)

A nova estrutura organizacional da Educação contemplava a tendência conservadora imposta à época. Achava-se que as diferenças sociais, geográficas e raciais eram a causa do subdesenvolvimento do país, tanto que a Educação, vista como solução pelos conservadores, se centralizou na figura da União. Buscava-se, através da Educação, o fortalecimento da unidade e da nacionalidade por meio da padronização do ensino via imposições curriculares, livros didáticos de adoção obrigatória, um conteúdo pedagógico dividido em cívico, religioso e patriótico e a utilização do Colégio Pedro II e da Universidade do Brasil como instituições modelo, havendo inclusive a extinção de instituições de ensino que fugiam ao padrão estabelecido (XAVIER, 1999, p. 50-51).

Desde que Getúlio Vargas assumiu o poder, já se tinha eleições marcadas para 1938, mas ele se manteve no cargo de presidente sob a alegação de que, com a segunda guerra, ele deveria proteger a pátria do que chamava de Plano Cohen, que seria elaborado pelos comunistas, para assumir o poder. A sucessão em período de guerra seria muito arriscada, segundo alegava o presidente ditador.

Se por um lado a guerra foi a causa alegada para a permanência o sentimento antiguerra influenciou a sua queda. O implemento da Constituição de 1946 ocorreu no início do período pós segunda guerra mundial. Na primeira metade da década de 1940, animados pelos sentimentos de horror à guerra, alguns movimentos insatisfeitos com o regime varguista, confabulavam suas contrariedades com a ditadura vigente. Monteiro Lobato, por exemplo, era um dos opositores à Era Vargas. Outro exemplo foi a União Democrática Nacional, fundada tendo dentre seus objetivos o combate ao regime. (OLIVEIRA, 2005).

Sob pressão, Vargas convocou eleições para 1945, vencidas por Eurico Gaspar Dutra, candidato, inclusive, apoiado por ele, gerando o ambiente de renovação que deu origem à Constituição de 1946.

Várias são as críticas ao texto constitucional de 1946. No aspecto democrático, foi considerada limitada e contraditória por Oliveira (2005, p. 153-164). Para Boaventura (2005, p. 194), trouxe ínfimas inovações, não só na área de Educação como em outras, tendo

retomado muitas das ideias da Constituição de 1934, contudo, a reconhece como “*um instrumento para uma nova redemocratização que nos garantiu uma curta viagem liberal de 1946 a 1964*”.

Os debates parlamentares mais intensos giravam em torno de temas como a adoção da disciplina Educação, Moral e Cívica, a questão da dicotomia entre ensino público e privado e o tema do ensino religioso.

Sobre esse tema, o texto promulgado ficou como segue: “*o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrada de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável*” (BRASIL, 1946), assim, dentro do embate travado no debate parlamentar o *lobby* da Igreja acabou por conseguir que o ensino religioso estivesse presente e fosse prestado pelo Estado, mas por outro lado teve que ceder, aquiescendo que ele fosse facultativo.

A Constituição de 1946 manteve a escolarização obrigatória, devolvendo ao ordenamento constitucional a gratuidade do ensino primário, a necessidade de uma lei de diretrizes e bases da Educação, a liberdade de cátedra, percentual orçamentário mínimo a ser aplicado na Educação e normas programáticas gerais no intento de unificar o ensino no país. Tais previsões constitucionais foram previstas nos artigos 5º, 166, 168 e 169 da Constituição de 1946, conforme abaixo.

Art 5º - Compete à União:

XV - legislar sobre:

[...]

d) diretrizes e bases da educação nacional;

Da Educação e da Cultura

Art 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.

[...]

Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;

II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;

[...]

VII - é garantida a liberdade de cátedra.

Art 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por

cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art 170 - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios (BRASIL, 1946)

As discussões no bojo do processo Legislativo de formação do texto constitucional de 1946 foram intensas. O resultado foi que se deu uma certa autonomia para os estados organizarem seus próprios sistemas de ensino, podendo a união prestar aporte financeiro a eles. Em que pese essa relativa autonomia, a unidade de ensino seria promovida por uma Lei de Diretrizes e Bases com vigência nacional. Foi também nas discussões de elaboração da Constituição de 1946 que se ventilou pela primeira vez no país a questão do ensino de qualidade. (OLIVEIRA, 2005).

Somente mais de 14 anos depois é que, em 1961, a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação do Brasil foi sancionada, estabelecendo as atribuições do Ministério da Educação e do Desporto, do Conselho Nacional de Educação, e das Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior.

[...] a primeira lei geral da educação, permitiu a descentralização da educação da esfera federal para a estadual, com a institucionalização dos sistemas de educação e recriação dos Conselhos de Educação com funções normativas (BOAVENTURA, 2005, p. 196)

Sob a égide dessa nova normativa foi elaborado o Plano Nacional de Educação, garantindo expressamente ensino obrigatório e gratuito até a quarta série a toda população escolar de 7 a 11 anos. Norma, como se sabe, não levada a efeito pragmático, tanto que, até hoje, não se tem todos de cidadãos em idade escolar matriculados.

Anísio Teixeira (1994) em sua obra “Educação não é privilégio” teceu valioso estudo sobre a situação da Educação no período pós Constituição de 1946. Vislumbrava a Educação primária como solução para o trabalho qualificado, tão demandado à época, a formação para a cidadania pós ditadura e a desigualdade socioeconômica, por tal razão, pregava que deveria ser a prioridade dentre as políticas públicas educacionais. O autor queria uma descentralização do ensino nacional com mais autonomia aos estados e até às escolas, inclusive, com adaptações delas às realidades locais. Defensor do ensino público, obrigatório e universal e entusiasta em favor da questão da Educação de qualidade.

Até neste momento histórico, em nenhuma das constituições do período republicano não se previu qualquer instrumento garantidor do Direito à Educação.

No entendimento de Fávero (2005, p. 242) era quase um consenso o papel da Educação na primeira metade da década de 50 como “*formadora da consciência nacional e instrumentalizadora de transformações político-sociais profundas*”. Posteriormente,

alinhando-se ao ideal de Juscelino Kubitschek, esperava-se que a Educação funcionasse como *“preparadora de recursos humanos para as tarefas da industrialização, modernização da agropecuária e ampliação dos serviços”*.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 inauguraram a ditadura civil-militar no Brasil. Em que pese ser uma produção legislativa não democrática, seu texto manteve, de uma forma geral, vários dos direitos educacionais anteriores. Horta (2005) registra retrocessos que ocorreram em sede infraconstitucional: a Lei nº 5.692 de 1971, que fixou *“Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus”* (BRASIL, 1971), revogou vários dispositivos legais da antiga Lei de Diretrizes e Bases de 1961, inclusive os que previam a aplicação mínima de recursos da União na Educação. O Poder Executivo, em sede de debates constituintes, defendia que *“tal vinculação era incompatível com a sistemática orçamentária introduzida pela nova constituição”*. (HORTA, 2005, p. 219). De acordo com a nova constituição,

Art. 1º O ensino de 1º e 2º graus tem por objetivo geral proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de auto-realização, qualificação para o trabalho e preparo para o exercício consciente da cidadania.

1º Para efeito do que dispõe os artigos 176 e 178 da Constituição, entende-se por ensino primário a educação correspondente ao ensino de primeiro grau e por ensino médio, o de segundo grau.

2º O ensino de 1º e 2º graus será ministrado obrigatoriamente na língua nacional.

[...]

Art. 44. Nos estabelecimentos oficiais, o ensino de 1º grau é gratuito dos 7 aos 14 anos, e o de níveis superiores sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos e não tenham repetido mais de um ano letivo ou estudos correspondentes no regime de matrícula por disciplinas.

Art. 45. As instituições de ensino mantidas pela iniciativa particular merecerão amparo técnico e financeiro do Poder Público, quando suas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos de fiscalização, e a suplementação de seus recursos se revelar mais econômica para o atendimento do objetivo.

Parágrafo único. O valor dos auxílios concedidos nos termos deste artigo será calculado com base no número de matrículas gratuitas e na modalidade dos respectivos cursos, obedecidos padrões mínimos de eficiência escolar previamente estabelecidos e tendo em vista o seu aprimoramento.

Art. 63. A gratuidade da escola oficial e as bolsas de estudo oferecidas pelo Poder Público serão progressivamente substituídas, no ensino de 2º grau, pela concessão de bolsas sujeitas à restituição. (BRASIL, 1971)

Lado outro, houve pontuais avanços com o novo texto constitucional ao prever o ensino de 1º e 2º grau de forma gratuita e obrigatória. Assim, a obrigatoriedade escolar altera-se para o intervalo de 7 aos 14 anos de idade.

Art 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 nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

[...]

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

[...]

II - o ensino dos sete aos quatorze anos è obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior; (BRASIL, 1971).

Do texto legal acima extrai-se outras alterações com relação ao ordenamento constitucional anterior. Pela primeira vez, uma constituição prevê o período de obrigatoriedade do ensino (7 aos 14 anos), o que antes era uma previsão legal. Passa-se a exigir, para o ensino “ulterior” ao primário, comprovação de aproveitamento e hipossuficiência de recursos. Para o ensino superior, prevê-se a preferência do regime de bolsas com posterior devolução aos cofres públicos.

A Emenda Constitucional de 1969 revogou por completo a parte educacional da Constituição de 1967, contudo não alterou o conteúdo normativo de seu texto. Basicamente, em que pese textos pontualmente diferentes, os artigos 168 e seguintes da Constituição de 1967 possuem o mesmo conteúdo jurídico dos artigos 176 e seguintes da emenda.

Entretanto, as tais mudanças na letra expressa da constituição com relação à constituição anterior, sejam retrocessos ou avanços, não tiveram equivalência prática, ou seja, não saíram do papel, sendo que a realidade educacional do país continuou distante da efetivação dos direitos educacionais positivados, seja quanto ao alcance ou em relação à qualidade da Educação.

A lei privilegiou um enfoque quantitativo e não considerou aspectos elementares para afiançar a qualidade do ensino, tais como a necessidade de rever a organização da escola e as próprias condições de efetivação real do ensino básico. Na verdade, o regime militar diminuiu drasticamente os recursos para a educação, que alcançaram os baixos índices de aplicação da história recente do país, menos de 3% do orçamento da União. O salário-educação (Lei 4420/64), originariamente concebido com o objetivo de incrementar o ensino oficial de 1º grau, cumpriria o papel de principal fonte de recursos para fazer frente às necessidades do ensino fundamental. Adicionalmente, garantia apoios políticos mais fortes e seguros ao regime.

A União, ao repassar recursos do salário-educação aos estados da Federação para a construção de escolas, atendia a interesses de políticos e empreiteiros locais, criando, dessa forma, uma rede de favores e dependências. Por outro lado, as verbas do salário-educação, gradativamente, foram aplicadas para subsidiar o ensino privado. No momento, então, em que a escola básica com oito anos de obrigatoriedade exigia uma intervenção clara em seus desdobramentos, fortes investimentos para sua implementação em todo território nacional, ampla discussão com educadores e educadoras de todo o país, o governo limitou-se a ampliar o clientelismo e a formular projetos de gabinete. (SHIROMA, MORAES & EVANGELISTA, 2000, p. 39).

O avanço na seara da efetivação do Direito à Educação durante as décadas seguintes foi pífio. Na década de 1980 a situação da Educação nacional era preocupante:

Em meados da década de 1980, o quadro educacional brasileiro era dramático: 50% das crianças repetiam ou eram excluídas ao longo da 1ª série; 30% da população eram analfabetos, 23% dos professores eram leigos e 30% das crianças estavam fora da escola. Além disso, 8 milhões de crianças no 1º grau tinham mais de 14 anos, 60% de suas matrículas concentravam-se nas três primeiras séries que reuniam 73% das reprovações. (SHIROMA, MORAES & EVANGELISTA, 2000, p. 44)

Registra-se que, esse distanciamento entre os direitos à Educação previstos nos textos constitucionais e a realidade educacional da nação, como relatado pelos autores acima, é observável não só na ocasião do regime militar, mas também em todo o período entre a Constituição de 1891 até o ambiente de redemocratização que antecedeu à Constituição de 1988.

A educação pública e gratuita sempre foi condicionada à posição social ou financeira da população beneficiada. Nunca se constituiu em um direito democrático, amplo e irrestrito. O Estado empurrou a classe média a buscar no setor privado o acesso à educação. Educação não era considerada um gênero de primeira necessidade. Os valores impregnados ao longo do processo educacional nas constituições brasileiras, sejam como fundamentos ou como objetivos a serem alcançados, foram o princípio da liberdade (1891), o ideal de solidariedade humana (1934, 1946) e o da unidade nacional (1967) (POMPEU, 2005, p. 89)

Importante agora seguir com o estudo do Direito à Educação na constituição de 1988 investigando-se como está disposta a Educação no atual texto constitucional.

2.2 A Educação na Constituição de 1988

Conforme se verá mais adiante, uma das causas desse distanciamento entre norma constitucional e situação educacional concreta era o fato de a Educação nunca ter sido incluída dentre os Direitos Fundamentais. Também não havia, até então, os instrumentos institucionais e processuais de garantia desses direitos através do acionamento do Judiciário

para dar a eles efetividade, conforme estudado no capítulo I. Contudo, com a Constituição de 1988, gradativa e lentamente, essa situação começa a mudar, pois ela, como se viu, colocou a Educação como Direito Fundamental com possibilidade de aplicação jurídica imediata, prevendo garantias instrumentais visando a sua efetivação, dando ao Direito à Educação, conseqüentemente, o status de cláusula pétrea e de Direito Público Subjetivo.

Se por um lado a situação concreta da Educação nacional ficou estagnada desde a república até a década de 1980, o mesmo não ocorreu com as relações sociais globais que sofreram significativas transformações e, posteriormente, refletiram-se no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição de 1988, concebida à luz de um Estado Democrático de Direito Social. Nessa perspectiva,

A Constituição de 1988 tentou dar conta das profundas mudanças ocorridas em nosso país na economia, nas relações de poder e nas relações sociais globais, nos últimos 20 anos, introduzindo temas, redefinindo papéis, incorporando às instituições sociais segmentos historicamente marginalizados, sem, no entanto, alterar substantivamente as relações sociais vigentes.

[...]

O Estado Democrático de Direitos pressupunha a ampliação dos direitos sociais. A Constituição da transição, além de delimitar, modernizando, o arcabouço institucional das relações econômicas, teve seu ponto de inflexão na delimitação dos marcos institucionais de maior socialização do poder. (NEVES, 1999, p. 99-100)

No contexto histórico da Constituição de 1988, os anseios eram por mais liberdades que viabilizassem garantias contra os cerceamentos de direitos da recém caída ditadura e, ao mesmo tempo, garantissem os direitos sociais, além de contemplar os direitos coletivos e difusos, em voga à época. São os direitos de primeira, segunda e terceira geração, ou como dizem: dimensão. Conforme discutido anteriormente, o Direito à Educação se enquadra nas três dimensões, em que pese estar localizado na parte em que a Constituição de 1988 trata dos direitos sociais.

A constituição de 1988 devolve parcialmente o direito ao exercício da cidadania ao indivíduo e assim também o foi na área educacional. Em sua obra “Legislação educacional brasileira” Cury (2002) assevera que:

É dessa potência que se pode entender por que a legislação ganha sentido, legitimidade e prestígio. Contrariamente à lei da força, a força da lei é a ordem jurídica nascida da vontade popular que vai se impondo como o modo normal de funcionamento da sociedade, como lugar de igualdade de todos e como produto da própria cidadania. Será, pois, no reconhecimento da cidadania como capacidade de alargar o horizonte de participação de todos nos destinos nacionais que a legislação volta à cena. (CURY, 2002, p.17)

Os avanços textuais na norma constitucional foram significativos. Retomou-se a noção de cidadania, república e democracia. Prevendo-se, novamente, a Educação como direito subjetivo público e dever do Poder Público e da sociedade. Assim, de acordo com o texto constitucional,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Nota-se a estipulação do modelo de Estado Social estudado no capítulo I, em que, ao mesmo tempo, busca respeitar os direitos individuais e promover os direitos sociais. A função do Estado nesse modelo é dilatada. Deve ele garantir que as decisões públicas emanem do povo através do exercício eficaz da cidadania, via sistema representativo, Separação de Poderes e distribuição de competência entre eles. Precisa respeitar as liberdades individuais, interferindo o mínimo possível na propriedade, liberdade e intimidade dos indivíduos. Por fim, deve promover ações estatais capazes de fornecer ao indivíduo as prestações públicas capazes de efetivar os direitos sociais: são as políticas públicas (DUARTE, 2007b). Observa-se que em alguns casos há que se ter um equilíbrio

entre essas funções, já que, apenas a título de exemplo, para construir escolas (direito social) é preciso retirar recursos do patrimônio (propriedade, direito individual) do particular, visto que o Estado quase não produz riqueza, apenas a sociedade civil o faz.

Acerca da Educação enquanto direito, aponta-se no ordenamento constitucional de 1988 alguns pontos de maior relevo. A distribuição descentralizada das funções entre os entes da federação e o peso da União na condução geral dos rumos da Educação, a destinação obrigatória de percentuais dos orçamentos dos entes da federação para o ensino, a Educação como dever do Poder Público, a inclusão dela dentre os Direitos Fundamentais e a já estudada previsão de garantias instrumentais para efetivar, judicialmente, tais direitos. Assim,

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

[...]

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

[...]

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (BRASIL, 1988)

Neste ponto da pesquisa, para facilitar o entendimento, convêm apresentar breves conceitos acerca de Distribuição Constitucional de Competências. No seu artigo 1º a Constituição estabelece o sistema federativo e, por consequência, prevê quais são os entes que compõem essa federação: União, Estado, Municípios e Distrito Federal. Em um sistema federativo como o brasileiro, os entes dessa federação devem receber da Constituição as atribuições, prerrogativa e funções das quais ficarão a cargo, para se atingir os objetivos (art. 3º, CF/88). A Distribuição Constitucional de Competências é o modo como a Constituição distribui as competências entre seus entes, visando a organização do estado e o atingimento dos seus objetivos fundamentais. (SILVA, 2007)

Dentro de Distribuição Constitucional de Competências, de bom alvitre que se estude a Competência Constitucional legislativa e a Material, também denominada de Administrativa.

A questão acerca da competência constitucional é importante para se identificar, quando da Judicialização da Educação, quem poderá ou deverá figurar como réu (União, Estado, Município ou a família) na demanda judicial (garantia instrumental judicial/jurídica

dos Direitos Fundamentais) ajuizada para se garantir o acesso ou o exercício do Direito à Educação (CURY; FERREIRA, 2009). Nesse sentido pode-se afirmar que as competências materiais ou administrativas são concorrentes entre os entes federados, assim, todos ou qualquer um deles podem compor o polo passivo da ação judicial.

Na Competência legislativa, a constituição distribui a função legislativa entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) atribuindo a eles, seja de forma privativa, exclusiva ou concorrente, a capacidade de editar atos normativos primários, cujo rol está na própria constituição (art. 59), ou seja, se fundamentam e se legitimam nela própria, como se pode verificar a seguir,

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (BRASIL, 1988).

Já a Competência Material ou Administrativa é entendida como sendo o dever-poder de executar (ação ou omissão) os comandos, as previsões e as prerrogativas previstas nesses atos normativos primários e nas próprias normas constitucionais.

A Constituição de 1988 distribuiu a competência legislativa em matéria de Educação da seguinte forma: somente a União pode legislar sobre diretrizes e bases da Educação nacional (art. 22, XXIV, CF/88) e sobre o plano nacional de Educação (art. 214, CF/88). Não sendo essas matérias, a Competência Legislativa é Concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 24, IX, CF/88), cabendo à União as normas gerais e diretrizes e aos Estados, Distrito Federal e Município as normas necessárias ao cumprimento de suas competências materiais, que serão vistas a seguir (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88), também chamada Competência Suplementar.

Com essa distribuição de competência legislativa o constituinte procurou colocar a União como condutora geral dos rumos da Educação no país, buscando um ensino universal (art. 211, §4º; art. 212, §3º e art. 214, II; CF/88), obrigatório (art. 208, I e §§ 1º e 2º; art. 212, §3º; CF/88), gratuito (art. 206, II; art. 208, I, II e §1º; CF/88), de qualidade (art. 206, art. VII; art. 209, II; art. 211 §1º, art. 212 §3º; art. 214, III; CF/88) e equânime (art. 211, §1º,

CF/88) em todo território nacional, além de “*conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum*” (art. 210, *caput*, CF/88). Enfim, procurou-se, com a colocação de atribuições legislativas gerais nas mãos da União, uniformizar e universalizar o ensino no país. Aos Estados e Municípios, coube a função concorrente (também legislam) mas suplementar, ou seja, somente tratam das questões que não estão nas atribuições legislativas da União.

Conforme leciona Farenzena,

A responsabilidade pela oferta de educação escolar, ou seja, o provimento do serviço, é compartilhada pelos três níveis governamentais, com prioridades, sendo elas: municípios, ensino fundamental e educação infantil; estados, ensino fundamental e médio; União, manutenção da rede pública federal de ensino e prestação de assistência técnica e financeira aos estados e municípios, para garantir equidade de oportunidades e padrão mínimo de qualidade de ensino. (FARENZENA, 2017, p. 141)

Segundo Duarte (2007) a abrangência do termo “universalidade do ensino” engloba, não só o alcance normativo visto acima, mas também o entendimento dado pelo artigo 205 da Constituição, quando prevê que “*a educação é direito de todos*”. Além disso, em outro prisma, denota a proibição de restrição de ensino por cor, raça, idade, gênero, etc. A Educação é universal também porque consta em várias Declarações “Universais” de Direitos Humanos, tanto que, como vimos no capítulo passado, como Direito Fundamental, a Educação tem as seguintes características: é um direito histórico, inalienável, imprescritível, irrenunciável, “universal”, moral, preferencial e fundamental (ALEXY, 1999).

Quando à Competência Material ou Administrativa, coube a cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) organizar o seu próprio sistema de ensino, desde que haja colaboração entre eles (art. 211, *caput* e §4º, CF/88) e se respeite as normas e diretrizes educacionais gerais mencionadas no parágrafo anterior. Os Municípios prestarão prioritariamente o ensino fundamental e infantil, enquanto os Estados e o Distrito Federal priorizarão o ensino fundamental e médio (art. 211, §§ 2º e 3º, CF/88). Também na Competência Material o constituinte atribui à União uma função uniformizadora do ensino, ao dotá-la da “*função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*” (art. 211, §1º, CF/88).

A expressão “universalidade do ensino” também está associada à função dada à Educação, pelo constituinte de 1988 de, por meio da “*igualdade de condições*” (art. 206, I, CF/88) educacionais, promover também e conseqüentemente, a equidade social, ou seja: a

diminuição das desigualdades sociais, dentre outras medidas, contemplando os direitos das minorias. A partir dessa prerrogativa Cury afirma que,

A educação básica, por ser um momento privilegiado em que a igualdade cruza com a equidade, tomou a si a formalização legal do atendimento a determinados grupos sociais, como as pessoas portadoras de necessidades educacionais especiais, como os afrodescendentes, que devem ser sujeitos de uma desconstrução de estereótipos, preconceitos e discriminações, tanto pelo papel socializador da escola quanto pelo seu papel de transmissão de conhecimentos científicos, verazes e significativos (CURY, 1998, p. 300)

Esse mesmo dispositivo constitucional abrange também a igualdade de “acesso e permanência na escola”, demandando do Estado a elaboração e implementação de políticas públicas educacionais direcionadas ao combate à evasão e à reprovação, além de

políticas públicas de combate ao trabalho infantil, o prolongamento do tempo de escolaridade e da jornada escolar, as atividades de recuperação, valorização do professor, implantação de um sistema de transporte escolar, material didático, etc. (DUARTE, 2007, p. 705).

A característica de universalidade dada à Educação pelo texto constitucional está também atrelada à noção de gratuidade e obrigatoriedade do ensino. O inciso I do artigo 208 da Constituição de 1988 prevê a Educação gratuita e obrigatória estabelecendo a idade regular de acesso dos 4 aos 17 anos, mas que também deve ser gratuita a Educação Básica a “*todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria*”. Já o inciso II desse artigo trata da gratuidade no ensino médio como “*decorrência necessária, inclusive, do aumento dos requisitos formais de escolarização para o ingresso em um mercado crescentemente automatizado*” (OLIVEIRA, 1995, p. 99)

Quanto aos mecanismos de efetivação dos direitos educacionais, tem-se como relevante o fato de a Constituição de 1988 ter incluído tais direitos dentre os fundamentais, dando a eles a prerrogativa da aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF/88) e a previsão de garantias instrumentais, institucionais e processuais para efetivar, judicialmente, tais direitos. Também o fato de serem expressamente declarados “direitos subjetivos”, neste sentido, são direitos que podem ser exigidos pelo seu titular contra quem seja o responsável pelo seu resguardo ou sua prestação e assim “*importa responsabilidade da autoridade*” a quem compete o fornecimento do serviço público educacional.

Além disso, a Constituição de 1988 incrementou os chamados controles de constitucionalidade, aumentando as possibilidades de o indivíduo provocar o Judiciário para que este verifique se o estado está ou não dando cumprimento às normas constitucionais sobre Educação.

Conforme se estudou, a previsão da Educação como Direito Público Subjetivo do educando é um grande avanço para a concretização dos direitos educacionais. No caso da Educação o sujeito contra quem se deve exigir o cumprimento a prestação prevista na norma é, em regra, o estado. Para Cury, Direito Público Subjetivo:

[..] é aquele pelo qual o titular de uma prerrogativa pode fazer cumprir um dever cuja efetivação apóia-se em um dispositivo legal que visa à satisfação de um bem indispensável à cidadania. É o Estado o sujeito do dever da efetivação prévia do direito público subjetivo. Cabe ao cidadão, titular desse direito, a faculdade de exigí-lo quando lesado. (CURY, 2007, p. 575)

Conforme se estudou nos tópicos anteriores, as Garantias Fundamentais são os instrumentos para proteger, dar efetividade e concretizar os direitos públicos subjetivos e podem ser processuais ou institucionais, sendo que os primeiros são os tipos de ações judiciais (mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública) que poderão lançar mão os que se sentirem lesados em seus direitos e os segundos são as instituições que aplicarão o direito o direito visando sanar ou reparar as lesões (Advocacia Privada, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público).

Além disso, é preciso registrar que a Constituição de 1988 consagrou uma ampla sistemática para o Controle de Constitucionalidade, fato que gera efeitos importantes na questão da Judicialização da Educação. Para se entender o controle de constitucionalidade é preciso estudar brevemente a questão da “hierarquia” entre as normas: estrutura de validação, interpretação e aplicação normativa em que a constituição é o ato político-normativo de maior valor, é o conjunto de normas superiores que organiza e fundamenta o estado e é, por isso, a norma de maior hierarquia, no sentido de que todos os demais atos normativos primários (art. 59, CF/88) - também chamadas de normas infraconstitucionais - e todas as ações dos poderes públicos devem se basear e motivar para ter validade (SILVA, 2007).

Nesse sistema, não pode uma lei, por exemplo, contrariar as disposições da constituição. Desta forma, é por meio de uma sistemática denominada controle de constitucionalidade que os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, vão verificar os atos normativos e ações do Estado estão de acordo com os preceitos constitucional que os validam. Ora, sendo a Educação um direito constitucional (subjetivo e fundamental), a questão do controle de constitucionalidade faz-se de relevo no estudo da Judicialização da Educação.

O Poder Legislativo exerce o seu controle de constitucionalidade quando avaliam se as normas legais que estão criando são viáveis à luz da constituição. Dentro do processo legislativo (arts. 59 a 69, CF/88) de elaboração das normas infraconstitucionais há que se submeter os projetos de leis às comissões de constitucionalidade, órgãos pertencentes à estrutura do Legislativo responsáveis por analisar justamente se a lei que se pretende elaborar atende às normas constitucionais. Os projetos de leis somente avançam para as próximas fases do processo legislativo se obtiverem parecer favorável da Comissão de Constitucionalidade. Assim, tem-se o controle de constitucionalidade legislativo (SILVA, 2007).

Em fase mais avançada desse processo legislativo, a “*Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará*” (art. 66, CF/88). Assim, ao fim do processo legislativo, o Poder Executivo pode vetar total ou parcialmente o projeto de lei e o pode fazer tendo como base a inconstitucionalidade da norma que se pretende criar. Tem-se o Executivo exercendo o controle de constitucionalidade.

Por fim, o mais importante para a questão da Judicialização da Educação, também o Poder Judiciário pode efetuar a verificação de conformidade entre as normas e atos normativos do poder público e a Constituição e o faz de forma “concentrada” e “difusa”.

No controle de constitucionalidade concentrado a Constituição (art. 103, CF/88) elenca as autoridades e órgãos que podem mover uma “*ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade*” para se discutir se uma norma já existente (e não em processo de elaboração) é constitucional ou não. O único órgão com atribuição para efetuar tal julgamento é o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF/88), por isso a denominação “concentrado”, ou seja, a competência para tanto é concentrada no STF. Note-se que aqui, o objeto de apreciação judicial é se uma norma é ou não constitucional, assim, não se discute se um indivíduo específico tem direito ao acesso a uma política pública ou serviço educacional específico.

Controle de constitucionalidade difuso, qualquer cidadão que sentir estar com seus direitos constitucionais educacionais maculados pode acionar o órgão Judiciário legalmente competente, de instância inferior ao STF, para que se ordene que o réu (normalmente o poder público) lhe forneça certa e determinada prestação educacional.

Aponta-se a diferença entre controle de constitucionalidade concentrado e difuso: no difuso qualquer indivíduo pode acionar o Judiciário, no concentrado, apenas os legitimados (art. 103, CF/88). No difuso a pretensão é que o Judiciário ordene seja o poder público

obrigado a fornecer a prestação educacional, assim, a decisão somente gerará efeito para o autor da ação; já no concentrado o pedido direcionado ao Judiciário é que ele declare uma norma como sendo inconstitucional, desta forma, tal decisão vai gerar efeitos para todos que estejam enquadrados na situação prevista na lei. Por fim, enquanto no concentrado somente o STF é competente para apreciar a matéria; no difuso, qualquer autoridade judicial, ou seja, todos os magistrados, sejam eles de primeira instância ou de tribunais, podem apreciar se a norma é constitucional ou não, inclusive o STF, se o processo subir até a última instância extraordinária. Nesse sentido,

[...] graças à Constituição de 1988, nosso sistema não é apenas difuso porque contamos com o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade, patrocinada junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, que pode anular ou ratificar a lei em si. Desse ponto de vista, o STF é quase uma corte constitucional. O sistema também não é apenas concentrado porque o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, dividindo essa competência com os juízes e tribunais inferiores de todo o país que, se não chegam a anular a lei, podem afastar sua aplicação em casos concretos (ARANTES, 2007, p. 94).

Assim, ao adotar o sistema misto (difuso e concentrado) de controle de constitucionalidade, o ordenamento constitucional expandiu significativamente as possibilidades de Judicialização da Educação, pois estendeu o número de legitimados a acionar o Judiciário em controle concentrado (art. 103, CF/88) e, principalmente, viabilizou a possibilidade de, além do STF, qualquer magistrado poder exercer o controle de constitucionalidade, podendo ser acionado por qualquer cidadão (SILVA, 2007).

Outro ponto relevante a ser estudado no que se diz respeito à Educação no ordenamento constitucional é a questão do financiamento da Educação. De início, salienta-se que o texto constitucional original acerca do assunto foi fortemente alterado pelas Emendas Constitucionais número 14/96 e 53/06. De acordo com Cury,

[...] a atual forma vinculante de financiamento da educação básica, como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), resulta de um entrelaçamento de três vertentes ou elos que vieram se constituindo ao longo da história da educação brasileira.[...] O primeiro elo dessa longa cadeia é a existência desse liame entre Constituição, impostos e recursos vinculados. (CURY, 2007b, p. 832-833)

No ponto, o Autor refere-se aos artigos 212 e 213 da Constituição Federal de 1988. Os dispositivos legais exigem que percentuais mínimos dos impostos arrecadados pelos entes da federação sejam aplicados no ensino,

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de

transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (BRASIL, 1988).

Importante registrar que dentre todas as modalidades de tributos existentes e previstos no artigo 145 da Constituição Federal de 1988 (impostos, taxas e contribuições), apenas as receitas provenientes dos impostos estão sujeitas ao percentual a ser aplicado no ensino. É bom salientar também que, em regra, os impostos não podem ter receitas vinculadas a gastos, pois são eles destinados ao tesouro geral dos entes da federação, para custeio de despesas em geral (PALSEN, 2014). Contudo, admite-se exceções a essa regra, quando a própria Constituição as prevê, como no caso do artigo 167, que traz a vinculação dos impostos ao ensino e outras despesas e investimentos que trata, como pode-se perceber a seguir,

Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (destacou-se) (BRASIL, 1988).

Ainda quanto ao artigo 212, a norma constitucional estabelece o destino desse percentual a ser aplicado no ensino, sendo que, pelo seu §2º, tais verbas arrecadadas pelos entes da federação (União, Estados e Municípios) devem ser aplicadas em seus respectivos sistemas de ensino, já que todos detêm competência legislativa e material para viabilizar a prestação educacional. (CURY, 2001)

Devem ainda, nos moldes do artigo 213, aplicar esses recursos prioritariamente nas escolas públicas, podendo excepcionalmente, aplica-los em escola comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, que apliquem seus excedentes financeiros em Educação e que, em caso de liquidação, destinem seus patrimônios a outra escola de mesmo caráter.

O §3º desse artigo exige que se priorize o fomento aos já estudados preceitos educacionais da obrigatoriedade, universalidade, qualidade e equidade de ensino, prestigiando-os mais uma vez, como é possível verificar a seguir,

§ 2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

[...]

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. (BRASIL, 1988).

Conforme se vê, a Constituição de 1988 traz minudências acerca da aplicação financeira de recursos públicos em Educação, inclusive, tratando da forma de aplicação de tais recursos em entidades não constituídas pelo poder público. Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 213 autorizam que o estado custeie, por bolsa de estudo, o ensino fundamental e médio em estabelecimentos particulares desde que haja falta de vagas na rede pública, podendo também financiar a pesquisa, extensão, o fomento à inovação e a Educação profissional e tecnológica em instituições de ensino particulares, de acordo com os incisos que seguem,

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) (BRASIL, 1988).

Segundo Cury, são três as vertentes a serem estudadas quando se trata do financiamento do ensino brasileiro. A primeira é,

o “liame entre Constituição, impostos e recursos vinculados”. As outras duas são “a presença de uma burocracia presente no aparelho de Estado que, por meio de estudos técnicos, estatísticas e cálculos, ofereceu subsídios à tomada de decisões com relação às políticas educacionais” e por fim “a intervenção direta do aparato de Estado no âmbito empresarial por meio do salário-educação. (CURY, 2007b, p. 833)

Conforme se viu, a primeira vertente a ser analisada no entendimento de Cury é a vinculação, efetuada pela Constituição, da receita de impostos a serem aplicados na manutenção do ensino, o que já foi explicado acima.

Quanto à segunda vertente, Cury se refere aos debates, estudos e constatações verificados nos pactos, acordos, comissões e planos nacionais e a consequente criação dos fundos educacionais, o que influenciou fortemente as alterações constitucionais e inovações legais na sistemática de aplicação vinculada receitas na Educação, tanto indicando de onde vem as verbas, como regrando a forma de aplicação. De forma geral, ainda quanto a essa “*burocracia presente no aparelho de Estado*” refere-se também ao fato já estudado aqui de a Educação ser contemplada como Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo e haver instrumentos e garantias que concretizam, ainda que não plenamente, tais direitos. Assim,

As estatísticas da educação em geral e, especialmente, no ensino fundamental, apresentando resultados intoleráveis, o conhecimento de um processo histórico-educacional claramente seletivo e elitista e a política de descontinuidade administrativa nas políticas educacionais dos governos acenderam, entre acadêmicos e profissionais, a consciência da importância da educação. Esses fatores, ampliados em uma sociedade globalizada, em que a ciência se incorpora, de modo galopante, ao mundo macro ou micro da produção, tornaram inadiável a luta dos profissionais do ensino por melhores condições de ensino/aprendizagem, incluídos aí seus salários. Daí a Constituição da República de 1988 (CR/88) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) conferirem tal relevância à educação que a eleva à categoria de princípio e de direito social (art. 6º da CR/88), articulando-a com a proteção à cidadania e com a dignidade da pessoa humana (art. 205 e 3º da CR/88). (CURY, 2007b, p. 847).

De acordo com o autor, tais reivindicações desaguaram nas conferências, pactos e planos educacionais, a influenciar alterações na constituição e leis nacionais visando contemplar o fomento financeiro ao ensino. Segundo ele,

[...] esses princípios, confrontados com um retrato real alarmante, propiciaram à consciência coletiva que é irracional ficar nesse estado. A oportunidade para sair desse estado se deu em 1994, quando da Conferência Nacional de Educação, em que as temáticas-chave foram o Plano Decenal de Educação para Todos e a busca de um Acordo Nacional de Educação para Todos. Por um inédito consenso, emergiu do Acordo o Pacto pela Valorização do Magistério e Qualidade da Educação. Vários foram os compromissos assumidos seja por associações e corporações educacionais, seja por entidades governamentais de todos os entes federativos. A tradução do Pacto de 1994, por meio do FUNDEF, representou a formalização de aspectos daquele pacto cujo estreitamento se deu não só pela menor disposição de diálogo, como também pelo não-cumprimento de pontos pactuados e pelo desembolso restrito de recursos claramente definidos na Lei n. 9.424/96, por parte da União. De todo modo, o FUNDEF representou um maior disciplinamento dos recursos vinculados e subvinculados; inclusive, para efeito de destinação do financiamento, criaram-se os Conselhos de Controle Social. (CURY, 2007b, p. 847/848).

O mesmo autor ainda afirma que a Emenda Constitucional 53/2006 substituiu o FUNDEF por um sistema de concentração e aplicação financeira de verbas educacionais. Trata-se do:

Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), por meio da Emenda Constitucional n. 53/2006. Ela preserva pontos positivos do FUNDEF, amplia sua abrangência para a educação básica em seus níveis e modalidades, dispõe prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público, explicita em valores pecuniários a complementação da União, aperfeiçoa os Conselhos de Controle do Fundo, reitera a obrigação dos planos de carreira e remuneração, com capacitação profissional em que a formação continuada deve promover a qualidade do ensino. (CURY, 2007b, p. 848).

A mesma emenda constitucional incrementa e fortalece o Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE previsto de maneira genérica no Artigo 214 da Constituição de 1988. Com a alteração, o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 passou a figurar com a seguinte redação.

[...]o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), no qual o MEC assume um protagonismo compartilhado com os poderes públicos dos outros entes federativos. Nesse Plano, metas objetivas serão tomadas a partir de informações e dados trazidos pelas avaliações e indicadores feitos há 10 anos na educação básica. Essas metas, pactuadas por adesão com os entes federativos, terão o seu foco voltado para a aprendizagem e seus resultados com apoio na formação continuada. Resultados satisfatórios terão incentivos e resultados insatisfatórios terão o cuidado governamental para superação das deficiências. (CURY, 2007b, p. 848).

Por fim, a terceira e última vertente a ser apreciada no estudo do financiamento do ensino brasileiro, segundo Cury, é o salário-educação:

Art. 212. [...]

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (BRASIL, 1988)

O elaborador do salário-educação, quando criado, foi o professor Carlos Pasquale (1906-1970) que, na década de 1960, apresenta ao Poder Executivo da época uma proposta alternativa de financiamento e expansão do ensino nacional. De acordo com Cury,

Abraçando a proposta, o Executivo encaminha ao Congresso projeto de lei que se torna a Lei n. 4.440/64, regulamentada pelo Decreto n. 55.551, de 12 de janeiro de 1965, alterado pelo Decreto n. 58.093, de 28 de março de

1966. É a lei do salário-educação. Trata-se de uma contribuição compulsória devida pelas empresas, destinada a suplementar os recursos públicos reservados para o ensino primário (CURY, 2007b, p. 845).

Previsto inicialmente para custear somente o ensino primário, hoje, o salário-educação é direcionado ao custeio de todo o ensino básico. Conforme Farenzena (2017, p. 140) “*É uma contribuição social recolhida por empresas à Secretaria da Receita Federal, instituída como fonte adicional de financiamento da educação e destinada ao atendimento de programas, projetos e ações da educação básica*”

Depois da aplicação das receitas de impostos no ensino estudado acima, o salário-educação é a segunda maior fonte de financiamento do ensino básico nacional (FARENZENA, 2017). Conforme artigo 15 da Lei nº 9.424/96, “*é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados*” (BRASIL, 1996)

O financiamento da Educação no país é realizado de forma cooperada entre os entes da federação, assim, necessária breve análise acerca de como os recursos do salário-educação, depois de arrecadados, são distribuídos entre os entes federados para que possam fazer frente ao custeio de seus respectivos sistemas de ensino. Conforme incisos I e II do dispositivo legal acima citado a seguir,

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003) (BRASIL, 1996)

A distribuição entre os Estados e entre os Municípios obedecerá ao critério estabelecido no artigo 2º da Lei nº 9.766/98, qual seja, à proporção de alunos matriculados no ensino fundamental:

Art. 2o A Quota Estadual e Municipal do Salário-Educação, de que trata o § 1º e seu inciso II do art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, será integralmente redistribuída entre o Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. (BRASIL, 1998).

Farenzena, explica que a inovação trazida pela Lei nº 9.766/98 no que se refere aos critérios de repartição trouxe um critério redistributivo mais objetivo e justo. De acordo com a autora,

Quanto aos critérios, de uma parte cabe destacar a divisão automática da cota estadual/municipal, em cada estado, pelo número de matrículas na rede estadual e em cada uma das redes municipais; de outra parte, a legislação federal passou a estabelecer novos critérios – com fundamentos mais redistributivos – em ações de assistência técnica e financeira da União que utilizam recursos do salário-educação, seja assistência legal ou voluntária. Em relação a prioridades de uso, de fonte adicional de financiamento do ensino fundamental, o salário-educação passou a fonte de financiamento suplementar da educação básica. (FARENZENA, 2017, p. 148),

Em considerações finais relativas ao Capítulo II, em que pesem as deficiências em termos de concretizações da Educação enquanto direito, a Constituição de 1988 foi inovadora na proteção da Educação enquanto direito. Na perspectiva de Dutra,

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, com a adoção dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito, houve uma transformação profunda no cenário jurídico. A previsão de veiculação de conflitos de interesses meta-individuais por meio de ações judiciais – de que são exemplo a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação popular – fez com que essa categoria assumisse novas dimensões (DUTRA, 2004, p. 116).

Em conclusão, é de suma relevância o estudo dos direitos educacionais nas constituições brasileiras e, principalmente, como tais direitos estão previstos na atual constituição, a de 1988. Trata-se de um embasamento tanto jurídico quanto de índole educacional, que será necessário para o estudo da Judicialização da Educação.

2.3 A Judicialização da Educação

No presente tópico, passa-se a estudar algumas questões relevantes acerca dos Direitos Fundamentais Educacionais e que serão cruciais para o entendimento do fenômeno da Judicialização da Educação.

2.3.1 Garantias fundamentais e seus instrumentos constitucionais, normas constitucionais de eficácia plena e cláusulas pétreas.

De início, registra que o Título II da Constituição de 1988 refere-se não só aos Direitos Fundamentais, mas também às garantias fundamentais: “*Título II - Dos Direitos e*

Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988). Nesta linha, insta entender também do que se tratam as Garantias Fundamentais:

As garantias constitucionais são normas constitucionais que conferem, aos titulares de direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular (SILVA, 2007, p. 189).

Assim, enquanto os Direitos Fundamentais são enunciados abstratos e positivados de valores como propriedade, segurança, liberdade, Educação, saúde e lazer, as Garantias Fundamentais são os instrumentos para proteger, dar efetividade e concretizar tais direitos, sem as quais seriam letra vaga em um papel. Tais instrumentos podem ser processuais ou institucionais, sendo que os primeiros são os tipos de ações judiciais que poderão lançar mão os que se sentirem lesados em seus direitos e os segundos são as instituições que aplicarão o direito o direito visando sanar ou reparar as lesões.

O instrumento institucional central é o Judiciário, mas, não menos importantes, tem-se também a Advocacia Privada, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

O Judiciário é consagrado já no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988 ao prever que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Assim, garante-se que qualquer um que tenha seu Direito Fundamental ferido pode buscar o Judiciário, que irá aplicar o direito previsto de forma abstrata na norma ao caso concreto a ele apresentado, efetivando a devida reparação. A Constituição dedica ainda o seu Título IV, Capítulo II ao Judiciário, garantindo-lhe independência e imparcialidade e detalhando sua atividade e organização (BRASIL, 1988).

A Advocacia Privada está prevista no artigo 133 da Constituição de 1988 estabelecendo que “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (BRASIL, 1988). Assim, tomando como exemplo o Direito à Educação, pode um jovem, através de advogado, ingressar com uma ação judicial para fazer com que o Poder Público lhe ofereça uma vaga na Educação Básica, já que lhe é direito conforme Artigo 208, inciso I da Constituição de 1988, regrando que é dever do Estado fornecer “*educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria*”

A Advocacia Pública está prevista nos artigos 131 e 132 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e sua função, no contexto da presente pesquisa, é defender o Poder Público quando há ação judicial exigindo dele um direito. Suponha-se que, na ação judicial do parágrafo anterior o jovem não tinha direito à vaga escolar por já ter concluído o ensino médio, ou outro motivo qualquer. Neste caso é crucial que o Poder Público esteja bem representado para evitar o atendimento de demandas ilegais ou injustas preservando-se assim o erário público que financia outros Direitos Fundamentais, para toda sociedade ou outros indivíduos. Enfim, ao defender o erário, a advocacia pública está defendendo a fonte de custeio dos Direitos Fundamentais.

O artigo 5º, inciso LXXIV prevê que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. O instrumento institucional a efetivar essa Garantia Fundamental é a Defensoria Pública, cuja figura foi contemplada pela Constituição de 1988 no seu 134 regrado que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988)

Por fim e com grande importância entre os instrumentos institucionais tem-se o Ministério Público tratado pelo artigo 127 da Constituição de 1988: “*O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (BRASIL, 1988).

Os instrumentos institucionais acima atuam em conjunto, de forma ordenada e sem hierarquia entre eles, cada uma no âmbito das suas atribuições, funcionando como Garantias aos Direitos Fundamentais, contudo, conforme se verificará mais adiante, não se tem ainda a efetivação plena do Direito à Educação.

Já os instrumentos processuais são as várias espécies de ações judiciais disponíveis para se efetivar os Direitos Fundamentais. Alguns deles estão previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 e são, dentre outros, os seguintes:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á *mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o *mandado de segurança coletivo* pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á *mandado de injunção* sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor *ação popular* que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988) (destacou-se).

Ainda quanto às Garantias Fundamentais, convém destacar que o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988 prevê que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (BRASIL, 1988)

Para entender a relevância da norma constitucional acima para os Direitos e Garantias Constitucionais é preciso um breve estudo sobre “normas constitucionais de eficácia plena”, “normas constitucionais de eficácia contida” e “normas constitucionais de eficácia limitada”.

As normas constitucionais de eficácia plena são auto executáveis, desta forma, não necessitam, para serem aplicáveis que haja lei detalhando o seu comando normativo, já que “*desde sua gênese, produzem, ou ao menos possuem a possibilidade de produzir, todos os efeitos visados pelo constituinte (originário ou derivado). São, portanto, autoaplicáveis*” (DUTRA, 2016. p.46). Como exemplo, colaciona-se o artigo 14, § 2º da Constituição de 1988: “*Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos*” (BRASIL, 1988). Desta feita, um estrangeiro não pode realizar alistamento eleitoral independentemente de haver ou não lei detalhando a norma constitucional.

As normas constitucionais de eficácia contida são aplicáveis de imediato, como as de eficácia plena, mas a própria norma constitucional autoriza que a lei restrinja sua eficácia.

“normas constitucionais de eficácia contida, enquanto não restringidas, não são iguais às normas constitucionais de eficácia plena, tão somente, produzem os mesmos efeitos” (DUTRA, 2016). Geralmente são caracterizadas pela expressão “nos termos da lei” ou “conforme a lei”, ou seja, a lei pode impor limitações à aplicação da norma constitucional, pois ela mesmo o permitiu. Um bom exemplo é o já citado artigo 133 da Constituição de 1988: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*. Assim, a Constituição garante o livre exercício da advocacia, porém a lei pode limitá-lo e o faz no Estatuto da OAB.

As normas constitucionais de eficácia limitada necessitam, para a sua aplicação, que uma lei venha a estabelecer a forma como a norma constitucional ganhará eficácia. *“As normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema”* (BARROSO, 2010, p. 251). Utiliza-se como exemplo o artigo 33 da Constituição de 1988: *“A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”*. Nota-se a total impossibilidade de se realizar a organização dos territórios sem que a lei o faça.

Importante essas definições para que se entenda o significado do o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988 colacionado acima. Isso porque, nem sempre há clareza interpretativa na norma constitucional suficiente para se concluir se ela é de eficácia plena contida ou limitada, cabendo aos intérpretes do direito essa tarefa e ao Judiciário a decisão final sobre esse enquadramento. Tal fato impossibilita a aplicabilidade de várias normas constitucionais, inviabilizando, por consequência, o exercício dos direitos previstos nelas. Pois bem, como o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988, sempre que a norma constitucional tiver natureza de Direito ou Garantia Fundamental, ela terá necessariamente eficácia plena, independentemente de regulamentação por lei.

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (PIOVESAN, 2006, p. 35-26)

Outra questão importante para o desenvolvimento do estudo acerca da Judicialização da Educação é norma constitucional prevista no § 4º, inciso IV, do artigo 60 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). Conforme se observa nos dispositivos legais colacionados abaixo,

a Constituição pode ser modificada, desde que se siga o processo legislativo de emenda constitucional previsto no do artigo 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§ 2º *A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - *os direitos e garantias individuais.* (destacou-se)

Assim, o Poder Legislativo pode mudar a constituição desde que haja deliberação de três quintos de seus membros, em votação em dois turnos. Contudo, algumas matérias não podem ser modificadas nem mesmo por emenda constitucional, são as chamadas “cláusulas pétreas”. Nota-se que, dentre essas matérias, não podem ser alteradas as que tratam de direitos e garantias individuais.

As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via da qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional. (BARROSO, 2010, p. 163)

O ferrenho debate se inicia neste ponto. A norma da imutabilidade constitucional abrange somente os direitos individuais (Direitos Fundamentais de primeira geração), ou abarcam todos os Direitos Fundamentais e, por consequência, os direitos sociais, aos quais o Direito à Educação está inserido?

Gilmar Mendes entende que se deve interpretar o inciso IV, do artigo 60 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) de forma literal. Para ele é “*inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, §4º, IV da Constituição são, fundamentalmente aqueles analiticamente contidos no art. 5º*” (MENDES, 1997, p. 86)

Outros autores possuem o entendimento de que se deve interpretar a norma constitucional em comento de forma extensiva, alcançando assim, todos os Direitos Fundamentais, inclusive os sociais. Como se estudará, a Educação possui natureza preponderante de direito social.

No nosso entendimento, o artigo 60, § 4º, IV, apesar de conferir caráter de cláusula pétrea apenas aos “direitos e garantias individuais”, em detrimento dos demais direitos fundamentais, deve ser interpretado de forma mais ampla, devendo abarcar os direitos sociais previstos em nossa Constituição. (DUARTE, 2007, p. 696)

Tal introito será importante mais adiante quando do estudo da Judicialização da Educação. As demais questões atinentes a esse tema serão apresentadas mais à frente, no capítulo próprio a ele dedicado.

2.3.2 Separação de Poderes e as questões financeiras da reserva do possível.

Apesar da sua relevância histórica e filosófica, da sua presença marcante no ordenamento constitucional com previsão de garantias instrumentais para a sua efetivação, da sua aptidão indispensável para dar dignidade à pessoa humana, de constar como uma das bases estruturais da organização e funcionamento do Estado e do corpo social, o Direito Fundamental à Educação não vem sendo plenamente efetivado pelo Poder Público.

A questão que se discute é até que ponto esse déficit de efetivação da Educação pode ser suprido pela atuação do Poder Judiciário ou, ao contrário, é questão a ser resolvida exclusivamente no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo: os que, à princípio, seriam os dotados de atribuição para tanto, por serem poderes eleitos pelo povo, também chamados “Poderes de Representação”.

Neste sentido, questiona-se em que medida e em quais casos o ativismo do Poder Judiciário na área educacional estaria ferindo a soberania popular ao obrigar o governo eleito (dotado da vontade popular) a prestar uma política pública educacional? Noutra prisma: será que, ao utilizar-se do judiciário, o indivíduo enquanto titular do poder não estaria exercendo, também, a sua cidadania?

De toda forma, em que pesem opiniões favoráveis e contrárias, principalmente depois da Constituição de 1988, a Judicialização da Educação vem se acentuando cada vez mais como realidade.

Resulta desta situação uma relação direta envolvendo o direito e a educação, sendo que a justiça passou a ser chamada amiúde a solucionar conflitos no âmbito escolar, que extrapolam a questão da responsabilidade civil, ou seja, se antes se contemplava na esfera do judiciário, ações de indenizações ou reparação de danos envolvendo o sistema educacional, ou

mandados de segurança para garantia de atribuições de aulas de professores, hoje, a realidade é bem diversa, e várias são as situações em que se provoca o judiciário com questões educacionais. A efetividade do direito à educação prevista na Constituição Federal, a ocorrência de atos infracionais ocorridos no ambiente escolar e a garantia da educação de qualidade passaram a ser objeto de questionamento judicial (CURY; FERREIRA, 2009, p. 7-8)

Para o estudo da Judicialização da Educação enquanto direito é preciso compreender a evolução teórica e prática do conceito de tripartição de poderes, evolução que, grosso modo, caminha paralelamente à evolução histórica, filosófica e política do próprio direito à Educação e demais Direitos Fundamentais.

Já se adianta que, gradativamente, o Poder Judiciário foi e está tomando para si cada vez mais atribuições que, classicamente, pertencem aos demais poderes: Executivo e Legislativo.

A noção de tripartição de poderes surgiu, juntamente com os primeiros Direitos Fundamentais de primeira geração, com o aparecimento do estado liberal, fruto, no campo político, das revoluções liberais, em meio à mesma contextualização histórica já apresentada.

Visando substituir o modelo feudal totalitário anterior, em que o rei legislava, aplicava, executava e julgava as leis de forma abusiva e sem impessoalidade, o novo modelo político, o liberal, propunha a divisão dessas funções entre agentes e instituições criadas especialmente para o exercício de tais atribuição. A prerrogativa de criar, alterar e extinguir leis fica com o parlamento eleito pelo povo. A função de executar a lei, seja ação (políticas públicas) ou omissão (respeitar as liberdades), é atribuída a uma figura eleita pelo cidadão diretamente (presidencialismo) ou pelo seu representante (parlamentarismos), que é o Poder Executivo. Por fim, cria-se uma figura imparcial para que se decida se as leis estão ou não sendo cumpridas: surge o Poder Judiciário.

O Princípio da Separação de Poderes é fruto das revoluções liberais dos Séculos XVII e XVIII, tanto que consagrado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Na Declaração de Direitos da Virgínia de 1766, seu texto traduz bem a ideia anti-totalitária da época: *“O poder legislativo e o poder executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária”*.

Nesta linha, no embate contra a situação anterior presente ao final da idade média em que o monarca detinha todo o poder, os pensadores políticos das revoluções liberais identificaram e separaram as funções do poder estatal em legislar, executar e julgar, sendo que as duas primeiras ficaram a cargo dos eleitos pelo povo e a última: a função julgadora, sob a responsabilidade de um autoridade imparcial que, por sua vez, se limitaria a verificar

se a lei e o direito estavam sendo corretamente aplicados nos casos concretos apresentados a ela. Em 1748, Montesquieu (2000, p. 168), o principal teórico da Separação de Poderes, asseverava que *“tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes”*

É preciso lembrar, contudo, que à época ainda não haviam sido concebidos os direitos sociais, e que a tendência era a de limitar o poder estatal para que ele não mais se interferisse na vida, e às vezes até na morte, dos indivíduos. A atividade estatal se limitava a manter a segurança evitando violação à propriedade, vida e liberdade dos indivíduos para que a sociedade civil promovesse, por si, o progresso, sem ingerências públicas na vida privada.

Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. Como é óbvio, dando atribuições tão restritas ao Estado, Montesquieu não estaria preocupado em assegurar-lhe eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual. (DALLARI, 2006, p. 219)

Desta forma, a função judiciária se limitava a ser *“a boca que pronuncia as palavras da lei”* (MONTESQUIEU, 2000, p. 175), ou seja, era a de menos importância, já que, à época, conforme o autor: *“Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo”* (Ibid., p. 172)

Seguindo a sucessão histórica, os direitos sociais, enquanto Direitos Fundamentais de segunda geração, surgiram nos séculos XIX e XX e, como se estudou, tais direitos devem ser viabilizados através de políticas públicas. Ora, acontece que, pela Separação de Poderes, os órgãos responsáveis pela implementação dessas políticas públicas são o Executivo e o Legislativo.

Esse um dos principais argumentos contra a efetivação do Direito à Educação pela via judicial: a princípio, o Judiciário não poderia invadir as atribuições do Executivo para o obrigá-lo a criar e manter uma política pública educacional. *“No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples boca da lei, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las e defini-las.”* (SILVA, 2007, p. 589)

Ocorre que, com o fortalecimento, ainda que lento e gradual, dos direitos sociais educacionais nas democracias ao redor do mundo, o Poder Judiciário, acompanhando essa transformação, passou a ter uma atuação mais ativa na implementação das políticas públicas. Na verdade, sempre houve um sistema de contrapesos entre os poderes, visando controle mútuo a evitar abusos de suas respectivas prerrogativas. A própria teoria clássica de Montesquieu (2000), já previa esse sistema de interferência mútua entre poderes no sentido

que, por exemplo, cabe ao Executivo o veto aos projetos de leis vindos do Legislativo e este, por sua vez, deve fiscalizar se o Executivo dá regular cumprimento às leis a ele dirigidas.

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação. (DALLARI, 2006, p. 221):

Registra-se que a Separação de Poderes está prevista na Constituição de 1988, que em seu artigo 2º prevê: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (BRASIL, 1988). Entretanto, o Direito à Educação, assim como os demais direitos sociais, também está previsto na Constituição, conforme vimos. Ocorre contudo, que não há hierarquia entre as normas constitucionais. Não se pode afirmar que a Separação de Poderes expressa no Título I – Dos Princípios Fundamentais é hierarquicamente superior aos Direitos Fundamentais previstos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. De acordo com Garcia,

Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes. (GARCIA, 2008, p. 58)

Apesar dos argumentos contrários à Judicialização, vem-se observando o crescente avanço do campo de atuação do Judiciário na seara do Direito à Educação. Garcia resume bem esses motivos, contextualizando com maestria que:

Com o evoluir do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado. (GARCIA, 2008, p. 64-65)

Essa constante e crescente interferência do Judiciário nas políticas públicas educacionais vem sendo conhecida “*como a ‘Judicialização da educação’, que significa a*

intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito.” (CURY, FERREIRA, 2009, p. 33)

Cássio Casagrande, define a Judicialização da Educação com a seguinte assertiva:

[...] a participação ativa de juízes e tribunais na criação e no reconhecimento de novos direitos, bem como no saneamento de omissões do governo. [...] transposição para o Judiciário de uma parcela dos poderes decisórios típicos do Legislativo e do Executivo, que vem se dando sobretudo a partir de uma publicização do direito, marcada pela ascensão do direito constitucional sobre o direito privado. (CASAGRANDE, 2008, p.16)

Lado outro, os próprios defensores da possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas educacionais admitem que por vezes há abuso dessa prerrogativa por parte do Judiciário, fenômeno denominado Ativismo Judicial, que pode ser conceituado como “*uma indevida invasão do sistema legal no educacional*”. (CURY, FERREIRA, 2009, p. 44)

Acirradas são as críticas doutrinárias acerca do Ativismo Judicial, Ramos afirma que:

Por Ativismo Judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 309)

Outra questão de relevo acerca da Judicialização da Educação e que está ligada à Separação de Poderes, é a discussão acerca da “reserva do possível”. Ocorre que as políticas públicas educacionais possuem um custo financeiro a ser despendido pelo Estado para sua implementação. A princípio, são o Legislativo e o Executivo os poderes responsáveis por arrecadar e direcionar os recursos para as várias áreas de atuação que demandam investimentos e gastos e a Educação é uma delas. Possuem essa atribuição porque foram eleitos para tanto. Esses poderes é que estão a par da situação do fluxo financeiro do Estado e por isso são eles que sabem da disponibilidade de recursos para cada área.

Nesse sentido, quando o Judiciário determina que os demais poderes implementem alguma política pública educacional, ele não está considerando se há ou não recursos públicos para tanto, além disso ele não foi eleito para isso. Desta forma, por vezes tem-se um indivíduo (um juiz) ou um grupo reduzido deles (tribunal) decidindo a destinação de recursos pertencentes a toda sociedade. Acontece que, pelo princípio republicano, somente o povo, por seus representantes, poderia, a princípio, exercer a função de destinação do dinheiro público.

Conforme Sarmiento (2010, p. 569) a reserva do possível possui uma abordagem jurídica e outra fática. Depreende-se dos artigos 165 a 169 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que toda despesa deve estar contemplada no orçamento público. Sendo esse orçamento uma lei, a despesa pública deve estar sempre previamente autorizada pelos poderes Legislativo e Executivo, assim, agente público algum deve realizar despesa sem autorização legal (PISCITELLI, 2015).

Na abordagem jurídica da reserva do possível, o Judiciário estaria ferindo a regra constitucional orçamentária quando ordena a criação de uma política pública educacional que não está prevista no orçamento. Ocorre que essa previsão orçamentária é anterior à entrada do recurso público nos cofres estatais, assim, mesmo havendo a previsão orçamentária, pode ser que o ente público ainda não tenha arrecado o valor previsto para um tipo de política pública (PISCITELLI, 2015). Essa a abordagem fática da reserva do possível: quando o Judiciário ordena a prestação social educacional que até está prevista no orçamento, mas não se sabe se a receita foi realizada, ou seja, se se encontra presente nos cofres públicos.

Por esse contexto, as opiniões se dividem acerca do assunto, tendo os que são a favor e os que são contra a Judicialização da Educação (também denominada justiciabilidade) e sua consequente destinação orçamentária realizada por decisão do Judiciário e não dos demais poderes.

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos - questões normalmente ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais -, são tratados de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignorados, quando este julga casos envolvendo direito à educação e saúde em controle difuso de constitucionalidade, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios. (WANG, 2008, p. 565)

Já os que são favoráveis, argumentam que essa intervenção judicial nas políticas públicas está fundamentada na dignidade da pessoa humana.

[...]na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 1991, p. 21).

Outro argumento normativo para se negar a Judicialização da Educação é o fato de o Brasil ter aderido ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que, em seu artigo 2º, item 1, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania,

a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992, estabelece que:

1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, *até o máximo de seus recursos disponíveis*, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (BRASIL, 1992) (destacou-se).

Observa-se que o diploma legal citado acima admite, dentre outras, a interpretação de que a prestação dos direitos sociais estaria limitada à disponibilidade de recursos públicos disponíveis, o que não deixa de ser verdade. Contudo, segundo Duarte (2007, p. 698-699), a melhor interpretação a ser dada a tal expressão é a de que as nações devem empenhar o máximo de seus esforços e recursos na concretização dos direitos sociais, assim, a previsão não é limitativa mas, pelo contrário, garantista.

O problema é que a linguagem empregada neste dispositivo tem contribuído para a reprodução de teorias que reduzem o peso jurídico dos direitos sociais, cuja progressividade vem sendo sistematicamente utilizada como justificativa para postergar, para um futuro incerto, a realização dos direitos nele previstos, servindo como artifício para legitimar o não-cumprimento de obrigações impostas aos estados.

O Comentário Geral n. 3, de 1990, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, oferece uma interpretação oficial sobre a natureza das obrigações impostas aos Estados-partes. De acordo com as Nações Unidas, o conceito de progressividade indica que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo geral, não poderá ser atingida em um curto período de tempo. Entretanto, para o Comitê, a progressividade não deve ser interpretada como uma forma de esvaziar a obrigação de conteúdo substantivo. Ela seria apenas uma forma de levar em conta a realidade do mundo concreto e as dificuldades envolvidas no que concerne à tarefa de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. (DUARTE, 2007, p. 699)

Além disso, ainda em sede de reserva do possível, vale o mesmo argumento favorável à Judicialização da Educação usado para defender a relativização da Separação de Poderes, qual seja: se de um lado há exigência constitucional de que todos os gastos públicos devem estar previstos na lei orçamentária, por outro também há normas constitucionais estabelecendo que a Educação é Direito Fundamental que, como vimos, é prioritário por natureza. Ou seja, em não havendo hierarquia entre esses direitos, há que se fazer uma ponderação entre eles. Nessa perspectiva Sarmiento enfatiza que,

Cumpre, portanto, reconhecer que se, por um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em um “campo livre” de Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem

ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário. (SARMENTO, 2010, p. 573-574)

Duarte, resume bem o embate entre os contra e os a favor no que se refere à Judicialização da Educação:

Ora, reconhecer ao indivíduo (deixemos, por ora, o problema dos grupos vulneráveis, alvos prioritários dos direitos sociais) a possibilidade de interferir nas decisões sobre alocação de recursos, realização de programas sociais, definição de prioridades de ação governamental, sobretudo pela via judicial, é uma hipótese vista com grande resistência por boa parte da doutrina e da Jurisprudência. Entende-se que o Judiciário acabaria tendo que julgar questões cuja apreciação é da esfera do juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Na prática, o risco da chamada “politização” do Judiciário acaba funcionando como uma grande barreira à efetivação dos direitos sociais. (DUARTE, 2004, p. 115)

Ao que se apura, há um limite na possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas e decretar de direitos educacionais, quando tal atuação esbarra sobremaneira no Princípio da Separação de Poderes, contudo, há sensível imprecisão no mundo jurídico e educacional no que diz respeito ao estabelecimento de tal limite.

CAPÍTULO III
ENSINO DOMICILIAR: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO EMITIDO NO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888815/RS/2018.

3.1 – Escolha do tema de Repercussão Geral: ensino domiciliar

A relevância do tema já está exposta na introdução. Cumpre agora justificar a opção pelo tema “ensino domiciliar” registrado no acórdão do Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018, que por sua vez gerou o Tema de Repercussão Geral nº 822 no STF (BRASIL, 2018). A decisão inicial foi estudar a Educação enquanto Direito Fundamental, a sua Judicialização e o Ativismo Judicial em matéria educacional. Nesse sentido, verificou-se que no tema “ensino domiciliar” e, conseqüentemente no acórdão mencionado acima, foram levantadas todas as questões do inicial interesse de estudo.

Quanto aos recortes realizados para se escolher o caso a ser estudado, antes de mais um passo, é preciso tecer breve esclarecimento acerca do sistema de julgamento da Repercussão Geral, em verdade, apesar de não ter sido criado para servir como recorte temático acadêmico, o sistema de julgamento da Repercussão Geral em si funciona como um forte componente metodológico de seleção de casos documentados a serem estudados em uma pesquisa acerca da Judicialização da Educação.

Ocorre que, pelo ordenamento constitucional, “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*” (art. 102, da Constituição) (BRASIL, 1988). Em que pese ter-se estudado no capítulo II dessa pesquisa que qualquer magistrado é competente para realizar o controle de constitucionalidade, tem-se que, enquanto os outros órgãos jurisdicionais julgam questões constitucionais e infraconstitucionais, ao STF cabe, precipuamente, questões constitucionais. Além disso, funciona como instância revisora dos julgamentos dos demais órgãos jurisdicionais, quando esses decidem questões constitucionais. Isso porque contra qualquer decisão de índole constitucional desses órgãos subalternos, cabe recurso extraordinário ao STF, que vai reanalisar a questão e dará a solução final e definitiva (art. 102, III, CF/88) (BRASIL, 1988).

Desta forma, um dos critérios de especificidade válidos para se delimitar o tema e o objeto da análise documental às questões de índole constitucionais é a conduta de limitar seleção documental a uma decisão do STF que tratam de direitos educacionais.

Novamente, a própria sistemática processual de filtro já é, por si, uma ferramenta metodológica no mínimo válida, de delimitação do objeto de estudo. Entretanto, as possibilidades de delimitação temática oferecidas pelo nosso sistema processual não param por aí. Ocorre ainda que, no “*recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*” (art. 102, §3º, CF/88) (BRASIL, 1988). Por esse dispositivo constitucional, com o surgimento da figura da “Repercussão Geral” procurou-se restringir o objeto de apreciação do STF não só às questões constitucionais, mas também às “*questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*”. (art. 1.035, §1º, CF/88) (BRASIL, 1988). Assim, há também um recorte institucional, que “*diz respeito à escolha dos órgãos decisores que vão ser pesquisados. A decisão sobre esse aspecto do recorte metodológico deve levar em conta a pertinência funcional do decisor ou do grupo de decisores*” (FREITAS FILHO; LIMA; 2010, p. 11).

Ato contínuo, após haver o reconhecimento de existência de repercussão geral, o relator pode ordenar a suspensão do “*processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*” (art. 1.035, §5º, CF/88) (BRASIL, 1988). Essa medida visa uniformizar, em todo Judiciário nacional, a decisão da Corte Maior, evitando-se decisões conflitantes, principalmente levando-se em conta que, se há Repercussão Geral, é porque há relevância quanto à matéria e aos interessados (atingem toda a sociedade ou estrato dela), além de repetitividade da questão em todo território nacional (REGO, 2019), merecendo assim, que todo o Judiciário adote o precedente gerado.

Assim, justifica-se o fato de se escolher um dos temas educacionais em Repercussão Geral para ser estudado na pesquisa. Passa-se a motivar a escolha pelo ensino domiciliar dentre os sete temas educacionais com Repercussão Geral reconhecida pelo STF, quais sejam: “cobrança de matrícula em Universidade Pública – Tema 40”; “cotas étnico-raciais para ingresso no ensino superior – Tema 203”; “extensão aos imóveis em desuso da imunidade tributária das instituições de educação – Tema 693”; “cobrança de mensalidade em especialização ministrada por Universidade Pública – Tema 535”; “ensino domiciliar – Tema 822”; “aposentadoria especial para os integrantes da carreira de magistério que exercem atividades fora da sala de aula – Tema 965” e; “extensão da remuneração do conselho de reitores de Universidades Públicas aos demais empregados ou servidores – Tema 1027”.

Analisando os acórdãos emitidos pelo STF em todos esses temas, verificou-se que o emitido no Tema 822 - ensino domiciliar - foi o que levantou todas as questões do inicial objeto de estudo.

De início, verifica-se a Autora da ação judicial que gerou o acórdão estudo, alega o direito de livre escolha acerca da modalidade educacional (domiciliar), a liberdade de consciência e religiosa que são as vertentes da Educação enquanto Direito Fundamental de primeira geração/dimensão.

Contra tais alegações, evoca-se justamente as vertentes de segunda e terceira gerações/dimensões do Direito à Educação, no sentido de que a sociedade teria interesse de que todos recebam a Educação Básica (Direito Coletivo – terceira geração/dimensão) e que o oferecimento dela é obrigação do Estado e da Família e não apenas da família, podendo haver responsabilização do Estado se ele não o fizer.

Discute-se também se o ensino domiciliar seria Direito Público Subjetivo da criança.

Há também no acórdão, algumas citações de como o Direito à Educação se firmou gradativamente nas constituições anteriores. Também há vasta fundamentação acerca de como os direitos educacionais se apresentam na atual constituição; suas diretrizes; seus princípios, como a gratuidade, obrigatoriedade e universalidade; a competência administrativa, legislativa e financeira e; por fim, discute-se o Ativismo Judicial em várias passagens no que se refere à possibilidade de o Judiciário regulamentar o ensino domiciliar.

Ao reconhecer a Repercussão Geral, o STF entende haver a possibilidade de Judicialização, um dos objetos da pesquisa, sendo certo que há menções acerca da Reserva do Possível e da Separação de Poderes, dois Princípios angulares sobre o tema Judicialização.

Por fim, o acórdão traz a possibilidade de se estudar tudo isso de forma pragmática.

3.2 - Métodos para a condução da Análise Documental.

Para a condução da Análise Documental, será utilizada como base geral o texto “A análise documental” de André Cellard, que compõe a obra “A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos” (2008) que tem como organizador Jean Poupart, tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Buscando a especificidade aplicada à análise documental de decisões judiciais serão estudados os autores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima em coautoria de “Metodologia de Análise de Decisões – MAD” (2010); Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeiro Morettini em “Institucionalismo e pesquisa quantitativa como

metodologia de análise de decisões judiciais” (2013) e; Maiara Mariotto, Laura Filomena Santos de Araújo, Roseney Bellato e Janderléia Valéria Dolina no artigo “Direito à Saúde no discurso do Poder Judiciário e do Poder Público: análise de decisão judicial” (2013).

“[...] a escolha das pistas documentais apresentadas no leque que é oferecida ao pesquisador, deve ser feita à luz do questionamento inicial” (CELLARD, 2008).

Para se realizar a Análise Documental de uma decisão judicial, num primeiro momento, é preciso extrair dela, segundo critérios pré-estabelecidos, as informações relevantes para a seleção das Unidades de Análise a serem abordadas. Posteriormente, realiza-se a análise propriamente dita, também segundo critérios de análises justificados. Veja-se orientação sobre esse trabalho:

A Análise de Decisões é um método que permite:

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;
- 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e
- 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos. (FREITAS FILHO; LIMA; 2010, p. 7)

Nos termos acima, serão escolhidas como Unidades de Análise os argumentos com que os Ministros fundamentam seus votos, ou seja, tem-se como critério de seleção tudo o que for argumento para justificar o voto do respectivo Magistrado e tenha relação com o objeto da pesquisa (ensino domiciliar) já que “[...] a escolha das pistas documentais apresentadas no leque que é oferecida ao pesquisador, deve ser feita à luz do questionamento inicial” (CELLARD, 2008, p. 303).

Como critério de análise dessas unidades selecionadas, visando aferir a correção, aplicabilidade, classificação e coerência desses argumentos, serão utilizadas as técnicas de argumentação jurídicas ensinadas por, Manuel Atienza na sua obra “As razões do direito: teorias da argumentação jurídica” (2005); Eros Roberto Grau e seu “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” (2009); Robert Alexy na obra Teoria da argumentação jurídica (2005); Jürgen Habermas em “Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social” (2005); Francisco Conte e sua obra “Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição” (2016) e João Maurício Adeodato em “Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo” (2014).

Explica-se porque se adotou o “argumento” como critério de seleção das Unidades de Análise. De início, registra que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas e isso é exigência lógica, da Constituição (BRASIL, 1988) e do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), já que é desdobramento dos Princípios Republicano e Democrático (CONTE, 2016). Assim está previsto o dever de fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional:

Constituição.

Art. 93, [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Código de Processo Civil

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Como se lê acima, os fundamentos são elementos indispensáveis à qualquer decisão judicial e mais: não é suficiente a citação de norma ou princípio na decisão judicial, é preciso demonstrar a ligação existente entre o objeto analisado e as disposições normativas expressas

ou implícitas no ordenamento jurídico e essa inter-relação é realizada através de argumentos, sendo que o concatenamento sequencial deles é denominado de argumentação (GRAU, 2009).

Os critérios de análise, em que serão emitidas as conclusões acerca de cada Unidade de Análise, serão retirados das Teorias Jurídico-Argumentativas, no sentido de se verificar se as alegações trazidas para o acórdão são pertinentes com os temas discutidos, válidas e suficientes para demonstrar o que se alega. Somando o estudo realizado na pesquisa sobre Direito à Educação aos critérios de argumentação válidos apresentados abaixo, é possível concluir se os direitos evocados, junto com outros argumentos de origem ideológica, fática, pessoal, científica ou notória são suficientes para dar sentido às fundamentações dos agentes que se manifestaram no acórdão. Também é possível realizar análise sob o prisma das questões da Judicialização da Educação e do Ativismo Judicial. Para Gabardo e Morettini por exemplo, é perfeitamente possível analisar se há ou não Ativismo Judicial numa Unidade de Análise. Confira-se:

Também seria interessante avaliar a questão relativa ao critério do controle judicial da discricionariedade técnica da Administração e a postura dos magistrados e das cortes quando colocados à frente de determinado tema, ou seja, seria importante avaliar se a maioria dos magistrados e das cortes adotam uma posição inclinada ao Ativismo Judicial.

[...]

Ao final, pode-se claramente estabelecer que o juiz adotou uma posição ativista na sentença analisada e será este dado que irá compor um banco de dados. (GABARDO;. MORETTINI, 2013, p. 166/167).

Sobre as Técnicas de Argumentação, tem-se que argumentos são premissas ou unidades semânticas que, concatenados com outros argumentos, objetivam comprovar ou refutar uma tese ou uma proposição, já a argumentação é a conduta se utilizar desses argumentos de forma lógico-racional também objetivando comprovar ou refutar uma proposição. Argumentação é “*aquela ideia para a qual todos os argumentos convergem*” (RODRIGUEZ, 2005, p. 36)

A argumentação se encadeia por meio do discurso, mesmo que seja monologar, em que o argumentante se utiliza do sentido existentes nos argumentos para produzir uma conclusão coesa e que tenha o poder de convencer os destinatários da argumentação. Sendo assim:

A argumentação processa-se por meio do discurso, ou seja, por palavras que se encadeiam, formando um todo coeso e cheio de sentido, que produz um efeito racional no ouvinte. Quanto mais coeso e coerente for o discurso, maior /será sua capacidade de adesão à mente do ouvinte, porquanto este

absorverá com facilidade, deixando transparecer menores lacunas. (RODRIGUEZ, 2005, p. 13).

São variadíssimos os tipos ou espécies de argumentos. Sendo certo que eles podem ser classificados ou apreciados por vários critérios, como pela sua estrutura, seus elementos, funções, nível de apoio à pretensão a ser comprovada e outros. Neste sentido:

[...] o raciocínio muda conforme as situações. Entretanto, é possível propor algumas questões que são comuns: uma dessas questões é a de qual é a estrutura dos argumentos, isto é, de que elementos se compõem os argumentos, que funções cumprem esses elementos e como eles se relacionam entre si; outra é a força dos argumentos, isto é, a questão de com que intensidade e sob que circunstâncias o material apresentado na argumentação oferece um apoio com relação à pretensão, que é o objetivo da argumentação. (ATIENZA, 2005, p. 95).

Nesse sentido, serão usados na análise documental uma das várias classificações propostas por Habermas (2012) por ser a que melhor se adequa à análise do acórdão estudado e das decisões judiciais em geral.

Tem-se, para o caso, que os argumentos principais são aqueles que são extraídos, expressa ou implicitamente, da norma constitucional primeiramente e infraconstitucional num segundo momento.

Aqui é necessário um hiato para demonstrar que as normas constitucionais e legais não são meras padronizações e textos positivados em papel. São elas produto da democracia republicana em que, quem governa é o único titular do poder: o Povo, conforme Art. 1º, parágrafo único da Constituição (BRASIL, 1988), uma norma estrutural que estabelece que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. Desta forma, apesar de o Judiciário não ser eleito, mas ter importante papel na aplicação da vontade popular nos casos concretos a ele apresentados, pode-se graduar que uma decisão judicial é mais ou menos democrática quando ela segue as decisões políticas emanadas pelo povo (HABERMAS, 2012).

É claro que, como qualquer texto, as normas populares admitem interpretações diversas (às vezes até divergentes entre si) e por isso deve-se sim, a depender do caso, mitigar o excesso de rigidez na interpretação e aplicação das normas e o formalismo legalista sempre que se comprovar, por exemplo, que a situação de fato em análise é inédita e não regulada por normas jurídicas, quando a norma estiver defasada, quando houver conflito entre as normas e, no caso aqui analisado, quando há um arcabouço principiológico e diretivo sobre a matéria (Educação), mas não há norma expressa tratando de uma situação educacional específica (ensino domiciliar). Nesse sentido:

[...] não é possível estudar a argumentação jurídica isoladamente, sem nenhuma atenção à razão prática, porque a razão prática apresentaria segundo muitos autores uma estrutura unitária, que não se pode fragmentar. Uma norma é uma razão para atuar de certa maneira que se entrelaça com outras razões no raciocínio prático e cuja premissa fundamental final teria que ter natureza moral, pois não posso ser obrigado moralmente a fazer algo que não me pode obrigar moralmente por ser imoral. O postulado da unidade da razão prática não é novo (era já parte fundamental da teoria do Direito de Kant), mas hoje adquiriu auge teórico e transcendência política: se reconhecemos a dimensão moral do raciocínio jurídico e também atendemos ao forte cunho moral e político de muitos conceitos e princípios constitucionais (dignidade humana, democracia, liberdade ou justiça), então o juiz (monocrático ou constitucional) torna-se protagonista, pois a ele corresponde articular em suas decisões a dimensão moral e a dimensão puramente institucional do Direito. (FIGUEROA, 2012, p. 20/21)

Apesar dessa flexibilidade de interpretação e aplicação normativa, há que se ter sempre em mente que, primeiro: as situações acima devem ser tratadas como exceções e que a regra deve ser a fidelidade à vontade do Povo e, segundo: a argumentação, para ser considerada democrática e ser tida como popularmente legítima, deve partir da norma, salvo casos de total omissão normativa. Assim como nas situações acima em que há a necessidade de relativizar o formalismo normativo, mesmo assim, a justificativa dessa flexibilização deve, também, partir da norma a ser flexibilizada. É preciso entender: isso não é formalismo cego e rígido e sim ser democrático-republicano e justo para com toda a sociedade.

Já adiantando, no caso do ensino domiciliar, há conflito entre Direitos Fundamentais Educacionais. Ocorre que não há hierarquia entre eles. O que o intérprete ou aplicador do direito deve fazer é um exercício de ponderação quando, no caso concreto, esse conflito existe, o que não quer dizer que, abstratamente, de um modo geral, fora do caso estudado, haja hierarquia entre eles. Essa ponderação tem como norte os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Verifica-se:

[...] são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental. (STEINMETZ, 2001, p. 69)

Esclarece-se que não se está querendo lecionar que estudos acadêmicos e científicos, argumentos lógicos, indutivos, dedutivos, exclusivos e generalistas, posicionamentos filosóficos ou íntimos e até experiências pessoais não podem ser trazidos às fundamentações

de uma decisão, contudo, para que ela seja democrático-republicana ela tem que estar relacionado com um argumento antecedente que parta da norma enquanto vontade popular.

Por tal razão, será utilizado como critério de análise das unidades selecionadas, a classificação proposta por Habermas (2012) em que são argumentos principais os que partem das normas e mais: demonstram que a situação concreta (fática) analisada se enquadra ou não nessa norma. São decisões que evidenciam uma ligação jurídico-racional entre a norma e a situação concreta analisada. Como argumentos acessórios ou secundários temos os que, sendo de natureza jurídica ou não, corroboram com os principais. Os argumentos introdutórios são os que preparam o entendimento do leitor para que se entenda o contexto ou se fundamente os argumentos principais. Os argumentos irrelevantes são os que não têm ligação com a questão. (HABERMAS, 2012). As falácias são argumentos que, embora se afirme haver essa ligação jurídico-racional com a situação concreta analisada, na verdade esse liame não existe. (ADEODATO, 2014)

Usando exemplos hipotéticos relacionados ao caso estudado temos a assertiva “o ensino domiciliar não é autorizado porque a constituição regra que a Educação é obrigatória”. Trata-se, por si só, sem uma prévia contextualização argumentativa, de uma falácia. O fato de ser obrigatório não impede que seja ministrado em casa, pelos pais, pois estarão, justamente, cumprindo com a obrigatoriedade. Outro exemplo, tem-se a afirmação hipotética: “A constituição diz que o Poder Público vai controlar a frequência dos alunos nas escolas, então, mesmo se fosse possível o controle da frequência às aulas ministradas em casa, a Constituição usou a palavra ‘escola’ então há proibição constitucional implícita do ensino domiciliar”. Isso sim é um argumento principal viável contra o ensino domiciliar, mesmo existindo o contra-argumento, também válido, de que “tal norma está no artigo que trata dos deveres do Estado e não da família, assim, não se aplicaria ao ensino ministrado pela família, que também é responsável pela Educação”, tem-se aqui o que seria outro argumento válido, só que agora a favor do ensino domiciliar. Veja-se: dois argumentos válidos, um contra e outro a favor do ensino domiciliar.

Bem, depois dessa argumentação principal, ambos de origem normativa e demonstração jurídico-racional, nada impede que se alegue, adicionalmente, argumentos secundários como “a constituição diz que a Educação é obrigatória assim, como é inviável a fiscalização no lar, que é inviolável, então isso corrobora o argumento principal de que a constituição proíbe o ensino domiciliar”, eis um argumento acessório, contra a Educação doméstica. Pode-se ter um exemplo, agora a favor: “como a constituição diz que a Educação é obrigatória e há alto índice de evasão escolar, o ensino domiciliar pode servir para que a

norma que prevê a Educação obrigatória possa ser melhor cumprida pela sociedade”. Tem-se a norma da obrigatoriedade educacional sendo usada, de forma válida, contra e a favor do ensino domiciliar.

Feitas essas considerações, passa-se à Análise Documental propriamente dita. Relembrando e esclarecendo: as “UNIDADES DE ANÁLISE” são argumentos extraídos do texto do acórdão analisado. São ideias ou trechos literais de autoria dos agentes que participaram do julgamento do Recurso Extraordinário. Já as “ANÁLISES”, que aparecem logo após cada Unidade de Análise, são comentários do pesquisador, realizados tendo como critérios, o estudo acima acerca das Técnicas Jurídico-argumentativas.

3.3 – Relatório da questão discutida – Tema 822 – ensino domiciliar

Feitas as considerações indiciais, passa-se à análise documental propriamente dita. O Tema 822 de Repercussão Geral trata da possibilidade de e o indivíduo em idade escolar (4 a 17 anos de idade), representados por seus pais e tutores, ter ou não o direito de se educar, com reconhecimento pelo Poder Público como ensino regular, em casa, no seio da família, sem que haja a frequência diuturna aos estabelecimentos de ensino oficiais.

A Autora, menor impúbere em idade escolar e por isso representada pelos pais, alega ter o direito de receber Educação regular em casa, ministrada pela família. Verifica-se os Direitos Fundamentais Educacionais evocados no acórdão – tanto nos votos contra o ensino domiciliar, como nos a favor – possuem alta pertinência com todo o conteúdo estudado na presente pesquisa.

Conforme se estudou no Primeiro Capítulo desta dissertação, em que pese estar localizada na parte da Constituição que trata dos direitos Sociais (de segunda geração/dimensão) a Educação é Direito Fundamental com características, também, de direito individual (de primeira geração/dimensão) no sentido de que todos têm direito a se educar. É uma liberdade pública, cujo titular é o indivíduo, de poder escolher o como se educar. Bem, em linhas bem gerais, a Autora traz a seu favor justamente essa vertente do Direito Fundamental Educacional para fundamentar sua prerrogativa ao ensino domiciliar.

Doutro lado, os que são contra essa modalidade educacional, alegam que a Educação, enquanto direito social, é dever da Família, mas do Estado também. Assim, não poderia o Poder Público se furtar à prestação educacional sob pena, inclusive, de ser responsabilizado. Alegam também que a formação de um cidadão é interesse de toda a sociedade e não só do indivíduo e assim, deve este se submeter à diversidade de conhecimentos, métodos e

ideologias e ao convívio com as mais diferentes pessoas, noutras palavras, para esses, a socialização gerada pela escolarização é de interesse de todos. Nesse sentido, a teoria da Educação enquanto direito coletivo (terceira geração/dimensão) também está presente no acórdão.

Por óbvio, as fundamentações elencadas no tópico que segue são bem mais profundas que as acima mencionadas, trazidas de forma reduzida apenas para registrar que o documento ora estudado aborda a Educação nas vertentes de Direito Fundamental de primeira, segunda e terceira gerações/dimensões, demonstrando-se a alta compatibilidade com o objeto da pesquisa. Mas não é apenas isso. Em algumas passagens do acórdão há menção à evolução histórica do Direito à Educação, inclusive nas constituições anteriores, tema também abordado na presente dissertação. Além disso, há extensas linhas acerca de como o Direito à Educação se apresente na Constituição, sua qualidade de Direito Subjetivo e várias passagens que discutem a questão dos limites em que o Poder Judiciário pode atuar sem ferir as funções do Poder Legislativo, ou seja, trata também da questão do Ativismo Judicial.

Desta forma, o acórdão guarda estreita relação com todo o conteúdo produzido na presente pesquisa.

3.4 - Fundamentos utilizados – Tema 822 – ensino domiciliar

A Autora, ao manejar a ação em primeiro grau de jurisdição, frente a um dos juízes pertencentes ao Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, evoca, como já introduzido, ter o direito de obter Educação regular em casa, ministrada pela família e, para tanto, evoca vários Direitos Fundamentais Educacionais, sendo certo que cada uma dessas fundamentações se apresenta como unidade de análise.

Os artigos mencionados abaixo, sem a indicação do diploma legal, são todos da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). E as citações ao acórdão estudado conterão a indicação da página relativa ao seu inteiro teor e não referência à página do voto de cada Ministro.

UNIDADE DE ANÁLISE 1: O primeiro Direito Fundamental alegado não é exclusivamente atinente à Educação. Trata-se do Art. 5º, VI que prega a inviolabilidade da liberdade de consciência. Também traz à baila o Art. 205 regramdo que “*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração*

da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". (BRASIL, 1988)

ANÁLISE: A liberdade de consciência é o direito individual de o cidadão se construir livre para adotar suas próprias convicções ideológicas (SILVA, 2007), incluindo aí as ideologias educacionais e religiosas. Apesar de demandar ponderação com outras normas e princípios constitucionais, a princípio, isoladamente, o argumento realmente corrobora a alegação da Autora, como um dos argumentos normativos principais, de que é livre para escolher o conteúdo e a modalidade de formação educacional, via ensino domiciliar. A menção ao fato de a família, junto com o Estado, ser responsável pela Educação também acrescenta lógica à pretensão da Autora, entretanto apenas enquanto argumento acessório já que, não se pode concluir que o texto da norma constitucional, isoladamente, autoriza que a família possa prestar ensino regular fora da escola.

UNIDADE DE ANÁLISE 2: A Autora motiva sua pretensão, ainda, no Art. 206 (BRASIL, 1988), cujos incisos trazem os princípios pelos quais a Educação será ministrada. No caso, evoca a Autora o inciso II, que prevê "*liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*". E o inciso III que prescreve o "*pluralismo de idéias (sic) e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino*". (BRASIL, 1988)

ANÁLISE: Aqui repisa-se a mesma análise realizada acima (Unidade de Análise 1) para a liberdade de consciência, contudo, no ponto, a Constituição traz a liberdade de consciência para o âmbito da Educação.

UNIDADE DE ANÁLISE 3: A Autora traz a seu favor o Art. 210 (BRASIL, 1988), que exige a previsão de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de modo a fomentar os valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Já o Art. 214 (BRASIL, 1988) regra que o plano nacional de Educação, com validade de 10 anos, será previsto em lei. Colaciona-se abaixo:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de

implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (BRASIL, 1988)

ANÁLISE: Não se pode afirmar se a intenção da Autora foi a de trazer uma argumentação contextual, introdutória ou acessória, contudo, é certo que não se pode extrair do texto evocado que a constituição autoriza o ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 4: Traz à baila o Art. 226, em que o texto constitucional institui a família como base da sociedade e que, em seu § 7º prevê estar a unidade familiar fundada na

[...] dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

Alega ainda o Art. 227, com a previsão de que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

ANÁLISE: quanto ao *caput* do Art. 226, o fato de a família ser base da sociedade é relevante mas apenas como argumento introdutório (conforme foi utilizado), pois não induz, por si só, à conclusão de que a constituição autoriza o ensino domiciliar, o mesmo pode se dizer quanto à primeira parte do seu § 7º ao se referir à dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já a menção ao planejamento familiar livre, pelo que se afere na obra “A Constituição e o Supremo” (BRASIL, 2011, p. 1967), em que o STF comenta os dispositivos constitucionais, um a um, fica claro que a expressão “planejamento familiar” se refere à liberdade de o casal decidir sobre a quantidade de filhos, os métodos de concepção e anticoncepcionais, questões ligadas a reconhecimento de paternidade e exames de DNA.

O mesmo pode ser concluído da análise das outras obras de índole constitucional usadas na pesquisa (BONAVIDES, 2009; SILVA, 2007; BARROSO, 2010; DUTRA, 2016). Por fim, registra-se que o dispositivo legal se encontra na parte em que a Constituição trata da família e não da Educação. Desta forma, a expressão “planejamento familiar” não se refere à liberdade da família em relação às questões educacionais dos filhos. Nesse sentido, o argumento, nesta parte, não se aplica ao caso estudado (ensino domiciliar).

Quanto ao Art. 227 (BRASIL, 1988), apesar de também estar localizado na parte em que a Constituição trata da família, ao contrário do anterior, esse dispositivo constitucional faz menção expressa à Educação, colocando-a como dever da família. Trata-se de argumento acessório de apoio, mas também, de forma isolada, não induz à conclusão de que a família pode educar a criança fora da escola.

UNIDADE DE ANÁLISE 5: Encerrando o rol de citações normativas constitucionais a Autora evoca o Art. 229 (BRASIL, 1988) regrando que “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*” e os incisos II e III do Art. 206 colacionados abaixo:

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

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

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (BRASIL, 1988)

ANÁLISE: Os dispositivos normativos acima se enquadram na categoria de argumentos principais, pois é possível a interpretação de que se há liberdade para aprender, ensinar e divulgar o pensamento e o saber, pode-se optar, por liberalidade, pelo ensino domiciliar. Salienta-se, no entanto, que o texto normativo admite outras interpretações, tanto isoladamente, quanto quando confrontados com outros princípios e normas constitucionais, contudo, repita-se, são um dos argumentos principais e válidos em favor do ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 6: Passe-se, agora, ao desenvolvimento lógico-jurídico apresentado pela Autora, sempre com base nos textos normativos acima. Sustenta, em síntese,

[...] que restringir o significado da palavra “educar” simplesmente à instrução formal em instituição convencional de ensino seria não apenas ignorar as variadas formas de ensino – acrescidas de mais recursos com a tecnologia – mas também afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF/88) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88), especialmente caso se considere a autonomia familiar assegurada pela Constituição. Assevera, ainda, que a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino é

determinada, exclusivamente, pela legislação infraconstitucional, enquanto a Constituição não impõe tal obrigação, pois delega aos pais o dever de prover a educação dos seus filhos. Destaca que não há nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que proíba a prática do ensino domiciliar. (BRASIL, 2018, p. 7)

As alegações da Autora ficam complementadas no relatório do voto da Ministra Cármen Lúcia, onde mais clara e completamente se resume a argumentação da Autora. Sintetiza a Magistrada que a Autora:

Sustenta que *“a obrigatoriedade de ensino prevista no art. 208 da Constituição, dirige-se somente ao Estado”*.

Argumenta que *“a Constituição não pretende criar um Estado totalitário e paternalista que possa validamente se substituir aos pais na escolha da melhor educação a ser dada aos filhos (arts. 1º, caput - 'Estado Democrático de Direito', e V - 'pluralismo político'; 3º, I; 206, II e III)”*.

Afirma caber *“ao Poder Público fiscalizar as condições em que o ensino privado é ministrado, mas jamais proibir uma modalidade de ensino sem qualquer razão para tanto - a escola não é o único lugar em que as crianças podem ter contato com a diversidade”*.

Anota ser *“necessária, no presente caso, a aplicação do princípio da razoabilidade por tratar-se 'de valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, (...) por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”*.

Conclui que *“os dispositivos da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que obrigam a matrícula devem ser interpretados dessa maneira: Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos”*. (BRASIL, 2018, p. 87).

ANÁLISE: Confirma-se que os argumentos principais evocados pela Autora a favor do ensino domiciliar são a liberdade de consciência (Art. 5º, VI) de ensino (art. 206, II) e de concepções pedagógicas (art. 206, III) (BRASIL, 1988) de onde é possível se extrair a interpretação, porém sem a exclusão de outras, de que a família poderia optar pela Educação fora da escola, já que a constituição expressamente consagra a liberdade do núcleo familiar para tanto. O fato de a Constituição colocar a família como corresponsável pela Educação corrobora o argumento principal a favor do ensino domiciliar, mas não é suficiente, por si só, para se fazer concluir pela autorização constitucional em favor do ensino domiciliar.

A Autora afirma que *“a obrigatoriedade de ensino prevista no art. 208 da Constituição, dirige-se somente ao Estado”*. Realmente, o Art. 208 (BRASIL, 1988) diz que *“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:”*. Vê-se que,

apesar de a família também ser responsável pela a Educação, o Art. 208 trata apenas dos deveres do Estado e não da Família. A autora elabora essa afirmação para demonstrar que, quando o § 3º desse artigo regra que “*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*” ele não está proibindo o ensino domiciliar, ele está apenas impondo que, quando a Educação for ministrada pelo Estado ele tem que zelar pela frequência dos educandos.

Admite a Autora, que normas infraconstitucionais dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), exigem que os pais matriculem seus filhos, contudo, entende que a função dessas normas é a de impedir que crianças fiquem sem o ensino básico e não que essa formação tenha que ser necessariamente na escola, podendo ser em casa, já que a Constituição não proíbe o ensino domiciliar. Nesse sentido, somente os pais que não puderem ou quiserem viabilizar o ensino domiciliar estariam obrigados à matrícula. Trata-se claramente de um pedido de “interpretação da lei conforme a Constituição”, que ocorre quando o Poder Judiciário, sem declarar a lei inconstitucional, estabelece qual a interpretação ou forma de aplicação é compatível com a Constituição, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade, que retira totalmente a eficácia da lei aniquilando por completo seus efeitos (SILVA, 2007; DUTRA, 2016).

Os demais argumentos da unidade de análise acima são mais de índole filosófica do que normativas. Alguns deles, de índole puramente lógico-racional ou experiencial, mas sempre tendo como alicerce, os argumentos principais trazidos pela Autora. Todos eles são argumentos que corroboram os principais, mas são de índole acessória.

Quanto ao argumento da Autora de que “*a Constituição não pretende criar um Estado totalitário e paternalista que possa validamente se substituir aos pais na escolha da melhor educação a ser dada aos filhos*”, vale lembrar o que foi estudado no primeiro capítulo sobre a evolução dos Direitos Fundamentais. Em resumo, havia a concepção do Estado totalitário da idade média, superado pelo Estado liberal do início da idade moderna, assim, o Estado intervencionista passa a ser enxuto e mínimo, numa palavra: liberal. Com as ideias marxistas voltou-se a defender um Estado intervencionista, apesar de diferente do antigo Estado totalitário da idade média, no sentido de que o Poder Público deve dirigir a vida privada visando promover a diminuição das desigualdades. Outros tipos de intervenções estatais surgiram da necessidade de se proteger os Direitos Coletivos e Difusos, como o meio

ambiente, o patrimônio histórico e cultural, fruto do período pós-guerra e da revolução tecnológica. Conforme se estudou, todos esses períodos estão presentes na Constituição.

O período liberal representado pelos direitos individuais, o período assistencial pelos direitos sociais e o último pelos direitos coletivos (primeira, segunda e terceira gerações/dimensões dos Direitos Fundamentais). Por tal razão, não raro se encontra argumentações evocando a natureza liberal e não-intervencionista da Constituição (como no caso dessas motivações da Autora), noutras vezes depara-se com argumentos trazendo ao debate a natureza social da mesma Constituição. Não se trata de má-fé, mas sim de se estabelecer uma dialética para se tentar concluir se, no caso concreto, deve prevalecer uma ou outra dessas características presentes no ordenamento constitucional.

Desta forma, no sentir da Autora, obrigar os indivíduos em formação à escolarização é atitude intervencionista exagerada. Isso se verifica também na afirmação de que é *“necessária, no presente caso, a aplicação do princípio da razoabilidade (...) por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”*.

Em seguida, visando combater os argumentos de que a escolarização seria fundamental para a socialização e contato com a diversidade a Autora argumenta que a escola não é o único ambiente para tanto. Mais à frente, na Unidade de Análise 18, o Ministro Luís Roberto Barroso manifesta que os clubes, associações, e outras agremiações servem perfeitamente para a socialização da criança e que a escola não seria indispensável a esse fim.

UNIDADE DE ANÁLISE 7: Também no relatório do voto da Ministra Cármen Lúcia é onde se encontra resumidamente a argumentação da parte contrária: o Município de Canela no Estado do Rio Grande do Sul. Sintetiza a Magistrada que:

Em contrarrazões, o Município de Canela defende que "o ensino domiciliar não pode ser visto como um substituto do ensino escolar, mas sim uma complementação, uma participação ética e conjunta dos pais na educação de seus filhos". Afirma que "a Constituição Federal em seu artigo 208, parágrafo 1º, considera o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo", e que "o parágrafo 2º, do mesmo diploma legal refere que o seu não-oferecimento por parte do poder público implica em responsabilidade da autoridade competente". (BRASIL, 2019, p. 185)

ANÁLISE: O argumento principal do Município é o fato de a Constituição prever que haverá a responsabilização do Poder Público se ele não oferecer a formação básica. Assim, se a lei prevê punição por descumprimento de um Direito Público Subjetivo (como é o Direito à Educação, conforme se estudou), pode-se afirmar que o ordenamento proíbe tal

conduta de “não oferecer”. É o que se extrai do estudo das ciências jurídicas, conforme se vê:

“[...] o direito subjetivo ou a relação jurídica são tutelados pelo Estado, através de uma proteção especial, representada, de uma forma geral, pelo ordenamento jurídico e, particularmente, pela ‘sanção’” (MONTORO, 2005, p.538)

Há então, interpretação válida à norma constitucional em desfavor do ensino domiciliar. No entanto, há outras interpretações também possíveis ao §2º do Art. 208 (BRASIL, 1988) que, apesar de não terem sido trazidas pelo acórdão, valem a pena cogitar. Nota-se que a norma constitucional utiliza o verbo “oferecer”, assim, pode-se concluir, também, que bastaria o Estado “colocar à disposição” não sendo necessariamente obrigatório que o titular do direito subjetivo usufrua dessa oferta, quando ele satisfaz a “obrigatoriedade” do ensino regular em casa. Ambas são interpretações válidas.

Já a afirmação de que o ensino domiciliar deve ser apenas complemento da Educação regular é argumento acessório, decorrente do principal desta Unidade de Análise 7, sem sustentação normativa por si só.

UNIDADE DE ANÁLISE 8: O juiz de primeiro grau indeferiu a inicial da Autora, “*por conter pedido juridicamente impossível, na medida em que não haveria permissão expressa de ensino doméstico na legislação brasileira*” (BRASIL, 2018, p. 7). Diante disso, a Autora manejou recurso ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que confirmou a decisão do juiz de primeiro grau, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA.

Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do mandamus. Manutenção do indeferimento da segurança.

APELAÇÃO DESPROVIDA (BRASIL, 2018, p. 7).

ANÁLISE: Necessário breve esclarecimento acerca do indeferimento da petição inicial por haver pedido juridicamente impossível. O antigo Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), vigente de 1973 a 18 de março 2016, aplicável à época do indeferimento, regra que quando o juiz identificar que o pedido é juridicamente impossível ele poderá extinguir a ação, já na apreciação da petição inicial. Como o Magistrado de primeiro grau, ao ter contato com a petição inicial, se convenceu da tese contrária à da Autora, no sentido de que o ensino domiciliar estaria proibido pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais, ele extinguiu de imediato a ação por ausência de Direito Líquido e Certo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou tal decisão. Por isso, verifica-se no acórdão tão limitadas menções às passagens da ação pelo juízo de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça.

UNIDADE DE ANÁLISE 9: Ato contínuo, a Autora interpôs o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018), cujo acórdão final está sob análise documental no presente momento, e que gerou o Tema 822 de Repercussão Geral no STF. Nesse Recurso Extraordinário a Autora chega a propor o seguinte enunciado para o Tema de Repercussão Geral:

“Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos” (BRASIL, 2018, p. 8).

ANÁLISE: Ocorre que, a última e máxima instância jurisdicional para se discutir questões de teor constitucional e que, conforme art. 1.035, §1º (BRASIL, 1988), sejam *“relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”* (Repercussão Geral) é o STF e o instrumento processual para acesso à Corte Suprema é o Recurso Extraordinário.

Naturalmente, a Autora ementou resumidamente seu entendimento acerca da matéria e propôs como enunciado do tema de Repercussão Geral. À frente, na Unidade de Análise 69, verifica-se que tal proposição não foi acatada pelo STF.

UNIDADE DE ANÁLISE 10: O STF reconheceu a existência de Repercussão Geral e motivou sua decisão conforme segue:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988.

2. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2018, p. 8).

ANÁLISE: Vale relembrar resumidamente o já exposto na pesquisa que a Repercussão Geral é um sistema de julgamento que seleciona questões recorrentes, constitucionais, relevantes (no sentir do STF), que envolvam toda a sociedade ou extrato significativo dela e que geram precedentes que uniformizam o tratamento jurídico a ser dado por outros órgãos julgadores e, conseqüentemente, também pela Admiração e pelos

particulares. Conforme se vê, o STF entende que o ensino domiciliar atende a todas essas características.

UNIDADE DE ANÁLISE 11: Por envolver interesse público primário, a Procuradoria-Geral da República foi chamada a manifestar como terceira interessada. Opinou contra a tese da Autora, ou seja, entendeu ser inconstitucional considerar o ensino domiciliar como sendo regular. Sinteticamente, manifestou nos seguintes termos:

(i) o art. 208, I, da Constituição, ao impor a educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade proíbe aos pais e responsáveis retirarem seus filhos das escolas; (ii) a legislação infraconstitucional determina que os pais matriculem seus filhos na rede regular de ensino; (iii) os estudantes não matriculados em escolas são privados de elementos básicos de socialização e dos processos pedagógicos próprios do ambiente escolar, local apropriado para o desenvolvimento da tolerância, da solidariedade e da ética; (iv) a escolarização é o padrão pedagógico adotado pela Constituição; e (v) a autorização da prática do ensino domiciliar no Brasil depende exclusivamente de lei a ser aprovada pelo Congresso Nacional. (BRASIL, 2018, p. 8)

ANÁLISE: Ao contrário do que se alega no item (i), a imposição de Educação Básica dos 4 aos 17 anos não gera a proibição de os pais tirarem seus filhos da escola e continuarem ministrando Educação Básica em casa. Trata-se de afirmação vaga, sem concatenamento lógico-normativo. O item (ii) é argumento principal válido contra o ensino domiciliar, conforme exposto na Unidade de Análise 6, mas deve-se registrar sua origem infraconstitucional. Apenas pelo que se encontra grafado no acórdão é impossível analisar o nível de validação da afirmação contida no tópico (iii). Não se sabe se a assertiva deriva de estudos sérios que eventualmente foram juntados aos autos do processo ou se se trata de opinião pessoal do Procurador-Geral da República. De todo modo, mesmo sendo afirmação validada por estudos acadêmicos, trata-se de argumento secundário que não pode, por si só, ser primariamente determinante para se decidir a questão, já que é preciso dar primazia às decisões legitimamente populares (constituição e leis) principalmente quando elas existem, como no caso em tela. Serviria melhor o argumento se atrelado de forma secundária a um argumento constitucional normativo principal.

Quanto à afirmação (iv) de que a escolarização é o padrão pedagógico previsto na Constituição, trata-se de assertiva vaga que, por isso mesmo, não pode ser admitida como interpretação possível ao texto constitucional sobre Educação.

Para a análise da afirmação (iv) de que a escolarização é o padrão pedagógico previsto na Constituição, é preciso buscar no texto constitucional sobre Educação as menções às instituições de Educação Básica.

No Art. 206 (BRASIL, 1988) que trata dos princípios da Educação, a menção a estabelecimentos oficiais aparece em apenas um dos oito incisos ali presentes. Trata-se do inciso IV “*gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais*”. Uma das interpretações válidas para esse texto é que, quando o ensino for público, ele deve ser gratuito e prestado em estabelecimentos oficiais, o que é diferente do entendimento de que a Educação Básica deve ser necessariamente ministrada em estabelecimento oficial.

Doutro lado, para se concluir que, por esse inciso, a Constituição tenha adotado como padrão a escolarização, será necessário um esforço interpretativo capaz de suprimir a palavra “público” do texto, para que se deduza que o ensino privado (como é o caso do ensino domiciliar) deve também ser ministrado em estabelecimentos oficiais. Os outros sete incisos do Art. 206 (BRASIL, 1988) que tratam dos princípios da Educação, não preveem a escolarização como padrão, ao contrário, conforme se viu nas Unidades de Análises 1 e 2, os incisos II e III admitem o entendimento, quando analisados isolados das demais normas constitucionais, de que os pais seriam livres para a escolha do modelo pedagógico. Assim, não há nada nos princípios educacionais constitucionais (Art. 206) que indique a utilização da escolarização como padrão.

No Art. 208 (BRASIL, 1988), que trata dos deveres do Estado com a Educação, a menção à instituição de Educação Básica aparece no inciso IV, dizendo que o Estado deve garantir “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*” e no § 3º “*compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência (sic) à escola*” (BRASIL, 1988). Vê-se que, apesar de a família também ser responsável pela Educação dos filhos, o Art. 208 trata apenas dos deveres do Estado, ou seja, quando o Estado estiver ministrando a formação educacional básica ele - e não a família – está obrigado a garantir Educação Infantil de forma escolarizada. Confira-se o *caput* do artigo: “**O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**” (destacou-se).

Novamente, não há esforço hermenêutico capaz de se fazer incluir a palavra “família” no texto do *caput* do Art. 208 (BRASIL, 1988), onde literalmente não existe.

Outra menção às “escolas” aparece no Art. 201, §1º (BRASIL, 1988), cuja redação segue: “*O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*”. A interpretação literal mostra que quando o ensino fundamental for ministrado em escola pública será de frequência facultativa e ministrado nos horários normais. Não qualquer indicação, nesse dispositivo, que a escolarização esteja estabelecida como padrão.

Desta feita, conclui-se que não há opção constitucional pela escolarização como padrão. O que não se pode negar é que, no mundo prático, a escolarização realmente é o padrão pedagógico. Mas o mesmo não se pode afirmar para o contexto constitucional.

Quanto ao item (v) da unidade de análise acima, qual seja: “*a autorização da prática do ensino domiciliar no Brasil depende exclusivamente de lei a ser aprovada pelo Congresso Nacional*”, trata-se, como se verá na Análise à Unidade 22, de argumentação conclusiva viável. Essa é, inclusive, a conclusão a que chegou o STF no acórdão estudado. Mas há inequívoca contradição na afirmação da Procuradoria-Geral da República. Ora, se no item (i) ela opinou pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar apontando, inclusive, que a constituição proíbe aos pais e responsáveis retirarem seus filhos das escolas, não poderia ela, no item (v) dizer que o ensino domiciliar depende de lei. Ora, se é inconstitucional, qualquer regulamentação o será também.

UNIDADE DE ANÁLISE 12: O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, em 22/11/2016, determinou “*a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a matéria discutida nos presentes autos e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015*”. (BRASIL, 2018, p. 9)

ANÁLISE: Trata-se da função unificadora do sistema de julgamento da Repercussão Geral em que o Relator do Recurso Extraordinário ordena a suspensão do andamento de todas as ações que tratem do mesmo tema para se evitar decisões conflitantes e gerar uma homogeneização decisória em nível nacional, já que, dois dos requisitos para que se coloque a questão em repercussão geral é a repetitividade da questão que deve ser recorrente e o fato de o tema ser afeto a toda a sociedade ou extrato significativo dela.

UNIDADE DE ANÁLISE 13: Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso procura sintetizar a questão discutida apresentando duas perguntas sucintas, quais sejam:

[...] embora a questão não seja singela, é possível expô-la de uma forma muito simples na apresentação de duas perguntas. A primeira: podem os pais de uma criança ou responsáveis por ela optarem para o ensino domiciliar para a educação dos filhos ou a Constituição exige a matrícula em ensino oficial? Acho que essa é a primeira pergunta. Há um direito de escolha dos pais e dos responsáveis ou há uma imposição estatal a respeito?

A segunda pergunta: no caso de se admitir a educação domiciliar, quais são os requisitos e obrigações a serem observados, considerando que não há uma lei específica que regulamente o ensino domiciliar? (BRASIL, 2018, p. 11).

ANÁLISE: A sintetização da problematização básica envolvida no Tema 822 foi regularmente estabelecida pelo Ministro, tanto que o núcleo do precedente gerado pelo julgamento do Recurso Extraordinário responde justamente a essas duas perguntas:

Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira. (BRASIL, 2018, p. 4).

UNIDADE DE ANÁLISE 14: Para o Ministro Luís Roberto Barroso, “há argumentos bastante razoáveis para os dois lados” e arremata que

não há, a meu ver, com todas as vênias de quem pense diferentemente, uma norma constitucional específica sobre o tema.

A Constituição só trata do ensino oficial, e o fato de a Constituição só tratar do ensino oficial dá margem, também aqui, para duas leituras diversas. A primeira: se a Constituição somente se referiu ao ensino oficial, é porque somente admite esse tipo de ensino. Essa é uma leitura possível. A segunda é: se a Constituição não veda o ensino domiciliar, deve-se então respeitar a autonomia dos pais. Assim é, como bem sabemos, a vida num tribunal constitucional; para muitas situações, não existe, na Constituição, claramente uma solução pré-pronta. Portanto, cabe ao intérprete procurar construir argumentativamente a melhor solução para a situação que se lhe apresenta.

ANÁLISE: Em que pese haver volumosa normatização a nortear a questão, realmente, não há comando normativo expresso na Constituição proibindo tampouco permitindo o ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 15: Sinalizando que é a favor do ensino domiciliar o Magistrado Luís Roberto Barroso pauta seu arcabouço argumentativo nas três seguintes premissas:

A primeira: o Estado brasileiro é grande demais, é extremamente ineficiente e, com frequência, pratica políticas públicas inadequadas e sem qualquer tipo de monitoramento. Acho que essa é uma primeira observação que considero relevante.

A segunda: os resultados de 2017, divulgados essa semana, da Prova Brasil, que integra o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, foram desoladores. No teste de matemática, apenas 5% dos alunos se situam na faixa adequada; e, em português, que alguém poderia ter esperança de que fosse melhor, os resultados foram piores: apenas 1,7% dos alunos se situam na faixa adequada.

Terceira premissa: por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável. (BRASIL, 2018, p. 12).

Acrescenta que, por sua visão, há sete razões para que os pais ou tutores queiram optar pelo ensino domiciliar. São elas:

Os motivos para a retirada das crianças dos estabelecimentos educacionais são variados: (i) o desejo de conduzir diretamente o desenvolvimento

normal e pleno dos filhos; (ii) o fornecimento de instrução moral, científica, filosófica e religiosa de forma abrangente e adequada; (iii) a proteção da integridade física e mental dos educandos, retirando-os de ambientes escolares agressivos, incapacitantes ou limitadores; (iv) o descontentamento com a real eficácia do sistema escolar ofertado pela rede pública ou privada; (v) o desenvolvimento de um plano de ensino personalizado e adaptado às peculiaridades das crianças e adolescentes, especialmente daquelas que demandam cuidados especiais; (vi) a crença na superioridade do método de ensino doméstico em relação aos modelos pedagógicos empregados pela rede regular de ensino; e (vii) a dificuldade de acesso às instituições de ensino tradicionais, em virtude de restrições financeiras ou geográficas. Em resumo, por trás das motivações dos pais, está a preocupação genuína com o desenvolvimento educacional pleno e adequado de seus filhos, de modo a capacitá-lo para os desafios da vida em sociedade. (BRASIL, 2018, p. 37).

A título de comparação, o Julgador elaborou um levantamento numérico e estimativo acerca da adoção do ensino domiciliar em outros países,

No Reino Unido são cerca de cem mil educandos; no Canadá, noventa e cinco mil crianças e adolescentes; na Austrália, cinquenta e cinco mil famílias adotam o ensino doméstico; na Nova Zelândia, seis mil; na França e Taiwan cerca de quinhentas famílias adotam essa prática; nos Estados Unidos, segundo o Departamento de Educação, com dados de 2012, contabilizam-se cerca de um milhão e oitocentos mil crianças e adolescentes que recebem ensino domiciliar, nos cinquenta Estados da Federação.

O National Home Education Research Institute, que é a entidade sem fins lucrativos que provê estatísticas nessa matéria, apresenta números maiores: de 2,3 milhões de americanos. E, ainda estatística do mesmo órgão, 5,7 milhões de crianças, nos Estados Unidos, já tiveram educação domiciliar. (BRASIL, 2018, p. 38).

Acrescenta ainda que a estimativa, no Brasil, segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar é de que 3.200 famílias no Brasil adotam o ensino domiciliar em seus lares. Destaca que a maioria dos países europeus – “*Reino Unido, França, Itália, Portugal, Irlanda, Bélgica e Finlândia*” admitem o ensino domiciliar como regular e adiciona que a maioria dos países que estão nas primeiras colocações do *Programme for International Student Assessment (PISA)* também adotam o ensino domiciliar, como a primeira colocada, a já citada Finlândia, além de “*Noruega, Estônia, Dinamarca e Eslovênia*”. Fazendo um contraponto, cita que há também países de relevância educacional que não admitem o ensino domiciliar, como “*Suécia, Grécia, Alemanha e Espanha*”. (BRASIL, 2018, p. 39).

ANÁLISE: Veja-se que o Ministro Luís Roberto Barroso inicia sua fundamentação com argumentos secundários e alguns até inaplicáveis ao caso. Começa afirmando que o Estado é muito grande, ineficiente, de difícil fiscalização e encerra a assertiva. Nota-se que ele, primeiro: não validou tais informações. Não provou com estudos ou demonstrou por fatos notórios a ineficiência do Estado, assim, ou usa um argumento sem validação ou uma

opinião pessoal (que não é necessariamente a vontade do titular do poder: o Povo) como fundamento. Segundo: inaugurou sua linha de raciocínio com um argumento secundário (pessoal ou sem validação), quando melhor, poderia partir da análise normativo-constitucional. E terceiro: não demonstrou como ou porque essa afirmação corrobora sua opinião a favor do ensino domiciliar. Ora, se o Estado não consegue, por exemplo, fiscalizar, em que isso vai ajudar no ensino domiciliar, que depende, segundo ele mesmo afirma, de fiscalização estatal?

A segunda observação do Ministro Luís Roberto Barroso são os índices demonstrando o baixo desempenho dos educandos brasileiros. Novamente, argumento é secundário, além disso, não demonstrou ele como o ensino domiciliar vai melhorar essa situação, por outro lado, dessa vez, validou suas afirmações com estudos aparentemente sérios,

A terceira premissa usada pelo Ministro Luís Roberto Barroso “*por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado*” (BRASIL, 2018, p. 12). O Magistrado simplesmente coloca uma posição ideológica pessoal e extrajurídica antecedendo qualquer análise do texto constitucional. Trata-se de argumento inaplicável ao caso que sequer pode ser considerado secundário. Entende que deve valer, para toda a sociedade, a convicção pessoal dele, enquanto um cidadão isolado, não eleito pelo povo. Aqui podemos identificar uma tendência, ainda que branda, ao Ativismo Judicial indevido: um indivíduo não eleito pretendendo fazer valer, ainda que somente em sede de fundamentação decisória, sua convicção pessoal. Ainda bem que não chegou a gerar reflexos nos comandos decisórios finais do acórdão.

Ato contínuo, aponta o Ministro Luís Roberto Barroso sete motivos para que haja a opção pelo ensino domiciliar. Desta vez, há uma lógica expressa ou implícita sobre como a Educação Doméstica iria contribuir para a solução desses problemas, mas, novamente, são argumentos extrajurídicos (lembrando: sem legitimação do único titular do poder: o Povo). Assim, servem bem como argumentos acessórios fáticos e não jurídicos, a serem concatenados posteriormente às fundamentações principais constitucionais, e não antes.

Realiza uma comparação dos índices educacionais de países com bons índices educacionais pretendendo demonstrar que o ensino domiciliar não faz com que a qualidade da Educação seja necessariamente reduzida por essa alternativa educacional. Por enquanto, nada de motivações constitucionais a legitimar seu voto. Por tal razão, trata-se, também, de argumento acessório extrajurídico.

UNIDADE DE ANÁLISE 16: Outras unidades de análises relevantes a serem extraídas para estudo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso são os fundamentos que visam combater as argumentações do Procurador-Geral da República de que a “*escolarização formal, em instituição oficial, seria o único padrão pedagógico autorizado pela Constituição*” (BRASIL, 2018, p. 16), com as quais não concorda, conforme se lê abaixo:

A Constituição, no art. 208, § 3º, dispõe:

"§ 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."

O art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação diz o seguinte:

"Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade."

Essa disposição é repetida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pois bem, eu acho que essas regras que falam em matrícula e controle de frequência são regras que se aplicam aos pais que tenham optado, como a maioria de fato opta, pela educação escolar, pela escolarização formal dos seus filhos, porque a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no seu art. 1º, § 1º diz:

"§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias."

Portanto, a lei cuida da educação escolar. Não exclui, eu penso, a possibilidade de outros mecanismos e outras escolhas por parte dos pais. (BRASIL, 2018, p. 17)

ANÁLISE: Depois de justificar seu posicionamento favorável ao ensino domiciliar baseado em convicções pessoais e extrajurídicas, adentra o Ministro Luís Roberto Barroso nos argumentos principais de índole constitucional que, realmente, são interpretações possíveis, apesar de haver outras contrárias, a favor do ensino domiciliar. Combatendo a alegação de que o § 3º, ao exigir que o Estado deve zelar pela frequência à escola, estaria proibindo implicitamente o ensino domiciliar, o Ministro fundamenta entender que esse dispositivo é dirigido somente aos pais que optaram pela escolarização.

Trata-se de uma interpretação válida ao texto constitucional, pois o § 3º deve se ater ao comando do *caput* do Art. 208 (BRASIL, 1988), que por sua vez, trata dos deveres educacionais do Estado e não da família, em que pese esta também ser responsável pela Educação. Essa correlação necessária entre os parágrafos e o *caput* do artigo, quanto ao conteúdo ou à matéria, não deriva somente de uma disposição lógica e notória como também da lei. Veja-se o que rege o Art. 10 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

I - a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

III - os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "\$", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

IV - os incisos serão representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos; (BRASIL, 1998)

Desta forma, o parágrafo deve ser “articulado” em consonância temática com o *caput* de um artigo.

Noutro norte, outra interpretação válida para o dispositivo legal – e contra o ensino domiciliar – é a de que, apesar de o artigo tratar dos deveres estatais com a Educação, o §3º seria uma exceção, pois traz a expressão “*zelar, junto aos pais ou responsáveis*”. Desta feita, o §3º, excepcionando o restante do artigo, estaria trazendo a família como, também, responsável pela frequência escolar, o que valida a interpretação, sem excluir as demais, de que o ensino domiciliar estaria implicitamente proibido pela Constituição.

Na sequência dessa unidade de análise, o Magistrado Luís Roberto Barroso manifesta discordância em relação à alegação de que o Art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996), ao pregar que é “*dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica*” estaria proibindo implicitamente o ensino domiciliar em sede infraconstitucional. Para combater tal alegação, o Magistrado cita o Art. 1º da mesma lei nos seguintes termos “*Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias*”, referindo-se, logicamente, que a expressão “predominantemente” permitiria exceções à regra da escolarização.

De fato, trata-se de interpretação válida ao conjunto normativo apresentado. Cita-se novamente a Lei Complementar no 95, de 26 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1988) que, em seu Art. 7º estabelece que o “*primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação*”. Ora, é possível a interpretação de que se o primeiro artigo da lei estabelece como objeto que a escolarização admite exceção, o Art. 6º dessa Lei que obriga a matrícula na Educação Básica estaria obrigando somente os pais que não optarem pelo ensino domiciliar.

Outra interpretação possível para o Art. 6º dessa Lei e favorável ao ensino domiciliar seria a de que o dispositivo exige “a matrícula na educação básica” e não em instituição de ensino. Assim, como o ensino domiciliar deve ser fiscalizado pelo Poder Público, a matrícula

seria para esse fim e não para frequência à escola. Desta forma, possível é a interpretação de que cabe a matrícula do aluno na Educação Básica a ser ministrada pela família, no seio do lar.

Contudo, não se descarta a interpretação pontual e isolada do Art. 6º mencionado acima, a se concluir que se há obrigação de matrícula, estaria implicitamente proibido o ensino domiciliar, como alega o Município de Canela (Unidade de Análise 7) e a Procuradoria-Geral da República (Unidade de Análise 11).

UNIDADE DE ANÁLISE 17: O Ministro Luís Roberto Barroso combate também a tese de que o ensino domiciliar poderia configurar a conduta criminosa de abandono intelectual. O Magistrado enfrenta a questão com os seguintes dizeres:

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

Aqui, eu acho que, simplesmente, o tipo não se aplica, porque os pais de crianças que estão em ensino domiciliar estão provendo instrução aos seus filhos, apenas por um método diferente do convencional ou do que é adotado pela maioria das pessoas. E lembrando aqui que a tese do abandono intelectual é mais infundada ainda se nós nos dermos conta de que a educação domiciliar dá muito mais trabalho e impõe muito mais ônus aos pais e responsáveis do que a educação em instituição formal de ensino. (BRASIL, 2018, p. 17)

ANÁLISE: É possível a interpretação de que o termo “escolar” se refere à “idade” e não que à “instrução primária” em escola. Assim, ao ministrar a instrução primária em casa, os pais ou responsável se enquadra fora da previsão da norma penal. Depois, tem-se um exemplo de argumento secundário fático de indiscutível pertinência, qual seja, que o ensino domiciliar está mais distante do abandono do que a escolarização, já que há uma maior Educação e atenção do educador para com o educando.

UNIDADE DE ANÁLISE 18: Em que pese considerar importante o argumento contrário ao ensino domiciliar de que “*famílias poderiam deixar os filhos fora da escola, ou por irresponsabilidade, ou para fazê-los trabalhar, e argumentar falsamente que eles estão tendo instrução doméstica*” (BRASIL, 2018, p. 17), o Julgador entende que é possível controlar essa questão com a aplicação de exames periódicos a serem realizados pelo Poder Público. No ponto, argumenta que:

Em primeiro lugar, como vou dizer adiante, a criança que está em educação domiciliar submeter-se-á a exames periódicos. E conseqüentemente será possível avaliar se ela está tendo algum tipo de aprendizado e, se o aprendizado for deficiente, é possível determinar a sua matrícula na escolarização formal. Em segundo lugar, se todos estiverem lembrados, o Bolsa Família, que é uma valiosa instituição de combate à pobreza, é um benefício condicionado a que as crianças estejam na escola e tenham um nível mínimo de frequência. De modo que a suposição de que as pessoas

mais humildes não matriculariam seus filhos na rede escolar para colocá-los para trabalhar, eu penso que se confrontaria com próprio benefício que o Bolsa Família fornece às crianças.

O terceiro e último argumento, Presidente, que eu considero relevante - e foi destacado na bela sustentação do Doutor Luciano Maia - é a questão da socialização. Eu, de fato, considero que esse é um componente importante: interagir com outras crianças; aprender a conviver com o outro; aprender a conviver com o diferente; ser tolerante com as diferenças; eu acho que é uma parte importante da formação de uma criança e da sua preparação para uma vida boa e ética. Respeito, tolerância e aceitação da diferença são valores muito importantes.

E, embora eu ache que a preocupação seja legítima, a verdade é que as crianças que estão em educação domiciliar, conforme pesquisas empíricas relevantes - e as quais eu tive acesso -, elas não apenas têm melhor desempenho acadêmico, o que é indisputado, como também apresentam um nível elevado de socialização, acima da média, porque essas crianças, por circunstâncias diversas, ou pela igreja, ou pelo clube desportivo, pelos parques públicos, a verdade é que pesquisas empíricas realizadas predominantemente nos Estados Unidos documentam que não há problemas de socialização com as crianças que se encontram no ensino domiciliar. (BRASIL, 2018, p. 17/18)

ANÁLISE: Para o Ministro Luís Roberto Barroso, seria possível saber se a criança não está recebendo o ensino domiciliar para trabalhar ou por negligência dos pais, por meio de exames periódicos, conforme se lê em seu comando decisório, mais à frente na Unidade de Análise 65, os mesmos exames escolares das crianças escolarizadas, aplicados nas escolas. Trata-se de entendimento de quem, nitidamente, não pertence à área educacional, o que não impediria, em absoluto, que o Magistrado efetuasse estudo acerca das provas escolares na literatura facilmente disponível. Há hoje várias críticas ao sistema de avaliação por exames periódicos, sem que estejam corroborados por outras formas avaliativas. A literatura educacional registra que:

[...] a prova está centrada no conteúdo e não nos objetivos, [...] aplicam estas provas controlando o ambiente: não procedem a explicações, não realizam leituras, não permitem qualquer movimentação. Posteriormente, corrigem as provas atribuindo notas e devolvem as provas e “orientam” os alunos com rendimento insuficiente para “estudarem mais”. Na verdade, ao assim procederem, os professores restringem sua ação à realização de uma avaliação unicamente classificatória [...] (MORAES, 2008, p. 51)..

Vilas Boas entende que, para além da ineficiente, a prova utilizada de forma inapropriada pode:

[...] ter conseqüências drásticas: contribuir para a formação de auto-imagem negativa, principalmente por parte de crianças que iniciam o processo de escolarização, e assim levar essa imagem para os anos posteriores, provocar reprovação e repetência, acarretando mais anos de estudos do que o previsto [...]; obrigar o aluno a se evadir. Tudo isso representa fracasso na vida de uma pessoa e tem preço muito alto. (VILLAS BOAS, 2007, p. 52).

Não se está pretendendo afirmar que não há formas avaliativas a serem aplicadas no ensino domiciliar. O que se pretende registrar é que, se os exames já são insuficientes para avaliação do aluno escolarizados, quanto mais o será para o aluno em ensino domiciliar.

Acrescenta que o Bolsa Família impediria as pessoas mais pobres usassem o ensino domiciliar para dissimular uma evasão educacional pois o esse sistema assistencial condiciona o pagamento do benefício à comprovação de frequência dos filhos à escola. Não ficou claro, mas, ao que parece, o Ministro Luís Roberto Barroso pretendeu manifestar que as famílias carentes não usariam ensino domiciliar para não perder o Bolsa Família, que exige a escolarização, o que mitiga o argumento de que essas famílias usariam o ensino domiciliar como dissimulação para a evasão escolar.

Por fim, o Julgador afirma ter tido acesso a pesquisas empíricas norte-americanas que demonstram a ausência de déficit de socialização nas crianças submetidas ao ensino domiciliar, contudo, não apresenta tais estudos, carecendo a argumentação, então, de validação. Lado oposto, conforme se verá, há várias afirmações de que a ausência de escolarização comprometeria o processo de socialização, mas que também se encontram sem validação.

UNIDADE DE ANÁLISE 19: Expõe o juiz de instância extraordinária Luís Roberto Barroso as interpretações jurídicas realizada no texto constitucional pelas quais entende que em momento algum a Constituição de 1988 proíbe o ensino domiciliar:

Primeiro: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família" - portanto, a família é uma das partes essenciais no processo de formação da criança ao lado do Estado. Além disso, o art. 206, em outra regra abstrata, a meu ver, diz:

"Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
(...)

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

A educação domiciliar é perfeitamente compatível com esse dispositivo, sobretudo com a parte que fala em liberdade de aprender.

Ainda no mesmo art. 206:

"III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; (...)

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; "

Para além disso, o art. 227 da Constituição, sempre em disposições vagas, diz o seguinte:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à educação, (...)"

Este artigo, em que se baseia toda a doutrina para extrair o princípio do melhor interesse da criança, sintomaticamente coloca a família na frente do Estado, no dever de prover educação.

E, por fim, o art. 229 da Constituição tem a seguinte dicção:

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

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os seus filhos.

Esses são os artigos da Constituição que tangenciam esta situação. Eu não consigo fazer nenhuma leitura desses artigos no sentido de ser vedada a opção dos pais pelo ensino domiciliar. (BRASIL, 2018, p. 19/20)

ANÁLISE: Inequívoco que não há vedação constitucional expressa proibindo o ensino domiciliar. Esta é uma interpretação válida e, no caso, não se admite outras em contrário, já que, as interpretações válidas sobre a vedação constitucional do ensino domiciliar são todas proibições implícitas e não expressas. E assim é também para a interpretação que conclui pela permissão constitucional: são, assim como as interpretações proibitivas, todas de natureza implícita e não expressa.

A questão que surge é: a ausência de proibição se configura em permissão? E, ao contrário, a falta de permissão expressa se constitui em proibição? A resposta é que, novamente, a adoção das duas assertivas são interpretações válidas e por isso, dentre outros motivos dissonantes, há tanto embate dialético envolvendo a questão.

Sobre o tema, existe um Princípio Geral do Direito que, ao mundo privado, ou seja, às pessoas fora da estrutura administrativa estatal, "é permitido tudo que não é proibido", já para a atuação administrativa pública, o agente governamental somente pode fazer aquilo que a lei permite, orienta ou o obriga a fazer. Nesse sentido "[...] *ao privado, tudo que não é proibido é permitido, e, ao público, tudo que não é permitido é proibido*" (HACK, 2008. p. 33). Nota-se que esse Preceito Jurídico não resolve a questão, mas ajuda no entendimento de um dos pontos nevrálgicos da questão. Feita esse esclarecimento sobre omissões normativas, volta-se à unidade de análise.

O Ministro Barroso parte da interpretação de que a Constituição não proíbe o ensino domiciliar, assim, sendo o indivíduo – natureza privada e não pública – o titular do Direito à Educação, pode ele exigir o ensino pois a ele a ausência de proibição constitui autorização. Contudo, necessário registrar que a interpretação contrária também é válida: o Estado, enquanto entidade pública, não pode autorizar – e legislar sobre – o ensino domiciliar já que, para ele, a ausência de autorização normativa constitui proibição.

Quanto ao raciocínio jurídico do Ministro Barroso sobre as normas constitucionais que citou, o argumento dele é o mesmo do usado pela Autora nas Unidades de Análise 1 e 2, não sendo necessário repeti-los.

UNIDADE DE ANÁLISE 20: O Ministro Barroso evoca, também, normas internacionais para amparar o seu posicionamento favorável ao ensino domiciliar. Nesses termos, primeiramente traz à análise o Art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos decretando que todo ser humano tem Direito à Educação, e no item 3 desse dispositivo legal tem-se que *“Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos”* (UNIDAS, O. N., 1948). Interpretando a norma acima, acrescenta: *“Eu não considero que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proíba. Pelo contrário, penso que ela diz que se deve deixar que os pais façam a escolha”*. Traz à baila também outra norma internacional, qual seja:

[...] o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, internalizado no Brasil e, nesse caso específico, tanto por decreto legislativo quanto por decreto Executivo e com ratificação, diz o seguinte, de uma maneira muito eloquente, a meu ver:

"1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções." (BRASIL, 2018, p. 20)

Ainda nessa linha comparativa entre nações, o Magistrado Luís Roberto Barroso cita também decisão da Suprema Corte Norte-americana que contribuiu para a adoção optativa do ensino domiciliar nos Estados Unidos da América do Norte. Segue o texto mencionado:

Em *Pierce v. Society of Sisters* (1925), a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Oregon que exigia a matrícula escolar de todas as crianças entre oito e dezesseis anos, tendo sustentado que as liberdades protegidas pela Décima Quarta Emenda Constitucional incluem o direito dos pais de dirigirem a educação dos seus filhos. Em suas razões, o Tribunal assentou que: *“A teoria fundamental da liberdade, sobre a qual todos os governos desta União repousam, exclui qualquer poder geral do Estado para padronizar suas crianças, forçando-as a aceitar o ensinamento único de professores públicos. A criança não é uma mera criatura do Estado; aqueles que a nutrem e dirigem o seu destino possuem o direito, unido ao elevado dever, de reconhecê-la e prepará-la para obrigações adicionais”* (BRASIL, 2018, p. 39).

ANÁLISE: A primeira e a terceira referência feita pelo Ministro Barroso, quais sejam, o Art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o caso norte-americano *Pierce v. Society of Sisters*, são argumentos secundários, já que não vinculam a ordem

jurídica interna, mas que mantém relação plena com a temática, servindo de apoio aos argumentos principais de índole normativo-constitucional.

Já a segunda referência, registra que o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, é norma internalizada pelo Estado Brasileiro. Contudo, o que ele prega é que os pais podem optar por “*escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas*” e não que os pais podem optar por não escolarizar seus filhos.

UNIDADE DE ANÁLISE 21: Vale delimitar como unidade de análise, também, a interpretação dada pelo Julgador Barroso à expressão “iniciativa privada” presente no Art. 209 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que possui a seguinte redação:

"Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II- autorização e avaliação de qualidade pelo poder público."

O modo como interpreto genericamente o conceito de iniciativa privada ou de livre iniciativa - e não apenas neste contexto, mas em outros - é que isso não significa apenas uma atividade econômica. A livre iniciativa se traduz em um conjunto de liberdades existenciais de escolha na vida, que vão desde a profissão até o modo pelo qual a família quer educar os seus filhos. De modo que o que Constituição diz é que tem de ser cumpridas as normas gerais da educação e deve haver uma avaliação de qualidade pelo poder público. Portanto, a regulamentação e a avaliação, em matéria de ensino domiciliar, devem buscar a concordância prática entre dois valores constitucionais os quais considero importantes: o direito de o pais escolherem a educação que querem dar aos seus filhos e a dirigirem, sendo responsáveis por ela, de um lado; e o direito - na verdade, o dever do Estado - de promover o pleno desenvolvimento de todas as pessoas, especialmente das crianças e dos adolescentes. (BRASIL, 2018, p. 21)

ANÁLISE: De fato, o termo “iniciativa privada” não se restringe à possibilidade de a sociedade civil empreender com lucratividade no ramo econômico-educacional, mas abrange, em verdade, toda a sociedade civil como responsável pela Educação dos indivíduos e as liberdades individuais enquanto direito e prerrogativas dos cidadãos e da sociedade. Argumento válido, normativo e principal.

Contudo, é válida, normativa e principal também a interpretação de que quando se condiciona a Educação privada ao “cumprimento das normas gerais da educação nacional” e, havendo interpretação também possível de que as normas educacionais proíbem implicitamente o ensino familiar, este artigo não estaria permitindo, mas sim negando, o direito ao ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 22: O Magistrado Luís Roberto Barroso vem a esclarecer a diferença de ensino domiciliar (*homeschooling*) e *unschooling*, distinção necessário para o entendimento do caso. Para ele, apenas o *homeschooling* é constitucionalmente viável no

Brasil. Já o *unschooling* choca-se com o regramento constitucional de cooperação entre o Estado e a Família. Elucida ele que:

[...] a educação domiciliar visa à instrução formal de crianças e adolescentes, tendo como base os currículos escolares adotados na rede regular de ensino, ainda que haja algumas adaptações pelos pais. Não se pretende negar a importância da escola, do conhecimento formal, dos currículos escolares ou de avaliações periódicas como agentes importantes de instrução infanto-juvenil, mas sim garantir a autonomia dos pais na direção e responsabilidade do ensino dos seus filhos. Tanto é assim que a grande maioria das crianças educadas em casa não só aprendem o currículo tradicional, mas são submetidas às mesmas avaliações periódicas utilizadas nas escolas.

22. O *unschooling*, por outro lado, nega a relevância das instituições formais de ensino, despreza a existência de currículos programáticos, avaliações periódicas e conteúdos pedagógicos pré- definidos por educadores, bem como defende que a criança deve ser o agente diretivo principal do seu próprio aprendizado, tendo controle do conteúdo e da forma de aprendizagem. (BRASIL, 2018, p. 36)

ANÁLISE: A distinção feita pelo Ministro Barroso é relevante pois foi utilizada no enunciado do precedente utilizado no acórdão. Pelo avanço das considerações, proveitoso o momento para colacionar o teor da ementa e do precedente gerado pelo julgamento do Recurso Extraordinário cujo acórdão está-se a analisar:

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.

3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever

de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*”. (BRASIL, 2018, p. 2/4)

Desta forma, o ensino domiciliar possível, caso haja lei regulamentando, é aquele em que o Poder Público participa, regulamentando, estabelecendo as diretrizes, fiscalizando e aplicando avaliações aos alunos. Essa modalidade foi denominada pelo Ministro Barroso, e acatada no enunciado do precedente gerado pelo julgamento do Tema 822, por “*homeschooling utilitarista*”.

UNIDADE ANÁLISE 23: O Ministro Barroso traz ao acórdão vários estudos empíricos que demonstram a eficácia do ensino domiciliar e, segundo tais pesquisas científicas, com resultados no mínimo semelhantes à Educação formal escolarizada. Conclui o Magistrado que o ensino domiciliar não compromete o desempenho educacional. Confira-se:

42. Estudos empíricos realizados nos Estados Unidos e no Canadá, países que adotam o homeschooling há décadas, ajudam a reforçar o argumento em prol da eficácia do ensino doméstico como método adequado de instrução formal para o desenvolvimento pleno e normal das crianças e adolescentes. Os estudantes americanos educados em casa possuem desempenho acadêmico entre 15% a 30% acima da média dos demais estudantes de escolas públicas nos exames nacionais padronizados[11][11][11]. Os homeschoolers americanos também têm obtido resultados melhores do que os demais no American College Testing – ACT, exame nacional padronizado utilizado como requisito para o ingresso nas universidades dos EUA. Entre 1996 e 2006, período em que o resultado dos estudantes domiciliares era divulgado em separado dos demais, a média dos *homeschoolers* foi superior. Em 2006, a média dos estudantes domiciliares foi de 22,4 pontos (de 36 pontos possíveis), enquanto a média nacional foi de 21,1. Em 2005, a média dos estudantes domiciliares foi de 22,5, enquanto os demais estudantes obtiveram a média de 20,9[12][12][12]. Ademais, na última década, diversas universidades

americanas de ponta, tais como Harvard, Yale, Stanford e MIT, admitiram adolescentes educados em casa. Atualmente, mais de 700 instituições de ensino superior nos EUA aceitam esses estudantes nos seus processos seletivos[13][13][13].

43. No Canadá, as estatísticas são semelhantes. Pesquisadores têm comprovado que o desenvolvimento acadêmico dos estudantes domiciliares é superior, ou no mínimo, igual aos demais. Um estudo realizado com 763 crianças canadenses da 1ª à 8ª séries do ensino fundamental que prestaram o Canadian Achievement Test – exame padronizado que verifica a proficiência dos alunos em leitura, gramática, matemática e escrita – identificou uma alta performance dos estudantes educados em casa, em especial daqueles cujos pais possuem motivação acadêmica para retirá-los das escolas[14][14][14]. Os homeschoolers canadenses possuem grau de educação, ocupação profissional e ganhos financeiros idênticos ou acima da média dos seus pares oriundos de escolas públicas. Além disso, assim como nos EUA, diversas universidades no Canadá têm admitido estudantes domiciliares, tais como Universidade de Toronto, York e Dalhousie[15][15][15]. (BRASIL, 2018, p. 46/47)

ANÁLISE: As citações feitas pelo Ministro Barroso (BRASIL, 2018, p. 56/57) se encontram nas Referências, ao final da pesquisa. São elas: [11] Ray (2009, p. 2), [13] e [15] Basham, Marrifield e Hepburn (2007, p. 15/16) e [14] Pelt (2015, p. 11). A citação de número [12] não foi encontrada pelo link “<https://www.hsllda.org/docs/news/hsllda/200707310.asp>” fornecido nas referências do Ministro Barroso.

Um argumento acessório aplicável, pois validado por fontes científicas. Por óbvio, há contra-argumentos a combatê-lo, como os citados mais à frente por outros Ministros (Unidade de Análise 58) no sentido de que a realidade brasileira é bem distante da situação socioeconômica dos países citados e por isso, a comparação seria inaplicável.

UNIDADE DE ANÁLISE 24: Em várias passagens de seu voto o Jurista Luís Roberto Barroso enfatiza que a escola não é o único ambiente de socialização, existindo também o clube, a família, a igreja, parques públicos, bibliotecas, dentre outros. Aponta também a existência do “*Projeto de Lei nº 3.179/2012, que se encontra na Comissão de Educação da Câmara dos Deputados aguardando votação, tendo parecer favorável do relator*” (BRASIL, 2018, p. 53) que se presta a regulamentar o ensino domiciliar.

ANÁLISE: Alguns Ministros afirmam que a escolarização é indispensável à socialização dos educandos, outros, como o Ministro Barroso, entendem que a socialização propiciada pela escolarização pode ser suprida pelo convívio em outros ambientes. A questão a ser registrada é que nenhum deles citou estudos validando as suas opiniões. O Magistrado Luís Roberto Barroso afirma, como registrado mais acima na Unidade de Análise 23, que “*conforme pesquisas empíricas relevantes - e as quais eu tive acesso -, elas não apenas têm melhor desempenho acadêmico, o que é indisputado, como também apresentam um nível*

elevado de socialização”, mais à frente em seu voto, ele cita as pesquisas da unidade de análise anterior e vislumbra-se que, pelo menos nos trechos por ele colacionados, não há referência à questão da socialização.

Quanto à menção ao Projeto de Lei nº 3.179/2012, que pretende regulamentar o ensino domiciliar via alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), trata-se de argumento secundário, pois projetos de lei não possuem forma normativa. Contudo é argumento válido no sentido de se trazer a posição a favor do ensino domiciliar e um órgão público, qual seja, a Comissão de Educação da Câmara dos Deputados.

Os comandos decisórios do Ministro Luís Roberto Barroso estão no próximo tópico. Passa-se à coleta das unidades de análise no voto do Ministro Alexandre de Moraes, que se inicia com relatório similar ao do acórdão (vide item 3.3), por isso, desnecessária a repetição.

UNIDADE DE ANÁLISE 25: Abaixo, o Ministro Alexandre de Moraes, sintetiza o que entende ser o cerne da questão em três pontos a serem respondidos e já opina acerca do primeiro ponto. Veja-se:

[...] resumo esta importante questão em três tópicos, que me parecem fundamentais:

- i) Se há ou não vedação constitucional ao ensino domiciliar, ou seja, se a Constituição veda o ensino domiciliar, expressa ou implicitamente.
- ii) Caso não haja essa vedação absoluta, quais modalidades do ensino domiciliar seriam permitidas.
- iii) Não havendo, se o ensino domiciliar é autoaplicável ou se necessita de regulamentação por parte do Congresso Nacional, no caso da inexistência de vedação absoluta, com consequente permissão de efetividade de uma ou mais espécies.

Início com o primeiro e importante ponto sobre a existência ou não de uma vedação expressa ou implícita ao ensino domiciliar no Brasil.

A análise conjunta dos arts. 226, 227 e 229 da Constituição, que tratam da parte de família, criança, adolescente e do jovem, colocando-os como principais sujeitos de direito, com os arts. 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, leva à conclusão de que não há vedação absoluta ao “ensino domiciliar” no Brasil.

A Constituição, apesar de expressamente não prever essa modalidade, tampouco, nem expressa, nem implicitamente, proíbe a possibilidade de se aventar o ensino domiciliar. (BRASIL, 2018, p. 64/65).

Destaca a que há responsabilidade solidária entre a Família e o Estado no dever de viabilizar a Educação tanto na parte da Constituição que trata da Educação quanto na parte que se refere à proteção à criança e ao adolescente. Reitera o argumento da Autora de que a família é a base da sociedade e a previsão de que os pais são livres para decidirem acerca do

planejamento familiar e têm o dever de assistir e educar os menores sob suas respectivas tutelas.

ANÁLISE: O Ministro Alexandre de Moraes manifesta pela ausência de proibição constitucional ao ensino domiciliar. Pontualmente sobre a constitucionalidade, suas alegações são basicamente as mesmas da Autora e do Ministro Barroso.

UNIDADE DE ANÁLISE 26: O Magistrado Alexandre de Moraes salienta que, apesar dessa solidariedade, há diretrizes, princípios e regramentos constitucionais a serem seguidos por quem esteja na posição de viabilizador da Educação, seja Estado, família ou a sociedade civil. Nesse sentido tem-se o texto abaixo:

Esse conjunto constitucional obrigatório vale para o Estado e para a Família; vale para o ensino oferecido pelo poder público ou pela iniciativa privada; ou seja, independentemente da espécie de ensino trilhada pela criança, pelo jovem, pelo adolescente, a Constituição Federal exige a observância de requisitos inafastáveis.

O primeiro deles diz que o ensino básico é obrigatório e gratuito quando for fornecido pelo Estado (CF, art. 208, I), ou seja, há necessidade de a criança e do adolescente frequentarem um ensino básico obrigatório, que deve ser fornecido dos 4 aos 17 anos. Essa obrigatoriedade é uma determinação constitucional para qualquer instituição pública ou privada, para qualquer pessoa jurídica ou física que pretenda participar da educação por meio do ensino: a necessidade de a criança e o adolescente frequentarem o ensino básico obrigatório entre 4 e 17 anos. (BRASIL, 2018, p. 67)

Registra o Ministro Alexandre de Moraes que, em várias ocasiões, a Constituição delega a função de regulamentar os preceitos constitucionais gerais a leis e atos normativos infraconstitucionais.

Além disso, a própria Constituição estabelece a necessidade de existência de um núcleo mínimo curricular, o que, obviamente, ela delega ao Congresso Nacional regulamentar por meio de lei. Se nós formos aos artigos constitucionais que estabelecem a parte da educação, vamos verificar que no artigo 210 da Constituição se diz: "serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais".

Trata-se de outro preceito específico para todo aquele que pretender fornecer o ensino para atingir a educação das crianças, jovens e adolescentes. O poder público ou a iniciativa privada, ao fornecerem o ensino, não deverão somente observar que é obrigatório de 4 a 17 anos – e essa foi uma das grandes conquistas para se diminuir a evasão escolar de 1988 para cá –, mas também que não é qualquer ensino, mas sim aquele cujo núcleo básico seja definido por lei, atendendo às finalidades do art. 210 do texto constitucional. (BRASIL, 2018, p. 67).

ANÁLISE: É argumento acessório e normativo-constitucional. Acessório porque não visa demonstrar se há ou não proibição constitucional ao ensino domiciliar, o que já houve

manifestação favorável na unidade de análise anterior. Os acima, são fundamentos que embasam o raciocínio complementar do Ministro Alexandre de Moraes, que pode assim ser resumido: “apesar de não ser proibido pela constituição, o ensino domiciliar, assim como o ensino estatal e privado escolarizado, devem seguir os princípios e diretrizes educacionais estabelecido pela Constituição” e cita como exemplo a obrigatoriedade da Educação Básica e sua faixa etária, núcleo curricular mínimo, a necessária cooperação entre sociedade (família e iniciativa privada) e Estado e a necessidade de esses preceitos estarem regulamentados em norma infraconstitucional (lei).

Tais considerações são introdutórias para a conclusão emitida mais à frente pelo Julgador (Unidade de Análise 66) de que o ensino domiciliar, se vier a ser autorizado em lei, não poderá deixar a família totalmente livre para a condução, escolha de conteúdo, forma de avaliação e idade de ingresso na Educação Básica. Realmente, pelo desenvolvimento lógico-jurídico, tal é uma interpretação válida.

UNIDADE DE ANÁLISE 27: Na linha da análise anterior, arremata conclusivamente do Ministro que:

Dentro dessas regras, permite-se a possibilidade do ensino domiciliar, porque a execução desse núcleo básico obrigatório, que é componente do direito à educação, não é exclusividade do Poder Público. Isso a própria Constituição deixa claro, porque permite e consagra como um dos princípios regentes de ensino, logo no art. 206, III, a coexistência de instituições públicas e privadas [...] (BRASIL, 2018, p. 68)

ANÁLISE: Desta feita, para o Magistrado Alexandre de Moraes, o ensino domiciliar não fere a diretriz de parceria entre o Estado e família, já que é obrigação também desta, se ater à normatização imposta por aquele.

UNIDADE DE ANÁLISE 28: Por tais razões, entende o Julgador que será constitucional o ensino domiciliar avaliado e fiscalizado pelo Estado, mas não nas modalidades denominadas de

[...] de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações, serão inconstitucionais, pois negam a possibilidade de participação estatal solidária, inclusive na fixação de um núcleo básico de fiscalização e avaliações

[...]

A Constituição Federal admite um homeschooling que pode ser denominado “utilitarista” ou "ensino domiciliar por conveniência circunstancial", que tem suas razões entre as várias que foram alegadas da tribuna, nas diversas sustentações orais – a questão religiosa, de bullying, de drogas nas escolas, de violência.

[...]

Esse modelo chama-se utilitarista porque, sem se opor radicalmente à ideia de institucionalização e à supervisão estatal, apresenta-se como alternativa útil para prover os fins educacionais de modo tão ou mais eficiente que a escola. (BRASIL, 2018, p. 69/70)

ANÁLISE: O Ministro Alexandre de Moraes reforça esses conceitos já introduzidos pelo Ministro Barroso. Nota-se um concatenamento lógico-jurídico válido: partindo-se das premissas que a constituição permite o ensino domiciliar e que qualquer modalidade de Educação Básica, pública ou privada, deve se ater à cooperação entre sociedade e Estado e aos preceitos educacionais constitucionais, pode-se concluir que a modalidade possível o ensino domiciliar é o *homeschooling* utilitarista. Repita-se esse foi o entendimento registrado no enunciado do precedente gerado pelo julgamento do Recurso Extraordinário cujo acórdão está sendo analisado.

UNIDADE DE ANÁLISE 29: O Magistrado menciona as normas internacionais citadas pelo Ministro Barroso e registra que todas elas “*demonstram que nessa matéria sempre houve o respeito pela opção adotada constitucionalmente pelo país de origem.*” (BRASIL, 2018, p. 71)

ANÁLISE: Observa-se que enquanto os outros Ministros, os contra e os a favor, se dedicam a analisar se as experiências de outras nações se aplicam ou ao não à realidade brasileiro, o Ministro Alexandre de Moraes se mostra com maior assertividade. Para ele, a par de ser ou não aplicável à realidade brasileira, a maior relevância da análise comparada é o respeito ao que as respectivas constituições preveem, ou, é claro, às interpretações que as Corte Constitucionais estabelecem acerca das constituições. Relevante esse apontamento pois traz a reflexão ao que realmente deve (ou deveria) ter maior força normativa e, portanto, argumentativa: a decisão – as normas constituições e legais – do único titular do poder – o Povo – e não convicções, ideologias e experiências pessoais que deveriam ser meramente colaborativa em plano secundário.

UNIDADE DE ANÁLISE 30: Entretanto, apesar de o membro do STF opinar que a Constituição não proíbe o ensino domiciliar, entende por outro lado que a viabilização dessa modalidade educacional depende de lei infraconstitucional a regulá-la. Portanto, conclui que não há Direito Público Subjetivo ao ensino domiciliar. Assim se manifestou:

A espécie utilitarista da educação domiciliar não é vedada pela Constituição Federal, porém não configura direito público subjetivo do aluno ou de seus pais, uma vez que inexistente sua previsão constitucional expressa, tampouco é autoaplicável. O ensino domiciliar somente existirá se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal. (BRASIL, 2018, p. 71)

O Ministro Alexandre de Moraes repudia que o texto normativo o Art. 208, §3º da Constituição (BRASIL, 1988) tenha proibido o ensino domiciliar e fundamenta seu posicionamento da seguinte forma:

Para que houvesse diminuição e efetivo combate à evasão escolar, verdadeira chaga nacional, o legislador constituinte previu o § 3º do art. 208, que estabelece:

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.

Não me parece, como defendido por alguns, nas sustentações feitas na tribuna - as quais cumprimento -, que esse dispositivo constitucional, ao estabelecer frequência, vedaria totalmente a possibilidade do ensino domiciliar. De maneira alguma. Esse dispositivo reforça a ideia básica de solidariedade entre Família/Estado no dever de educação.

[...]

Agora, há a necessidade para se cumpra, no tocante ao ensino domiciliar, esse importante dispositivo constitucional de combate à evasão escolar, que a lei estabeleça os critérios de frequência e sua fiscalização. (BRASIL, 2018, p. 71/72)

Entretanto, entende que o dito Art. 208, §3º da Constituição (BRASIL, 1988) reforça a ideia de que, apesar de o ensino domiciliar não ser proibido constitucionalmente, deverá haver lei regulamentando-o. Confira-se:

Recentemente, foi noticiado que o Brasil tem a terceira maior taxa de evasão escolar entre cem países; o PNUD trouxe esse problema. Se nós não aguardarmos uma regulamentação congressual discutida e detalhada, inclusive obrigando, a partir daí, o Executivo a estabelecer todo um cadastro, fiscalização, avaliações pedagógicas e avaliações de socialização, nós certamente teremos, lamentavelmente, evasões escolares disfarçadas de ensino domiciliar. Não havendo controle de frequência e avaliações pedagógicas e de socialização, haverá a possibilidade de transformarmos pseudoensino domiciliar em fraude para ocorrência de evasão escolar. (BRASIL, 2018, p. 73)

ANÁLISE: Conforme se estudou no Capítulo I, item 1.2, o Direito Público Subjetivo é “aquele pelo qual o titular de um direito pode exigir direta e imediatamente do Estado, o cumprimento de um dever e de uma obrigação” (CURY, 2002, p. 21). Neste ponto, vale relembrar que as normas constitucionais de eficácia plena são auto executáveis, desta forma, não necessitam, para serem aplicáveis que haja lei detalhando o seu comando normativo, já que “desde sua gênese, produzem, ou ao menos possuem a possibilidade de produzir, todos os efeitos visados pelo constituinte (originário ou derivado). São, portanto, autoaplicáveis” (DUTRA, 2016. p.46).

Já as normas constitucionais de eficácia limitada necessitam, para a sua aplicação, que uma lei venha a estabelecer a forma como a norma constitucional ganhará eficácia. “As

normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema” (BARROSO, 2010. p. 251).

Relacionando-se esses conceitos com o de Direito Público Subjetivo e visando esclarecer a afirmação de Ministro de que o ensino domiciliar “*não configura direito público subjetivo do aluno ou de seus pais*” tem-se que as normas de eficácia plena já são direitos públicos subjetivos independentemente de lei regulamentar. E as normas de eficácia limitada somente o serão quando houver lei regulamentando-as.

Apesar de os Ministros não terem usado os conceitos de normas de eficácia plena e limitada, trata-se de ponto angular para a questão do ensino domiciliar. Isso porque, abstraindo-se os que entendem ser o ensino domiciliar inconstitucional (interpretação também possível) dentre aqueles que optam por sua constitucionalidade, há uns que pensam ser o ensino domiciliar uma norma de eficácia plena, como o Ministro Barroso, ou seja, é Direito Público Subjetivo independente de lei que o regulamente; e outros, como o Ministro Alexandre de Moraes que entendem ser o ensino domiciliar norma de eficácia limitada, neste sentido, somente será Direito Público Subjetivo quando a Lei o regulamentar. Esse último foi o posicionamento que prevaleceu no comando decisório do acórdão.

À menção ao § 3º do art. 208 (BRASIL, 1988), vale repetir: pode se entender, pelo *caput* do artigo, que é obrigação prevista apenas ao Estado, ou que é dirigida também à família devido ao texto normativo ter se referido ao país.

Quanto à afirmação de que haverá “*evasões escolares disfarçadas de ensino domiciliar*”, trata-se de hipótese que somente será confirmada quando e se o ensino domiciliar estiver implementado. Contudo, pela gravidade da questão afeta à evasão escolar, merece ela discussão mesmo no campo hipotético. Por vezes, o direito não deve esperar o dano ocorrer para regulamentar questão de grave risco social. Neste caso, valem os dois raciocínios: o da afirmação acima e o de que a fiscalização e os exames aplicados aos alunos na rede escolar evitariam tal evasão. Temos aqui um argumento sem validação, mas com validade pela relevância da questão e a lesividade potencial mesmo no campo hipotético. Esclarece que não é o fenômeno da evasão escolar que está sendo considerado como hipótese, este comprovado e amplamente estudado pela academia e outras fontes de conhecimento. O que é hipótese é que o ensino domiciliar aumenta, ou não a evasão educacional.

UNIDADE DE ANÁLISE 31: Os comandos decisórios do Ministro Alexandre de Moraes estão no item que segue. Após a leitura desse voto, pediu a palavra o Ministro Luís Roberto Barroso tecendo apelo de reconsideração ao Ministro Alexandre de Moraes. Resumidamente, reiterou seus argumentos e acrescentou que existem no país, “*segundo os dados, 3.200 famílias que praticam o ensino domiciliar. Se estabelecermos, hoje, que é ilegal até que a lei sobrevenha, nós jogaremos esse número relevante de famílias que optaram por esse método numa ilegalidade*”, ao que o Ministro Alexandre de Moraes responde:

Obviamente que entendo a tese colocada pelo Ministro Luís Roberto, mas a questão da regulamentação realizada aqui numa eventual decisão em recurso extraordinário parece-me muito mais complexa do que podemos perceber, porque quem irá fiscalizar? Nós vamos criar essa obrigação para o município ou para o Estado? Vai fiscalizar o quê? Nós, infelizmente, estaremos legalizando uma prática que não existe ainda. (BRASIL, 2018, p. 77)

Pediu a palavra o Ministro Luiz Fux com a mesma posição colacionada acima, de que “*quem tem de definir isso é o Parlamento. Nós não temos capacidade institucional para definir isso*”, ato contínuo o Ministro Luís Roberto Barroso tenta rebater todo o contra-argumentado com os seguintes dizeres:

Eu acho que se estão embaralhando coisas bem diferentes. A educação básica no Brasil tem três grandes problemas. O primeiro é a não alfabetização na idade certa; o segundo é a evasão escolar no ensino médio e o terceiro, também dramático, é uma crise de aprendizado. Mesmo depois de ter concluído o ciclo natural, você faz o teste nas crianças e elas revelam um nível de aprendizado muito baixo. Esses são problemas do ensino que precisam ser enfrentados. O *homeschooling* não se situa dentro de nenhuma dessas categorias. O *homeschooling*, com muita frequência, está mais associado à liberdade religiosa do que propriamente ao direito à educação, esse é um primeiro capítulo. Segundo: nada documenta que haja déficit de aprendizado ou de desempenho ou de sociabilidade nas crianças cujas famílias optaram pelo *homeschooling*. Portanto, estamos trabalhando, não é comum no Brasil, sobre uma especulação que não tem base empírica; o *homeschooling* não produz nenhuma dessas consequências. Essas consequências até existem na educação básica brasileira sem nenhuma conexão com o *homeschooling*. (itálicos originais).

[...]

Agora, impedir o exercício do que eu considero um direito porque não há regulamentação, quando a gente pode estabelecer a regulamentação mínima, e quando essa prática já vem de longe, e aliás é amplamente adotada em muitos países, eu acho que é subordinar - o que eu considero constitucionalmente ilegítimo - a uma vontade política que eu acho que não pode prevalecer sobre a escolha da família. (BRASIL, 2018, p. 80/81)

ANÁLISE: Unidade de análise importante tendo em vista que o Ativismo Judicial é um dos objetos de estudo a presente pesquisa. Nota-se que o Ministro Barroso entende que, uma vez que a constituição não proíbe o ensino domiciliar (há opiniões contrárias), pode o

Judiciário regulamentá-lo, enquanto a lei não o fizer. Doutro lado, os demais Ministros que optaram pela constitucionalidade entendem que, ao regulamentar o ensino domiciliar, estaria o Judiciário usurpando as funções do Poder Legislativo (regulamentação geral) e do Poder Executivo (regulamentação específica). Pelo próprio debate entre os magistrados e pelo que se estudou sobre Judicialização da Educação e Ativismo Judicial na presente pesquisa, pode-se concluir que a posição do Ministro Barroso se encontra tingida de relevante carga de Ativismo Judicial. Ora, é estrutural em uma república democrática que as disposições acerca de um Direito Fundamental como é a Educação, partam do único titular do poder – o Povo – e não de apenas onze cidadãos não eleitos, sem formação ou assessoria educacional ou pedagógica.

Terminada a discussão, passa-se agora à coleta das unidades de análise extraídas do voto do Ministro Edson Fachin.

UNIDADE DE ANÁLISE 32: O Ministro Fachin inicia adotando o relatório do Relator Luís Roberto Barroso e evocando o Art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), redigido da seguinte forma: “*Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino*” e logo depois conclui:

Como se observa da leitura dos parâmetros invocados, é a regra infraconstitucional, e não a Constituição, que expressamente exige a matrícula e a frequência das crianças na rede de ensino. É certo, como se percebe da leitura da inicial, que tais requisitos são, na prática, incompatíveis com o sistema de ensino exclusivamente domiciliar. Por isso, o cerne da controvérsia deste recurso extraordinário reside em saber se o legislador, ao optar por um sistema coletivo de ensino, violou o direito dos pais em prover a educação no sistema doméstico. Porque o direito à educação depende de uma atividade regulatória do Estado, essa questão não é facilmente respondida. (BRASIL, 2018, p. 93)

Entende que há dois argumentos principais, utilizados pela Autora da ação, a favor da permissão ao ensino domiciliar. No primeiro “*pode-se invocar, como fizeram os representantes da recorrente, o direito à liberdade de consciência e de crença*”. O outro seria que o ensino domiciliar é “*uma concepção pedagógica e, como tal, deve ser garantido pelo Estado, uma vez que lhe compete zelar pelo pluralismo de ensino*” (BRASIL, 2018, p. 93). O Membro da Corte Maior, já adiantando que também entende que o implemento do ensino domiciliar depende de regulação legislativa, procura desconstruir o primeiro argumento da Autora com a seguinte assertiva:

O fundamento invocado é a própria liberdade de consciência e crença.

O respeito a esse direito jamais poderia implicar a negativa do direito à educação. Noutras palavras, os pais não podem invocar a liberdade de crença para deixar de prover a educação dos filhos, a qual, conforme preceitua a Constituição, é obrigatória.

Ademais, o direito à educação, como já se indicou, depende da atuação legislativa do Estado. A Constituição expressamente outorga ao legislador a difícil tarefa de harmonizar os princípios do ensino, conforme consta do disposto no art. 206, da CRFB. Compete ao legislador, ainda, definir os padrões mínimos de ensino. (BRASIL, 2018, p. 94)

ANÁLISE: O Ministro Fachin também entende que a vedação ao ensino domiciliar se encontra na lei e não na Constituição. A partir disso, passa a combater os argumentos da Autora de que a lei que exige a matrícula em escola de Educação Básica fere a norma constitucional da liberdade de consciência e concepções pedagógicas.

As interpretações válidas para o Art. 55 Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) são semelhantes às dadas ao Art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996). A primeira, contra o ensino domiciliar, é que, ao exigir a matrícula na rede regular de ensino, estaria o dispositivo proibindo o ensino domiciliar, se se considerar que “rede regular de ensino” é conceito que abrange somente a escolarização. A segunda é a que o ensino domiciliar, na modalidade homeschooling utilitarista, exigiria matrícula em rede regular de ensino para que haja fiscalização e avaliações dos alunos e assim, tal modalidade atende plenamente o Art. 55 mencionado. O dispositivo exige “a matrícula na Educação Básica” e não em instituição de ensino. Assim, como o ensino domiciliar deve ser fiscalizado pelo Poder Público, a matrícula seria para esse fim e não para frequência à escola. Desta forma, possível é a interpretação de que cabe a matrícula do aluno na Educação Básica a ser ministrada pela família, no seio do lar.

Em verdade, o argumento central do Magistrado contra os da Autora é que essas liberdades não podem ser evocadas pelos pais “*para deixar de prover a educação dos filhos, a qual, conforme preceitua a Constituição, é obrigatória*” (BRASIL, 2018, p. 94). Carece de racionalidade tal argumento porque os pais não pretendem deixar de prover Educação, mas sim provê-la de forma domiciliar. Finaliza repisando que cabe à lei autorizar o ensino domiciliar sem a qual seria inviável.

UNIDADE DE ANÁLISE 33: Acrescenta que “*A escola não se destina apenas à reprodução mecânica de conteúdos, mas também à própria integração social. A escola é, com efeito, uma das primeiras experiências de vida em sociedade e a ela não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver*” (BRASIL, 2018, p. 95/96). Desta forma, para ele, não há socialização plena sem escolarização. Opina no sentido de que a exigência legal de escolarização

[...] não inviabiliza a liberdade de consciência e de crença invocada pelos pais que deve ser respeitada em todos os seus termos. Toda educação pressupõe o acompanhamento dos pais. Como indica a Convenção de Direitos da Criança em seu art. 18, “caberá aos pais ou, quando for o caso,

aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança”. Em verdade, o direito à educação prestada pelo Estado não retira dos pais o dever de complementá-la em casa, nos horários apropriados. (BRASIL, 2018, p. 96)

ANÁLISE: Quanto à indispensabilidade da escolarização para a socialização, há posicionamentos nos dois sentidos, nenhum deles trouxe validação, ficando no campo das afirmações. Os que acham não ser a escolarização indispensável pensam que clubes, associações, e outras agremiações servem perfeitamente para a socialização da criança, os opostos a essa opinião entendem que somente a escola pode gerar o nível de socialização necessário para a formação da personalidade da criança.

Sobre a violação da liberdade educacional, de consciência e de crença, o Magistrado Fachin entende que tal não ocorre porque os pais são também responsáveis pela Educação dos filhos. O Ministro confunde liberdade, que indica a ideia de “ter direito” com responsabilidade, que induz à noção de “ter deveres”. Não há como se concluir que a liberdade de escolha sobre algo não foi maculada porque há o dever de prover esse “algo”.

UNIDADE DE ANÁLISE 34: Quanto ao segundo argumento da Autora, apontado acima pelo Julgador, de que o ensino domiciliar é uma das várias concepções pedagógicas e como tal deve ser respeitada devido ao pluralismo de ensino, o Magistrado Fachin discorda nos seguintes termos:

A exigência de frequência encontra, como visto, amparo no pluralismo da sociedade e da escola, como primeira sociedade. Mas negar aos pais e às crianças eventual acesso a uma técnica eficaz poderia violar o mesmo pluralismo que, agora, se requer em relação às ideias que devem circular na sociedade. Desde que atendidos os princípios constitucionais relativos à educação, nenhuma concepção pedagógica pode ser aprioristicamente afastada. (BRASIL, 2018, p. 98)

ANÁLISE: Entende o Ministro Fachin que aceitar o ensino domiciliar seria descartar as outras concepções pedagógicas, o que violaria justamente a ideia de pluralismo alegada pela Autora.

São possíveis ambos os argumentos no que se refere ao pluralismo educacional. O primeiro que é que impor a escolarização como único modelo é atitude monista e o segundo é que a escolha pelo ensino domiciliar é excludente dos demais.

Em verdade a questão deve ser analisada sob o prisma, não apenas dos métodos, mas principalmente quanto à diversidade de conhecimentos a serem ministrados, ou seja, o pluralismo de ideias.

UNIDADE DE ANÁLISE 35: Conforme adiantado alhures, o Ministro Fachin entende que o Poder Judiciário não pode, neste caso, substituir o legislador para regulamentar o ensino domiciliar. Para tanto, utilizou-se da seguinte frase:

[...] não é possível ao Judiciário, considerando que não há mora legislativa, fixar os parâmetros pelos quais toda uma concepção pedagógica possa se ajustar às regras mínimas de garantia de padrão de qualidade e à fiscalização no que tange à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, tal como exige o texto constitucional.

Em casos tais, em que a garantia de um direito está a depender de uma efetiva política pública, cabe ao Poder Judiciário exigir a realização dessa política, nos parâmetros que a própria Constituição estabelece. (BRASIL, 2018, p. 98)

ANÁLISE: Também o Ministro Fachin entende ser Ativismo Judicial a regulamentação do ensino domiciliar pelo Poder Judiciário.

Os comandos decisórios do Magistrado Edson Fachin estão no próximo tópico da presente pesquisa. Neles o Julgador deixa expresso entender que, para ele, a Constituição não proíbe o ensino domiciliar, mas tal depende de lei para ser implementado.

UNIDADE DE ANÁLISE 36: O voto da Ministra Rosa Weber possui apenas dois parágrafos e acompanha o entendimento acima, emitido pelos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

ANÁLISE: A atitude da Ministra Rosa Weber não se enquadra em comodismo ou inércia. De fato, se todas as suas conclusões já estão expostas nos votos anteriores, desnecessário repisá-las de maneira enfadonha.

UNIDADE DE ANÁLISE 37: Destoando de todos os votos anteriores, o Ministro Luiz Fux entende pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar. Desta forma, não poderia a lei autorizar a implementação do ensino domiciliar no país. Para ele, “*diante do texto constitucional vigente, qualquer norma eventualmente editada sobre homeschooling seria igualmente inconstitucional*” (BRASIL, 2018, p. 107).

Para o Julgador Luiz Fux, há norma constitucional proibindo literal e expressamente o ensino domiciliar. Nesse sentido cita o Art. 208, § 3º da constituição (BRASIL, 1988) acompanhado dos seguintes argumentos:

A obrigatoriedade de os pais matriculem os filhos em idade escolar em instituições de ensino encontra amparo na literalidade do texto constitucional, desde 1934. Na Constituição vigente, a obrigatoriedade está expressa no artigo 208, § 3º, segundo o qual “*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*”.

A referência à escola dirime qualquer dúvida quanto à intenção do constituinte em associar o dever de educação ao ambiente escolar. Na mesma linha, o artigo 206, inciso, I, da CRFB estabelece que *o acesso e permanência na escola*, em igualdade de condições, constitui princípio norteador do direito à educação.

Não fosse o bastante, também o artigo 208, I, expressamente estabelece, dentre as garantias do Estado, a *“educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade”*. O mesmo dispositivo estabelece, em seu inciso IV, o dever do Estado de garantir *“a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”*, sem, no entanto, valer-se da expressão “obrigatória”. A comparação dos dispositivos deixa claro que, diferentemente do ensino infantil, a educação básica é obrigatória para o Estado e *para a família*. O único homeschooling admitido pelo constituinte é aquele que se substitui à creche. (BRASIL, 2018, p. 108)

ANÁLISE: Não há nem proibição tampouco autorização expressa na Constituição para o ensino domiciliar. Para essa conclusão, basta buscar na íntegra do texto constitucional todos os termos relacionados ao ensino domiciliar. Para se considerar haver norma proibitiva expressa deveria constar algo como “fica proibido o ensino fora das escolas” ou “é proibido o ensino domiciliar” ou alguma expressão linguístico-normativa semelhante e, como entendem todos os Ministros, não há. Sobre o tema, tem-se que é:

Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os “seus princípios”, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele. (ROTHENBURG, 2003, pg. 57)

Contudo, conforme se apontou, também é válida a interpretação de que o artigo 208, § 3º traz proibição implícita ao ensino domiciliar.

Evoca ainda o Art. 206, I, (BRASIL, 1988) que prevê como princípio educacional *“igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”*. Realmente, é possível a interpretação de que se é princípio a garantia do acesso à escola, a escolarização é obrigatória. Também pode-se interpretar que a expressão “acesso e permanência na escola” refere-se à “igualdade de condições” e não à obrigatoriedade de escolarização. Nesse caso, se houver educando de 4 a 17 anos, sem condição de acesso à escola privada ou ao ensino domiciliar ou ainda se não quiser optar por essas vias, deve o poder público fornecer a escola pública a ele.

Já os comandos normativos dos incisos I e IV do Art. 208 (BRASIL, 1988), de que a *“educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade”* e de que *“a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”* não induzem ou faz-se deduzir que o ensino domiciliar estaria proibido. Quanto ao

inciso I, a Educação Básica dos 4 aos 17 anos não deixa de ser obrigatória quando ministrada em casa pela família.

Ao adicionar o inciso IV ao seu fundamento o Ministro Fux fatalmente usa argumento contra a tese que pretende defender. Se o fato de estar o Estado obrigado (*caput*) a (inciso I) prestar a Educação Básica gera a presunção de que ela necessariamente tem que ser prestada na escola, o fato de o Estado estar obrigado (*caput*) a (inciso IV) prestar Educação Infantil até os 5 anos também deveria gerar a presunção de que a escolarização dos 0 aos 5 anos é obrigatória. No entanto, não o é.

UNIDADE DE ANÁLISE 38: Para o Julgador Luiz Fux, também a lei infraconstitucional veda a prática do ensino domiciliar. Refere-se o Ministro à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) da seguinte forma:

Nesse sentido, então, a obrigatoriedade é reforçada pelo legislador em diversas normas. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, está expresso que **“é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos quatro anos de idade”** (artigo 6º da LDB). Também o Estatuto da Criança e Adolescente possui regra cristalina a esse respeito, estabelecendo no artigo 55 que **“os pais ou responsável tem a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”**. (destaques originais). (BRASIL, 2018, p 109.)

ANÁLISE: Os argumentos acima já foram analisados, tendo interpretações válidas contra e a favor do ensino domiciliar, conforme Unidade de Análise 32.

UNIDADE DE ANÁLISE 39: Entende ainda que a prática de ensino domiciliar pode configurar crime previsto no Código Penal. A **“tipificação penal se verifica no artigo 246 do Código Penal, que estabelece o crime de abandono intelectual, com pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. O crime consiste em ‘deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar’”** (BRASIL, 2018, p 109.).

Salienta que tal entendimento é corroborado por políticas públicas. Como exemplo, cita o Bolsa Família, benefício condicionado à comprovação da frequência escolar.

ANÁLISE: Registra que o ensino doméstico, se criado por lei, estaria provendo instrução primária ao educando, não sendo conduta que amolda ao tipo penal (texto na norma penal) acima. Há no Direito Penal o Princípio da Estrita legalidade que, dentre outras determinações, exige que a conduta se amolde perfeita e completamente no tipo penal previsto em lei, não admitindo a adoção de interpretações extensivas ou analógicas (NUCCI, 2010). Portanto, caso haja autorização legal para a prática do ensino domiciliar, não haveria que se falar em crime de abandono.

UNIDADE DE ANÁLISE 40: Para o Ministro Fux, estariam combatidos todos os argumentos a favor do ensino domiciliar, restando somente “*a escusa de consciência e de crença (art. 5º, VIII, da CRFB). No entanto, o instrumento constitucional, de excepcional aplicabilidade, não se serve a tal propósito*” (BRASIL, 2018, p. 110). Isso porque entende o Julgador que “*o conteúdo programático e o convívio social no ambiente escolar não afrontam a liberdade de crença da criança, sujeito de direitos, em seu conteúdo mínimo e essencial*” (BRASIL, 2018, p. 111). Acresce o Membro da Corte Maior que, além disso,

Não se tem notícia de nenhuma religião que professe a evasão escolar, o que demonstra que a obrigatoriedade da matrícula na escola não suprime a liberdade religiosa.

A par desse argumento, a escusa de consciência não legitima o descumprimento do dever dos pais de matricular e zelar pela frequência escolar dos filhos por outras razões. Mencione-se que (i) trata-se do melhor interesse da criança, indivíduo ainda em formação e incapaz de expressar livremente sua objeção de consciência; (ii) a educação não constitui dever apenas da família, mas também do Estado e da sociedade, o que dilui a força que o argumento da autonomia da vontade dos pais teria em contrapor-se às políticas públicas cunhadas à luz da proposta constitucional; e (iii) não há meio alternativo de prestação da educação, capaz de assegurar a melhor proteção da criança e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL, 2018, p. 111).

ANÁLISE: Ao se referir à escusa de consciência como sendo “*de excepcional aplicabilidade*” o Ministro Fux se baseou no próprio texto do inciso VIII do Art. 5º (BRASIL, 1988), que usa a expressão “salvo”. Confira-se “*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*”. Ora, como ele parte da interpretação, também válida, de que a Constituição e as leis proíbem o ensino domiciliar, não poderia a Autora evocar a escusa de consciência. Argumento válido, normativo e acessório, pois deve-se ter um antecedente, qual seja, de que o ensino domiciliar é vedado.

Evoca também o princípio constitucional do Melhor Interesse do Menor, que resumidamente, prega que a criança possui um cabedal de direitos indisponíveis que devem ser especialmente e mais cuidadosamente protegido, inclusive com regimentos próprios, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) (BARROSO, 2010). Contudo, a proteção ao menor não se esgota somente nos preceitos positivados em normas. Há uma relatividade sobre o tema de modo que certas questões somente devem ser solucionadas com a análise do caso concreto.

[...] o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas.

É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética (FERREIRA, 2005, p. 91)

Desta forma, tanto são válidas as interpretações de que o melhor interesse do menor é a permissão do ensino domiciliar, quanto a de que a proibição o é, devido à relatividade permitida pelo ordenamento jurídico ao alcance de tal princípio.

UNIDADE DE ANÁLISE 41: Somando-se às vedações normativas expressas acima mencionadas (Unidades de Análise 37 a 40), constitucionais e infraconstitucionais, existe também, no sentir do Ministro Fux, argumentos que ligam a escolarização à proteção da criança enquanto indivíduo em desenvolvimento e à função socializadora da escola e ao direito ao pertencimento. Nas palavras dele:

No conceito de educação, insere-se não apenas o programa didático, responsável muitas vezes por sua qualificação para o trabalho, mas também o viés socializante e psicológico da educação, que contribui para o exercício da cidadania e o desenvolvimento como pessoa. É o caso do artigo 205 da Constituição, ao estabelecer que *“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”*.

Sem que haja qualquer ambiguidade na intenção manifestada pelo constituinte, vale mencionar que, no âmbito infraconstitucional, o papel da escola é esmiuçado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Confira-se:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a **educação escolar**, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ao sistematizar e detalhar o mecanismo de efetivação desse dever pelos pais ou responsáveis, a LDB evidencia a importância da educação na formação holística do indivíduo. Resguarda a importância da vida familiar na educação, em sua função complementar à educação escolar, assim como o faz com os processos formativos que ocorrem em movimentos sociais, trabalho e convivência humana. (BRASIL, 2018, p. 112/113).

ANÁLISE: Novamente, interpretação válida, geradora de argumento normativo e acessório. O enunciado do Art. 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996) não gera, por si só, a ideia de proibição ao ensino domiciliar. Contudo, partindo-se da interpretação precedente de que a Constituição o veda, pode-se trazer o argumento de que a norma legal mencionada corrobora esse entendimento. Conforme se viu (Unidade de Análise 32), doutro lado, o texto legal acima pode ser interpretado de modo a apoiar o argumento principal de que a Constituição autoriza o ensino domiciliar, lembrando resumidamente, pelo uso das expressões “*predominantemente*” e “*inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais*”.

UNIDADE DE ANÁLISE 42: Quanto à função socializadora da escola o Ministro Fux comprova que o processo de escolarização se presta ao estabelecimento de vínculos sociais, respeito mútuo e tolerância. Para o Magistrado,

A função socializadora da escola consiste em inserir a criança e o adolescente em um espaço público de convívio com outros menores em semelhante estágio de desenvolvimento psicossocial. Assim, a partir de conflitos existenciais semelhantes e do compartilhamento de experiências relacionais semelhantes, podem amadurecer juntos. O contato com o diferente e o aversivo também possui imensa relevância, mas se insere na dimensão política da tolerância, que será abordada no próximo tópico.

A partir da frequência à escola, a criança encontra seu lugar no mundo, ao conviver com outras crianças, em um ambiente talhado para seu desenvolvimento. Dessa forma, sente-se acolhida por um ambiente em que, diferentemente do seio familiar, a estima é construída a partir de seus próprios atos. (BRASIL, 2018, p. 113)

ANÁLISE: São verdadeiras todas as afirmações do Ministro Fux de que a escolarização se presta à importante função socializadora. Contudo não se demonstrou ser uma forma indispensável sem a qual a socialização ficaria prejudicada.

UNIDADE DE ANÁLISE 43: O Ministro Fux ressalta ainda a vantagem de as crianças, quando escolarizadas, estarem em contato com os professores, pedagogos e psicólogos que “*aliam a expertise com a impessoalidade*” e que isso gera proteção à criança e ao adolescente em relação ao seu ambiente familiar. Registra que “*dados oficiais sobre abuso sexual infantil revelam que 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima*” e que a escola e seus profissionais acabam por ajudar a identificar e coibir tais atos violentos, até porque, “o

Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 245 a obrigatoriedade de professores e responsáveis por instituições de ensino” (BRASIL, 2018, p. 117) em denunciarem a suspeita de maus-tratos contra crianças e adolescentes.

ANÁLISE: O Ministro Fux valida essas afirmações tendo como fonte o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil. De fato, a violência doméstica é problema endêmico no país (VAGOSTELLO, 2003) e há disposição legal no sentido de que a escola é ambiente de identificação, prevenção e combate a essa prática, contudo, na prática, há estudo apresentando os seguintes resultados:

O presente estudo mostrou que as escolas, embora sejam capazes de identificar casos de violência doméstica entre seus alunos, ainda apresentam muita dificuldade para abordar este assunto, que quando não é negado ou ocultado, acaba sendo equivocadamente tratado.

O estudo revela a existência de uma confusão de competências nessas escolas, uma vez que buscam solucionar um problema de competência judicial da mesma forma através da qual solucionam seus problemas escolares e pedagógicos, ou seja, por meio da convocação e orientação dos pais. A escola não é um espaço de intervenção propriamente dita, na medida em que não possui autoridade e recursos adequados para apurar e atuar diretamente em casos de violência doméstica, mas pode e deve ser um espaço de prevenção e proteção de seus alunos, através da identificação e comunicação aos órgãos competentes. (VAGOSTELLO, 2003, p. 195)

De todo modo, o argumento do Ministro Fux é válido e apoia o principal, contrário ao ensino domiciliar, já que, apesar de ter eficiência módica no combate à violência doméstica, a escolarização é ferramenta que a combate em certa medida.

UNIDADE DE ANÁLISE 44: E novamente, o Membro da Corte Suprema, Ministro Fux, evoca o pluralismo ideológico no sentido de que é justamente o ensino domiciliar que o fere, ao privar a criança da diversidade de concepções ideológicas presente no processo de escolarização. Manifesta nos seguintes termos:

Ao integrar o conceito de educação, o pluralismo de ideais constitui dever também da família, cabendo-lhe zelar pela liberdade de aprendizado e divulgação do pensamento, da arte e do saber. Como manifestado pela PGR, em seu parecer, “*é igualmente mandatário aos familiares prezar pela transmissão de ideias que convirjam para uma educação voltada à tolerância e ao convívio pacífico, em meio à pluralidade*”. Via de regra, pelo ensino exclusivamente domiciliar, a família descumpre esse dever.

Na inicial, a autora, por meio de sua representante legal, justifica seu pedido de ensino domiciliar na alegação de que “*os hábitos entre as crianças com diferentes idades são distintos, desde o linguajar (utilização de palavrões e palavras impróprias) até a própria educação sexual que culmina em ser antecipada*”. Complementa que “*não aceita viável ou crível que os homens tenham evoluído de um macaco, como insiste a Teoria Evolucionista*”. Assim, sob as vestes de proteção à liberdade

religiosa e à autonomia individual, o requerente traduz sua intolerância à diversidade.

A tolerância não pode ser evocada para fundamentar qualquer tolerância, sob pena de se legitimar, sob tal argumento, até mesmo uma postura de absoluta intolerância. (BRASIL, 2018, p. 120/121)

ANÁLISE: Quanto ao pluralismo, já foram tecidos os comentários na Unidade de Análise 34, aplicáveis também a essa unidade de análise.

UNIDADE DE ANÁLISE 45: Para o Magistrado Fux não há que se falar em ensino domiciliar como forma de se preservar a liberdade religiosa. Para ele, sequer há embate entre a norma constitucional que exige a escolarização e a liberdade de se educar pois os programas públicos e as diretrizes educacionais não ferem a liberdade religiosa, ideológica ou de consciência. Confira-se as suas assertivas:

Quando os pais puderem optar pela rede privada de ensino, basta selecionar o modelo mais consentâneo com suas convicções. Quando não puderem ou preferirem a rede pública, estará assegurada a facultatividade da matrícula na disciplina de cunho religioso, ofertada em todas as fés.

[...]

A especificidade do programa educacional brasileiro afasta a **necessidade** de ensino domiciliar para preservação da liberdade religiosa. Como não se impõe a frequência a qualquer disciplina religiosa, descabe a retirada da criança do ambiente escolar. Sequer deve-se aplicar a técnica da ponderação de princípios, vez que não há um conteúdo mínimo de liberdade de crença a se contrapor, mas, ainda que houvesse, o ensino domiciliar não passaria no crivo da proporcionalidade, pelo subprincípio da necessidade. (BRASIL, 2018, p. 126)

ANÁLISE: Inegável que há, na questão do ensino domiciliar, conflitos entre Direitos Fundamentais de igual valor e hierarquia. O que o Ministro expressa é que, dentre todos os Direitos Fundamentais trazidos pela Autora, especificamente quanto à liberdade religiosa, não haveria tal conflito pois o ensino religioso não é obrigatório na rede pública de ensino. Entretanto, deve-se registrar que pode haver, como há, conteúdos ministrados em outras disciplinas, que não a de ensino religioso, que afrontem convicções religiosas, que são das mais variadas matizes, devido à liberdade e diversidade de culto que impera numa sociedade pluralíssima como a brasileira. Exemplo disso é o evolucionismo, que é ministrado fora da disciplina religiosa, mas que se choca com as concepções das algumas religiões evangélicas.

Esclarece-se: o que se demonstra é que não é válido o argumento de que não existe conflito entre Direitos Fundamentais no que se refere à liberdade religiosa, pois há. Não quer dizer que se está opinando pela prevalência da liberdade religiosa sobre a obrigação, em tese, de escolarização.

UNIDADE DE ANÁLISE 46: Além disso, o Ministro Fux entende haver, com a adoção do ensino domiciliar, o fomento às diferenças sociais, pois, a princípio, somente famílias elitizadas teriam condições de deixar de trabalhar para educar seus filhos ou contratar tutores pedagógicos para tanto. Suas alegações, nesse sentido, são as seguintes:

Some-se, por fim, que há uma faceta **anti-isonômica no ensino domiciliar**. Por demandar altos investimentos em contratação de tutores ou professores particulares, quando um dos pais, geralmente a mãe, não se afasta do mercado de trabalho, o *homeschooling* se restringe à parcela mais abastada da sociedade.

O encastelamento da elite brasileira, propositalmente apartada do contato com as desigualdades sociais e econômicas, pode provocar um enrijecimento moral e, conseqüentemente, radicalismos de toda a sorte. Essa consequência vai de encontro à intenção do constituinte, que prestigiou a “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*” (art. 206, I) e listou o combate às desigualdades dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).

No contexto atual, em que crescem vertiginosamente discursos de ódio, gritando mais alto que as campanhas oficiais de inclusão social de minorias, o contato de crianças e adolescentes com a diversidade e a tolerância à diferença ganha ainda mais importância. O espaço público da escola constitui esse ambiente por excelência. (BRASIL, 2018, p. 127)

ANÁLISE: Trata-se de afirmações sem validação lógica, pragmática ou em estudos científicos ou acadêmico. Não necessariamente a Educação Domiciliar envolve altos investimentos. Na mesma linha das suposições trazidas pelo Ministro, pode-se supor também que professores da Educação Básica Nacional, que recebem baixos salários e por isso não são financeiramente abastados, queiram optar por ministrar o ensino domiciliar por eles mesmos. Além disso, pelo raciocínio do Magistrado, deveriam ser proibidas, também, as escolas particulares, pois também demandam altos investimentos. No entanto, a Constituição as permite.

Também é apenas suposição que “*o encastelamento da elite brasileira*” gera “*enrijecimento moral*”. Assim, são argumentos destituídos de validação e por isso, inaplicáveis.

Finalizando, o comando decisório do Ministro se limitou aos dizeres “*voto pelo desprovisionamento do recurso extraordinário*”.

UNIDADE DE ANÁLISE 47: Seguindo em frente, extrai-se as unidades de análises do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Para além dos textos constitucionais sobre Educação e proteção à criança e adolescente, a argumentação do Julgador gira em torno do Princípio Republicano que, segundo pensa, professa o entendimento de que é dever – e não apenas direito - do cidadão participar da vida pública com protagonismo. Acrescenta que

“em decorrência disso, temos que a tradição republicana promove e valoriza a virtude cívica, ou seja, a predisposição de procurar o bem de todos nos assuntos que digam respeito à coletividade” (BRASIL, 2018, p. 129). Defende que o fato de a Constituição incumbir o dever de educar não somente ao Estado, mas também à família e à sociedade é reflexo de tal princípio.

Aqui, cumpre ressaltar a sabedoria do legislador quando se posiciona tão claramente em favor de uma empreitada coletiva no domínio educacional. Ao assim dispor, contribuí para que sejam evitados os riscos de fragmentação social, impedindo, ademais, o desenvolvimento de verdadeiras “bolhas” no tocante ao conhecimento, as quais contribuem ainda mais para a intensa clivagem que se observa hoje em nosso país, dividido por intolerâncias e incompreensões de toda a ordem. (BRASIL, 2018, p. 134)

ANÁLISE: Antes de comentar pontualmente as unidades de análise é preciso tecer comentário acerca do voto do Ministro de maneira global, que deixou de analisar, ou aderir à análise de outros membros da Corte, acerca do arcabouço normativo sobre Educação existente na Constituição. Conforme estudado, não proibição nem autorização expressa na Constituição acerca do ensino domiciliar. Contudo, há um gama de normas, princípios e diretrizes educacionais das quais qualquer analista jurídico, magistrado ou não, deve partir para se concluir sobre se é ou não permitido o ensino domiciliar pela Constituição. Entretanto, o Magistrado teceu considerações sobre o Princípio Republicano, que podem ser entendidos como argumentos apenas acessórios, que deixaram seu voto sem um liame lógico-jurídico aparente e claro, demandando a interpretação abaixo para que haja o entendimento. Feitas essas considerações globais, passa-se à análise da unidade.

É certo que o Princípio Republicano estabelece não só direitos, mas também deveres e muitos deles somente podem ser cumpridos com a participação do indivíduo na vida pública. Para Aristóteles:

[...] podemos comparar os cidadãos aos marinheiros: ambos são membros de uma comunidade. Ora, embora os marinheiros tenham funções muito diferentes, um empurrando o remo, outro segurando o leme, um terceiro vigiando a proa ou desempenhando alguma outra função que também tem seu nome, é claro que as tarefas de cada um têm sua virtude própria, mas sempre há uma que é comum a todos, dado que todos têm por objetivo a segurança da navegação, à qual aspiram e concorrem, cada um à sua maneira. De igual modo, embora as funções dos cidadãos sejam dessemelhantes, todos trabalham para a conservação de sua comunidade, ou seja, para a salvação do Estado. Por conseguinte, é a este interesse comum que deve relacionar-se a virtude do cidadão. (ARISTÓTELES, 2006, p. 32).

O voto é um exemplo desses deveres, apesar de ser obrigatório por determinação legal e não constitucional. Há também o dever de cumprir as leis que gera obrigações

colaborativas com toda a sociedade, como o dever de pagar tributos, que serão aplicados em prol do todo.

Por fim, dentre esses, se enquadra ainda o dever de a família e a sociedade em colaborar com a Educação. Para o Ministro, essa colaboração visa evitar “*‘bolhas’ no tocante ao conhecimento*”. Contudo, o Ministro Lewandowski não demonstrou como o ensino domiciliar geraria essas “bolhas”. Pois bem, é possível a interpretação tanto que a escolarização (ALVES, 2005) como o ensino domiciliar gerem, em tese, limitações ao conhecimento. Esclarece que Gilberto Luiz Alves, ora mencionado, não prega o fim da escolarização na obra citada, mas apresenta várias segregações e limitações ao conhecimento nela, enquanto processo que deriva de regulamentação pelo Poder Público, que por sua vez é influenciado por grupos de interesses que não refletem necessariamente a vontade popular e o interesse geral.

UNIDADE DE ANÁLISE 48: Refuta o argumento de que o ensino domiciliar deveria ser permitido em face das deficiências do ensino regular. O Jurista Lewandowski se justifica da seguinte maneira:

Isso porque o ensino público ou privado, autorizado pelas autoridades educacionais, não se restringe apenas ao lado puramente técnico, ou seja, de transmissão do saber, mas representa um importante fator de socialização e de integração do indivíduo na coletividade, aplainando diferenças de renda, cor, gênero, origem, dentre outras.

Penso que o Supremo Tribunal Federal não pode alinhar-se a uma postura individualista, ultraliberal, que reduz o Estado a um mero gendarme, como se cogitou no já longínquo passado, sob a influência do pensamento dos fisiocratas franceses, que esgrimiam o mote *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*. Só que o mundo, como se sabe, jamais caminhou por si mesmo. Até mesmo o planeta Terra, humilde corpo celeste perdido na vastidão do universo, se move em razão das insondáveis forças gravitacionais.

Entendo que não há razão para retirar uma criança das escolas oficiais, públicas ou privadas, em decorrência da insatisfação de alguns com a qualidade do ensino. A solução para essa pretensa deficiência - que, aliás, não atinge as caríssimas escolas privadas frequentadas pela elite - seria dotá-las de mais recursos estatais e capacitar melhor os professores, inclusive mediante uma remuneração digna. (BRASIL, 2018, p. 133/134)

ANÁLISE: Apesar de ser verdade que a escola “*não se restringe apenas ao lado puramente técnico, ou seja, de transmissão do saber, mas representa um importante fator de socialização*”, essa afirmação não se presta a combater o argumento de que o ensino domiciliar deveria ser permitido em face das deficiências do ensino regular.

Quanto à afirmação de que o STF não pode alinhar-se a posturas liberais, também é argumento destituído de aplicabilidade ao caso. Assim como o Ministro Barroso, que

inaugurou seu voto com o inaplicável posicionamento pessoal liberal: “*por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável*”, o inverso também é verdadeiro.

O posicionamento pessoal do Ministro Lewandowski contra o ideal liberal fulmina seu argumento como inválido. Ao não desenvolver o raciocínio que comprove pontualmente porque a atitude liberal seria danosa à Educação, o Julgador parte do princípio de que o liberalismo é um retrocesso, ou que é de todo ruim, como por exemplo a ditadura ou o nazismo, mas essa presunção não existe.

Além disso, há uma incongruência quando o Magistrado primeiro evoca o Ideal Republicano e depois repudia genericamente o Liberalismo. Pelo que se estudou no primeiro capítulo, foram justamente as revoluções liberais que fizeram ressurgir a democracia e a república, adormecidas pelo autoritarismo da idade média. Além disso, trabalha o Ministro como guardião de uma Constituição cujos direitos individuais são fruto do movimento liberal.

UNIDADE DE ANÁLISE 49: Contra o argumento da autora de que tem direito de escolher o ensinamento criacionista em vez do evolucionista, ministrado no ensino regular, o Ministro Lewandowski aponta que “[...] *todas as pessoas precisam ser expostas a formas de pensar diferentes, assim como todos têm o direito de expor suas ideias a um conjunto heterogêneo de pessoas e instituições contra as quais tenham determinadas queixas ou objeções*” (BRASIL, 2018, p. 134).

ANÁLISE: Argumento válido, acessório e possível. Não querer que o filho tenha contato com a teoria evolucionista gera interpretação válida de que a genitora está, justamente, maculando o pluralismo de ideias, pois segrega uma teoria em detrimento de outra que é adepta, qual seja, o criacionismo. Vale também a interpretação de que ministrar apenas o evolucionismo é segregar as teorias criacionistas adotada por algumas religiões.

UNIDADE DE ANÁLISE 50: O Magistrado Lewandowski entende que o fato de o STF, em outro julgado, ter instituído a idade de 4 anos para ingresso na Educação Infantil e 6 anos para o ensino médio seria comprovação de que o ensino domiciliar não é admitido pela Corte. Segue texto:

Relembro ainda que, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a fixação da data limite de 31 de março para que sejam atingidas as idades mínimas de 4 e 6 anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental. Num esforço para promover um diálogo de precedentes, pondero que, ao robustecer a política nacional uniforme de educação nacional, andou bem

esta Corte. Admitir o ensino domiciliar representaria uma reviravolta de cento e oitenta graus com relação aos argumentos que embasaram o acórdão da ADPF 292, em que se decidiu aquela questão. (BRASIL, 2018, p. 139).

ANÁLISE: Inaplicável o argumento, pois o ensino domiciliar, se implementado, deve seguir essa faixa etária para os graus acadêmicos respectivos.

UNIDADE DE ANÁLISE 51: Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski entende que as comparações feitas com os países desenvolvidos, com relação ao ensino domiciliar não são convincentes devido às realidades discrepantes entre eles no que diz respeito a desigualdade, a pobreza e a exclusão social. Assim, finaliza-se as unidades de análise extraídas do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

ANÁLISE: Argumento acessório e possível já que é questão de alta subjetividade.

UNIDADE DE ANÁLISE 52: Do voto do Ministro Gilmar Mendes, extraiu-se as seguintes unidades de análise. Ele inicia indicando “os nortes” da Educação segundo a Constituição e a questão-problema que, no seu entender, deve se buscar a resposta. Em seguida, adianta a sua opinião pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar. Confira-se:

[...] merecem destaque os nortes a serem perseguidos por meio da educação, a saber: i) o pleno desenvolvimento da pessoa; ii) o seu preparo para o exercício da cidadania; e iii) a sua qualificação para o trabalho.

Nesse sentido, a questão que se coloca é: seria a educação domiciliar capaz de levar a cabo o percurso educacional em todos os aspectos, tal como concebido pela Constituição?

A rigor, como dissemos, a Constituição adotou um modelo de educação compartilhada entre a família e o Estado, justamente por compreender a complexidade e a grandeza da tarefa. O atual modelo constitucional de educação não nos permite, portanto, concluir no sentido da possibilidade da educação domiciliar, pelo menos não com a complexidade com que o fenômeno educacional foi apreendido na Carta de 1988. (BRASIL, 2018, p. 143/144).

ANÁLISE: De fato, são esses os nortes buscados pela Constituição para serem viabilizados pela Educação. O que o Ministro Gilmar Mendes não demonstrou é porque o ensino domiciliar não é apto a atingir esses objetivos. Como já apontado, o fato de a responsabilidade pela Educação ser da família e do Estado não induz, por si só, à conclusão de que o ensino domiciliar seja incompatível com a ordem constitucional.

UNIDADE DE ANÁLISE 53: Interpretando norma constitucional que autoriza a iniciativa privada a fornecer Educação à sociedade, qual seja, “Art. 209. *O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público*” (BRASIL, 1988), o Ministro Gilmar Mendes conclui nos seguintes termos:

O modelo educacional delineado pela Constituição tem como ponto de partida a prestação da educação pelo Estado, e, como segunda possibilidade, a sua exploração como bem econômico pela iniciativa privada. Assim, não há, aqui, uma completa entrega desse bem jurídico aos particulares, pois o Estado continua, por expressa dicção constitucional, responsável pela definição das normas gerais aplicáveis e pela autorização e avaliação de qualidade dos serviços educacionais prestados pela iniciativa privada. Trata-se de uma abertura limitada, da qual não é possível concluir no sentido da possibilidade de realização da educação pela família, fora dos auspícios do Estado.

No caso em tela, ainda que a pretensão da recorrente seja no sentido da prática do *homeschooling* com a realização de avaliações formais periódicas, ao reconhecermos essa possibilidade estaríamos adotando uma visão reducionista do fenômeno educacional do amplo modo como foi concebido pelo texto constitucional. Ou seja, em nenhum momento a Constituição concebeu o Estado como mero agente avaliador de desempenho escolar. O texto constitucional é expresso no sentido de conferir ao Estado – e à família – papel muito mais amplo, de verdadeiro condutor dos rumos educacionais de todos. Por mais paternalista que isso possa parecer, é o sentido da Constituição. (BRASIL, 2018, p. 145/146).

ANÁLISE: Conforme visto, é possível a interpretação de que o ensino domiciliar é vedado pelo texto constitucional, contudo, não explicou o Ministro Gilmar Mendes porque a admissão do ensino domiciliar seria opção reducionista à amplitude que a Constituição deu ao fenômeno educacional. Diz que a Constituição não colocou o Estado como mero avaliador do desempenho escolar, mas ela também não proíbe que o seja. Até o momento, os argumentos não são suficientes para se concluir pela proibição.

UNIDADE DE ANÁLISE 54: Adiante, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes tece críticas de natureza financeira ao ensino domiciliar, no sentido de que foi desconsiderado o custo da implementação de tal modalidade. Assim ele se motiva:

Além disso, acolher a ideia de *homeschooling* supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que deslocar energia pública – humana e institucional – para cumprir com a fiscalização da prática. E, então, teríamos um possível agravamento das já deficitárias condições estruturais da educação pública. Por exemplo, teríamos o deslocamento da atividade de professores e demais agentes da área da educação pública para funcionar na fiscalização do *homeschooling*.

Os direitos envolvem custos, e no presente caso, as consequências dessa oneração da máquina pública são imprevisíveis no âmbito de uma demanda judicial, de modo que seria irresponsável interferir de modo tão abrupto em tema tão delicado. (BRASIL, 2018, p. 146)

ANÁLISE: As assertivas do Magistrado Gilmar Mendes não foram por ele validadas. É preciso pensar no caminho inverso ao sugerido por ele: os alunos que irão economizar verba pública ao não irem à escola, poupando gastos com merenda, pessoal, alugueres de prédios escolares, energia elétrica, água, e outros, custos correntes nas escolas, depreciação

de imóveis públicos, fiscalização pública, que também é exigência legal na escolarização e outros. O argumento tenta ir na linha do Princípio da Reserva do Possível, estudado no capítulo II, quando se trata dos argumentos contra o Ativismo Judicial na Judicialização da Educação.

UNIDADE DE ANÁLISE 55: Citando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), o Ministro tenta demonstrar que o ensino domiciliar não se amolda às diretrizes ali previstas. O texto foi redigido da seguinte maneira:

“Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

Temos, portanto, a educação como um iter formativo, que tem como pano de fundo a família, as relações humanas, o trabalho, as instituições de ensino e pesquisa, os movimentos sociais, as organizações da sociedade civil e as manifestações culturais. Assim, é preciso evitar uma visão reducionista, que considera a educação como um processo fechado e unidirecional. Em minha compreensão, a educação domiciliar não logra compreender esses inúmeros fatores que compõem o longo, complexo e árduo percurso educacional por que passam as pessoas ao longo da vida. (BRASIL, 2018, p. 150)

ANÁLISE: Já apontadas as interpretações possíveis para os dispositivos legais citados pelo Magistrado Gilmar Mendes, na Unidade de Análise 32.

UNIDADE DE ANÁLISE 56: Para o Ministro Gilmar Mendes, os motivos pelos quais os pais optam pelo ensino domiciliar, no plano internacional, são “*i) divergências metodológicas ou ii) divergências culturais, com destaque para os fatores religiosos e morais (Bundestag, Homeschooling in westlichen Industrienationen)*” (BRASIL, 2018, p. 153). O Magistrado concorda com a precarização da Educação, mas entende não ser argumento a se autorizar o ensino domiciliar. O Julgador explica que:

Malgrado a educação formal muitas vezes seja precariamente entregue aos cidadãos, há, por parte do Estado, um esforço de formulação de políticas educacionais que não é, por si só, fracassado. Temos uma Constituição atenta à sensibilidade do tema e leis que formulam bases metodológicas sólidas, que têm amplo potencial de viabilizar uma educação de qualidade em qualquer dos níveis.

O problema é que o país de Anísio Teixeira, de Darcy Ribeiro e de Paulo Freire é também um país com profundos problemas de gestão da coisa pública. E então, o projeto educacional definido pela Constituição sucumbe após a sua formulação, apesar dos esforços de milhares de predestinados, professores e demais profissionais da área, entre os quais destaco Diego

Mahfouz Farina Lima e Wemerson da Silva Nogueira, finalistas, respectivamente, das edições 2017 e 2018 do *Global Teacher Prize*, uma das mais relevantes premiações do mundo em matéria educacional. (BRASIL, 2018, p. 153)

Nesse sentido, quanto à questão das divergências metodológicas, o Ministro Gilmar Mendes salienta que “*a pretensão de deslegitimar a metodologia conduzida no âmbito do ensino formal, propondo-se a adoção de uma metodologia doméstica, soa, no mínimo, presunçosa*” (BRASIL, 2018, p. 154).

ANÁLISE: Estabelece o Ministro Gilmar Mendes, como causa da precarização, a má gestão pública. Para ele, a solução não seria o ensino domiciliar e sim melhorar a governança. Argumento acessório válido para quem entende não haver autorização constitucional para o ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 57: No que se refere às divergências culturais e o pluralismo ideológico que motivam os pais a optarem pelo ensino domiciliar, o Julgador combate tal fundamento da seguinte forma:

No próprio caso que aqui se coloca, a família, amparada em suas convicções religiosas, entende que é inadequado que a filha tenha, na escola, conhecimento acerca da teoria evolucionista. Aqui, não há dúvidas de que, em alguns aspectos, o *homeschooling* pode ser utilizado como um fechamento dos educandos às perspectivas abertas do conhecimento. Vemos com frequência a preocupação no sentido de retirar das escolas a chamada doutrinação, mas, a rigor, o que se coloca no presente caso é uma proposta de autorização a uma perspectiva educacional fechada realizada pela própria família. Como isso seria diferente de uma doutrinação? (BRASIL, 2018, p. 154).

ANÁLISE: Questão já analisada na Unidade de Análise 49.

UNIDADE DE ANÁLISE 58: Combatendo os argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso, de que vários países bem colocados no *Programme for International Student Assessment* (PISA) adotam o ensino domiciliar, Gilmar Mendes manifesta a seguinte pretensão de esclarecimento:

Compulsando os resultados do exame, principalmente os de 2015, sua mais recente edição, não é possível depreender-se que da permissão do *homeschooling* resulte qualquer ganho em relação ao desempenho de um país nos testes.

Por exemplo, no ranking de 2015, os Estados Unidos, berço do *homeschooling*, ocuparam a 25ª colocação, ao passo que a Alemanha, onde a prática é proibida, ocupou a 16ª posição. Aliás, é de destacar que o modelo educacional alemão é extremamente fechado, recebendo críticas de parte da sociedade, que julgam tratar-se de um sistema de segregação, na medida em que crianças e adolescentes são divididos, a partir de seu desempenho escolar, em grupos que deságuam na educação técnica ou universitária. Tudo já desde os últimos anos da infância e dos primeiros anos da adolescência. As críticas, no entanto, esbarram sempre na

eficiência do modelo educacional, que continua atingindo resultados expressivos, tanto em termos sociais quanto em termos educacionais propriamente ditos. Basta citar que o país ostenta nada menos que 107 prêmios Nobel.

Por outro lado, Portugal, onde o ensino domiciliar é permitido, atingiu a 23ª posição, enquanto a Suécia, onde a educação domiciliar só é permitida em circunstâncias extraordinárias, ocupou a 28ª posição.

Ademais, cumpre destacar que a parcela de famílias aderentes ao modelo de educação domiciliar ainda é pequena, razão pela qual não é possível concluir que a prática influencie nos resultados gerais do exame.

O que pretendo aqui destacar é que seria temerário concluir que a proibição ou a permissão do *homeschooling* possa trazer reflexos para o desempenho do sistema educacional de um país, considerado como um todo. Os fatores de êxito em um teste como o PISA são muito mais complexos do que podemos avaliar em um processo judicial, e não passam pela permissão/proibição da educação domiciliar, pelo menos não de modo significativo e representativo. (BRASIL, 2018, p. 155).

ANÁLISE: O que o Ministro Barroso afirmou, em linhas bastante gerais, é que o ensino domiciliar não faz com que os índices educacionais piorem em outros países. Esse Magistrado não afirmou que o *homeschooling* seria o responsável pelo bom desempenho desses países, ao contrário do que tenta fazer crer o Ministro Gilmar Mendes. Argumento sem aplicação à intenção de combater o fundamento do Ministro Barroso, mas válido para tentar demonstrar os índices educacionais internacionais não têm relação com o ensino domiciliar.

UNIDADE DE ANÁLISE 59: Passando para a identificação das unidades de análise do voto do Ministro Marco Aurélio, vislumbra-se relatório inicial equivalente ao relatório do acórdão e dos votos dos demais Ministros.

Para o Magistrado o cerne da questão está “*consubstanciado na garantia de acesso ao ensino básico “gratuito” e – percebam o vocábulo empregado pelo constituinte – “obrigatório” – artigo 208, §1º. Eis o cerne do direito fundamental cuja observância obriga a todos: Estado, família e sociedade, a teor do disposto no artigo 205*”. (BRASIL, 2018, p. 167).

Inaugura a sua argumentação propriamente dita destacando as experiências de outras nações com o ensino domiciliar, na mesma linha do realizado pelos Ministros antecedentes, ressaltando a necessidade de se considerar as diferenças econômicas, culturais e sociais entre esses países e o Brasil. Ressalta por fim, que não há solução linear para a questão no âmbito internacional. Por tal razão, volta a analisar o Direito Constitucional interno sobre Educação.

Registra ser a Educação direito de todos e dever do Estado e acrescenta que “*o constituinte previu ser o não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público móvel a autorizar a responsabilização da autoridade competente*”. (BRASIL, 2018, p. 169).

Para o Ministro, a utilização de termos abertos e inclusivos pela constituição induz à conclusão de que a escolarização realmente não é a única possibilidade pedagógica viável no plano constitucional. Para ele a vedação ao ensino domiciliar se encontra expressada de forma inequívoca é na legislação infraconstitucional e não na Constituição. Veja-se:

Se é possível, de um lado, argumentar não ser a escolarização o único padrão pedagógico possível, considerada a utilização, pelo constituinte, de conceitos abertos e inclusivos, não é menos acertado, de outro, afirmar ter sido este o modelo escolhido pelo legislador ordinário, no exercício do poder de conformação franqueado pela Lei Maior e em estrito cumprimento ao figurino constitucional. Essa é a conclusão extraível dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

Artigo 55 da Lei nº 8.069/1996: Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Artigo 6º da Lei nº 9.394/1996: É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Os textos não permitem interpretações extravagantes. Há uma máxima, em termos de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever-se a norma jurídica. (BRASIL, 2018, p. 169/170).

ANÁLISE: Algumas questões que o Ministro Marco Aurélio trouxe de forma meramente introdutória e que não induzem, por si só, à conclusão pela proibição ou permissão do ensino domiciliar: a gratuidade e a obrigatoriedade da Educação. Contudo, servem como argumentos introdutórios. Já a questão acerca de a constituição ter previsto a responsabilização do Poder Público pela ausência de oferta de ensino regular, conforme já comentado na Unidade de Análise 7, dá azo à duas interpretações possíveis: a de que a constituição proíbe e de que não é suficiente para proibir o ensino domiciliar.

Na opinião do Magistrado Marco Aurélio, o estudo das situações em outros países não leva a conclusões claras sobre o assunto. Conclusão válida, pelo que se viu.

Também é possível a conclusão de que a “*utilização de termos abertos e inclusivos pela constituição*” podem gerar a interpretação de que a Constituição não proíbe o ensino domiciliar e por isso, seria permitido. Entende assim, que a proibição se encontra na lei. Acerca disso, há interpretações possíveis pela proibição e pela autorização legal do ensino domiciliar. Nesse sentido, exagerada a afirmação do Ministro de que os “*textos não permitem*

interpretações extravagantes. Há uma máxima, em termos de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever-se a norma jurídica”, já que, ao contrário, os textos permitem sim interpretações diversas da do Ministro, conforme se viu.

UNIDADE DE ANÁLISE 60: O Magistrado Marco Aurélio contextualiza os comandos normativos com a evolução da oferta histórica de Educação no país, ligando tal fato à sedimentação da universalização da Educação buscada hoje pelo texto constitucional. Nas palavras dele:

A instituição dos preceitos em jogo, ao veicularem ordem imperativa no sentido de obrigar-se a matrícula de jovens em idade escolar, insere-se em contexto jurídico e social maior – o do tão almejado processo de universalização progressiva do ensino básico no Brasil, que se confunde com a própria história da educação brasileira nas últimas décadas.

Desde meados do século XX, expandiram-se significativamente as oportunidades de acesso e permanência no sistema escolar para amplas camadas da população.

[...]

Imposição constitucional, a universalização do ensino fundamental de 9 anos para toda a população de 6 a 14 anos e a garantia de pelo menos 95% dos alunos concluírem, até 2024, essa etapa na idade recomendada é uma das principais metas do Plano Nacional de Educação elaborado em 2014 – Lei nº 13.005/2014 –, cujo artigo 2º, inciso II, erige a “universalização do atendimento escolar” à condição de diretriz da educação nacional.

De acordo com dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD realizada em 2015, 97,7% das crianças entre 6 e 14 anos estavam matriculadas no ensino fundamental – uma conquista arduamente alcançada pela sociedade brasileira. Ocorre que cerca de 430 mil menores permanecem fora da escola, predominando, entre elas, as de famílias mais pobres, com renda por pessoa de até um quarto do salário mínimo, negras, indígenas e com deficiência.

O cumprimento do objetivo referente à conclusão do ensino fundamental na idade ideal – até os 16 anos – exigirá mudanças estruturais, considerado o fato de, em 2015, apenas 76% dos estudantes terem finalizado essa etapa no momento adequado.

A situação revela-se ainda mais dramática com relação ao ensino médio. No Brasil, de acordo com dados fornecidos pelo IBGE, cerca de 2,5 milhões de jovens de 4 a 17 anos estão fora da escola. Desses, aproximadamente 1,5 milhão deveriam estar cursando o ensino médio. A meta da universalização até 2016, imposta pela Emenda de nº 59, já não foi atingida a contento. (BRASIL, 2018, p. 170/171)

ANÁLISE: Pertinente para o objeto presente pesquisa os apontamentos do Ministro Marco Aurélio sobre as metas do Plano Nacional de Educação elaborado em 2014 – Lei nº 13.005/2014 para o decênio de 2014 a 2024 e as estatísticas da Pesquisa Nacional por

Amostra de Domicílios – PNAD do IBGE. Um contexto educacional lamentável considerando-se o valor da Educação como Direito Fundamental. O Ministro não demonstrou como o ensino domiciliar iria agravar a questão da Universalidade da Educação.

UNIDADE DE ANÁLISE 61: Na sequência volta a combater os argumentos a Autora repisando a clareza, segundo entende, da literalidade dos dispositivos infraconstitucionais - Art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e Art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996).

Levando em conta o modelo escolar delineado pelo constituinte e concretizado pelo legislador ordinário, não cabe ao Judiciário corrigir ou aperfeiçoar decisão política legitimamente tomada no Congresso Nacional. Raciocínio contrário esvazia a carga normativa das previsões instituídas na arena deliberativa própria.

[...] frise-se a tramitação, junto à Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 3.179/2012, de autoria do deputado federal Lincoln Portela (PRB/MG), a versar a inclusão, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, da possibilidade de admitir-se a oferta de educação básica em sede domiciliar. De acordo com a proposição, ao artigo 23 será acrescido novo parágrafo, assim redigido:

Artigo 23. [...]

§ 3º. É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

O debate a respeito da flexibilização da exigência de matrícula em estabelecimento escolar há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo. Ausente incompatibilidade direta com o parâmetro de controle, mostra-se inviável afastar, pela via judicial, a incidência dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. (BRASIL, 2018, p. 174/175).

ANÁLISE: Também o Magistrado entende que seria Ativismo Judicial o fato de o Judiciário regulamentar o ensino domiciliar. Cita o Projeto de Lei nº 3.179/2012 que visa regulamentá-lo, acerca do qual os comentários estão mais acima, na Unidade de Análise 24, neste capítulo.

UNIDADE DE ANÁLISE 62: Após leitura do voto do Ministro Marco Aurélio, seu par Luís Roberto Barroso pacificamente apresentou a seguinte discordância:

A minha convicção, apenas para deixar clara, já vencida, é que eu considero que se trata de um direito. E onde eu vislumbro um direito, como regra geral, não considero que a omissão legislativa possa frustrar o exercício de um direito, o que, na minha visão, dá a possibilidade de o Tribunal regulamentar esse direito até que o legislador venha a fazê-lo. (BRASIL, 2018, p. 175/176)

ANÁLISE: Assertiva tendenciosa ao Ativismo Judicial.

UNIDADE DE ANÁLISE 63: Passa-se à extração das unidades de análise do voto do Ministro Dias Toffoli, que inicia manifestando concordância com o Ministro Luís Roberto Barroso e contando um pouco da sua experiência pessoal. Romanceia o Julgador da seguinte forma:

Senhora Presidente, em primeiro lugar, gostaria de anotar que comungo imensamente das premissas que foram trazidas no voto do eminente Ministro Roberto Barroso.

Já que estamos falando de *homeschooling*, de casa, permita-me, não costume fazê-lo, trazer alguns depoimentos pessoais. Meu falecido pai - eu sou filho de pai-avô, quando eu nasci ele tinha 55 anos - foi alfabetizado e aprendeu matemática com o pai dele, dentro de casa, nunca teve uma certidão de escola. De lavrador virou proprietário. Minha mãe, quando moramos na zona rural, ensinava alunos de colonos a ler, escrever, somar, subtrair, multiplicar e dividir. E essas crianças, hoje adultos, talvez não tenham recebido, até hoje, uma certificação de terem sido alfabetizados ou de saber, ao menos, as quatro operações.

Essa é a realidade que ainda hoje se encontra em muitos rincões, pessoas que foram alfabetizadas dentro de casa ou pelos patrões, principalmente na zona rural. Então, eu comungo das premissas do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL, 2018, p. 178).

O Ministro, em curtíssima fundamentação, assim motiva seu voto:

Eu penso que não há como nós dizermos, de imediato, desde logo, que o *homeschooling* é absolutamente incompatível com a Constituição, pedindo vênias aos Colegas que votaram no sentido da inconstitucionalidade do *homeschooling*. Eu penso que a educação é um dever de todos e, sendo um dever de todos, ela não pode ser vista como um monopólio exclusivo do Estado, mas uma obrigação do Estado. (BRASIL, 2018, p. 179).

ANÁLISE: Voto contraditório. Primeiro o Magistrado Toffoli adere aos fundamentos do Ministro Barroso, que entende não haver proibição ao ensino domiciliar na constituição e a favor de regulamentação imediata do *homeschooling* pelo STF. Depois, conforme se vê no tópico seguinte, o Ministro vota “*no sentido do Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, sem fixar os regramentos*” em lei.

Registra que metade do texto do voto do Ministro é constituído por sua experiência pessoal em que o “*pai-avô*” foi alfabetizado em casa. Nota-se que, apesar de ser motivação íntima, a intenção do Julgador foi chegar à conclusão de que “*essa é a realidade que ainda hoje se encontra em muitos rincões*”. Apesar de não ter validado essa informação, a intenção do Magistrado foi a de apresentar uma situação afeta a um extrato social: comunidades rurais. O comando decisório do Magistrado está no tópico seguinte dessa dissertação.

UNIDADE DE ANÁLISE 64: Avança-se agora sobre o voto da Ministra Cármen Lúcia o qual se condensa no trecho colacionado a seguir:

No capítulo III da ordem social da Constituição se confere tratamento relativamente pormenorizado ao direito à educação, prevendo-se: a) os princípios com base nos quais o ensino deve ser ministrado (art. 206); b) a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das universidades; c) as garantias mínimas a serem asseguradas pelo Estado relacionadas à educação (art. 208); d) as condições mediante as quais o ensino pode ser ministrado pela iniciativa privada (art. 209); e) as diretrizes para a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental (art. 210); f) os parâmetros para a organização administrativa e financeira dos sistemas de ensino federal, estaduais, distrital e municipais (arts. 211 e 212); g) as regras para a aplicação de recursos públicos para escolas públicas, comunitárias, confessionais e filantrópicas, e para bolsas de estudo (art. 213); e h) o estabelecimento de planos nacionais de educação de duração decenal (art. 214).

Não há, em nenhum desses dispositivos, normas estabelecendo quaisquer balizas para o ensino domiciliar. Não se extrai de nenhuma delas, nem implicitamente, o direito dos pais de tomar para si o encargo da educação intelectual de seus filhos sem auxílio do Estado. Esses dispositivos não têm densidade normativa para que o Poder Judiciário possibilite a submissão de pessoas ao ensino domiciliar sem a existência de lei.

Ao editar a Lei n. 9.394/1996, na qual se estabelecem as diretrizes e bases da educação nacional, por determinação do inc. XXIV do art. 22 da Constituição, o legislador também não previu a possibilidade do ensino domiciliar.

É certo que, em tese, o Poder Legislativo poderia editar lei prevendo o ensino domiciliar (e já há projetos de lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional). Para ser compatível com a Constituição, entretanto, essa lei deveria munir o Estado das ferramentas necessárias para garantir que o ensino domiciliar ministrado em cada lar tenha padrões mínimos de qualidade, de forma a assegurar o direito fundamental à educação e o pleno desenvolvimento das crianças, adolescentes e jovens que porventura sejam submetidos a esse regime de ensino. (BRASIL, 2018, p. 194/195).

ANÁLISE: O Voto da Ministra resume todo o debate estabelecido no acórdão e neste capítulo desta pesquisa. Por isso, desnecessário que se comente novamente os teores já debatidos. Inclusive, o texto acima se assemelha muito com o enunciado do precedente gerado pelo julgamento do Tema 822. Os comandos decisórios da Ministra estão no tópico seguinte, dedicado a essas unidades de análise.

Encerrada o exame dos fundamentos contidos no acórdão, passa-se aos comandos decisórios.

3.5 Comandos decisórios – Tema 822 – ensino domiciliar

UNIDADE DE ANÁLISE 65: Conforme se adiantou, o Ministro Luís Roberto Barroso acolheu a tese de que o ensino domiciliar não é vedado pela Constituição. Assim ficou redigido o comando decisório final do julgador:

5. Provisamento do recurso extraordinário, com a fixação das seguintes teses: “1. É constitucional a prática de ensino domiciliar (*homeschooling*) a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição de 1988. 2. Para evitar eventuais ilegalidades, garantir o desenvolvimento acadêmico das crianças e adolescentes e avaliar a qualidade do ensino, até que seja editada legislação específica sobre o tema, com fundamento no art. 209 da Constituição, os seguintes parâmetros devem ser seguidos: (i) os pais e responsáveis devem notificar às secretarias municipais de educação a opção pela educação domiciliar, de modo a manter um cadastro e registro das famílias que adotaram essa opção de ensino naquela localidade; (ii) os educandos domésticos, mesmo que autorizados a serem ensinados em casa, devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas; (iii) as secretarias municipais de educação, a partir do cadastro, devem indicar a escola pública em que a criança em *homeschooling* irá realizar as avaliações periódicas, com preferência para os estabelecimentos de ensino mais próximos aos locais de suas residências; (iv) as secretarias municipais de educação podem compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ou o Conselho Tutelar; e (v) em caso de comprovada deficiência na formação acadêmica, verificada por meio do desempenho nas avaliações periódicas anuais, cabe aos órgãos públicos competentes notificarem os pais e, na hipótese em que não haja melhoria do rendimento nos testes periódicos do ano seguinte, determinar a matrícula das crianças e adolescentes submetidas ao ensino doméstico na rede regular de ensino”.

6. Recurso Extraordinário provido. Reconhecimento do direito da recorrente de ser educada em casa, respeitados os parâmetros fixados neste voto. (BRASIL, 2018, p. 26/28).

ANÁLISE: O Ministro emite comando decisório com forte carga de Ativismo Judicial. Tem-se um cidadão não eleito, propondo que valha para toda a sociedade a sua decisão de jurista sem experiência, formação ou assessoria pedagógica adequada. Não é por outra razão que a função regulamentar dos preceitos constitucional é atribuída, numa República Democrática, ao Legislativo, em ambiente de amplo debate, com inclusão de pessoal atuante na área a ser legislada – no caso, educação – em que é possível apresentação de estado da arte e do conhecimento sobre a matéria.

UNIDADE DE ANÁLISE 66: Já o Ministro Alexandre de Moraes emitiu o seguinte comando decisório:

Nesse sentido, em que pese não ser vedado, ainda não foi criado e regulamentado por lei, e, conseqüentemente, não poder ser aplicado às crianças, jovens e adolescentes. Peço vênica, portanto, ao eminente Ministro Relator, mas voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*”. (BRASIL, 2018, p. 74/75)

ANÁLISE: O Ministro acompanha a maioria, sendo que foi a sua proposta de enunciado de Repercussão Geral a adotada para o Tema 822.

UNIDADE DE ANÁLISE 67: O Ministro Ricardo Lewandowski exarou o seu comando decisório nos seguintes termos:

Ante o exposto, por entender que o ensino domiciliar, ministrado pela família, não pode ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de prover a educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal, nego provimento ao recurso. (BRASIL, 2018, p. 140).

O Ministro Gilmar Mendes emitiu o seguinte comando decisório: “*Ante o exposto, voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário*” (BRASIL, 2018, p. 158).

Tem-se abaixo o comando decisório do Ministro Marco Aurélio: “*Conheço do recurso extraordinário e dirijo do Relator para desprovê-lo.*” (BRASIL, 2018, p. 175).

ANÁLISE: Comando decisórios não acrescentam nada aos posicionamentos de cada Ministro, já expostos.

UNIDADE DE ANÁLISE 68: O Ministro Dias Toffoli exarou o seu comando decisório nos seguintes termos:

Por isso, e sem aprofundar mais, diante do adiantado da hora, eu vou votar, em razão das questões técnicas que já foram aqui tanto debatidas, no sentido do Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, sem fixar os regramentos, ou sem determinar um prazo, como foram os votos do eminente Relator e do Ministro Luiz Edson Fachin, com os quais comungo das respectivas premissas. Diante da dificuldade de ver um direito líquido e certo de imediato, eu voto no sentido em que votou o Ministro Alexandre de Moraes, de negar provimento, sem declarar a inconstitucionalidade desse tipo de educação. (BRASIL, 2018, p. 179).

ANÁLISE: Apesar das contradições citadas no tópico anterior, importante estar declarado também no comando decisório o posicionamento acerca da constitucionalidade, ou não, da questão discutida e não apenas expor se defere ou não o pedido da Autora ou o recurso.

Por fim, o comando decisório da Ministra Cármen Lúcia.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso extraordinário, em razão do não recolhimento do preparo, propondo seja fixada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “não há, na Constituição da República, fundamento que permita ao Poder Judiciário autorizar o ensino domiciliar (homeschooling) de crianças, adolescentes e jovens”. (BRASIL, 2018, p. 195).

UNIDADE DE ANÁLISE 69: Eis o texto do enunciado do precedente gerado pelo acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 (BRASIL, 2018), que por sua vez gerou o Tema de Repercussão Geral nº 822, cujo acórdão final está sob análise documental no presente momento:

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.

3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unchooling radical (desescolarização radical), unchooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (BRASIL, 2018, p. 2/4)

ANÁLISE: No item 1, há menção às características do Direito Fundamental à Educação que, no entender do STF, são mais relevantes para o tema a ser decidido, quais sejam, a sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (enfoque individual)

e com a formação para o exercício da Cidadania (enfoque social e coletivo), registrando que a obrigatoriedade da Educação Básica se refere aos cidadãos em idade escolar (dos 4 aos 17 anos).

No item 2, o enunciado registra a corresponsabilidade da família, sociedade e Estado na viabilização da Educação Básica. Além disso dispõe que essas garantias integram também o arcabouço de proteção integral da criança e do adolescente.

No item 3 julga-se que a Constituição não veda o ensino domiciliar, desde que seja na modalidade utilitarista, que respeita a coparticipação da família e Estado na viabilização da Educação Básica, sendo qualquer uma das outras modalidades apresentadas no decorrer desse capítulo é inconstitucional.

No item 4 declara-se que o ensino domiciliar não é Direito Público Subjetivo, conforme se explicou nesse capítulo, registrando que, se houver lei regulando a matéria, ela somente será constitucional se atender aos seguintes requisitos: *“se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público”*. Deve também obedecer às *“demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária”*

No próximo tópico, denominado “Considerações Finais”, serão apresentadas as constatações acerca da análise realizada nos tópicos 3.4 e 3.5.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A pesquisa elucidou o problema proposto na introdução, confirmando a hipótese de pesquisa proposta, no sentido de que o ensino domiciliar é permitido pela Constituição, desde que seja regulamentado por lei, contudo, o desenvolvimento do objeto de pesquisa fez com que se ampliasse a compreensão do problema. Nesse sentido, para que a lei possa regulamentar o ensino domiciliar de forma que não haja conflito com a Constituição, é preciso que ela atente à preservação das disciplinas escolares básicas, que propicie a fiscalização e avaliação dessa modalidade de ensino pelo Poder Público e sua colaboração com a família na viabilização da Educação Básica. Deve-se também respeitar o núcleo normativo educacional previsto na Constituição com relação às finalidades e objetivos da Educação. Além disso, há que se prever mecanismos efetivos de combate à evasão à Educação Básica e de socialização do aluno submetido ao ensino domiciliar.

O objetivo geral foi alcançado pois investigou-se a Judicialização do direito de o educando de 4 a 17 anos receber educação básica por meio do ensino domiciliar, como alternativa ao ensino escolarizado. Para desenvolver esse objetivo geral, buscou-se, também com êxito, os objetivos específicos, já que, para se entender o direito do indivíduo ao ensino domiciliar, foi preciso antes estudar o Direito à Educação. Nesse sentido, investigou-se o panorama histórico e filosófico da Educação enquanto Direito Fundamental e Direito Público Subjetivo, já que, traz-se para o debate do ensino domiciliar o fato de a Educação ser, ao mesmo tempo, Direito Fundamental de primeira, segunda e terceira gerações/dimensões. Tudo isso desenvolvido no Primeiro Capítulo.

Ainda no tocante ao estudo do Direito à Educação, no Segundo Capítulo foi estudado como ele se apresenta nas Constituições brasileiras anteriores e na Constituição atual, quem são seus titulares e obrigados, como é concretizado pela via das políticas públicas e de quem é a competência legislativa, material e financeira para viabilizar tais direitos. Ainda no Segundo Capítulo desenvolveu-se estudo sobre a Judicialização da Educação e o Ativismo Judicial, concluindo-se que há um limite na possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas e concretizar Direitos Educacionais, qual seja: quando tal atuação esbarra sobremaneira no Princípio da Separação de Poderes e da Reserva Financeira do Possível, contudo, há sensível imprecisão no que diz respeito ao estabelecimento de tal limite.

Afere-se que a metodologia utilizada foi suficiente para realizar os procedimentos da pesquisa. Os métodos de investigação baseados em abordagem qualitativa, descritiva e por

meio de pesquisa bibliográfica e documental propiciaram o alcance dos objetivos geral e específicos conforme relatado acima.

Quanto à Análise Documental realizada sobre ensino domiciliar, em que se investigou o acórdão emitido no Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 e que gerou o Tema 822 de Repercussão Geral no STF (BRASIL, 2018), vê-se que o método: Análise Documental também foi suficiente para realizar os procedimentos de análise. Partiu-se do critério de adotar os argumentos utilizados pelos agentes participantes como Unidades de Análise, pois é o elemento crucial de coesão em qualquer decisão judicial. Para realização da Análise, partiu-se das Teorias Jurídico-argumentativas, visando a verificação acerca da validade e classificação dos argumentos analisados. O resultado foi o esperado: a partir das Análises da questão judicializada foi possível identificar quais Direitos Educacionais servem para se articular argumentos contra e a favor do ensino domiciliar, quais são as questões acessórias envolvidas, como evasão à Educação Básica e socialização e ainda concluir-se acerca de quais argumentos estão evadidos de Ativismo Judicial.

Feitas as considerações acerca das respostas ao problema, da constatação da hipótese de pesquisa, do atingimento dos seus objetivos geral e específicos e dos apontamentos sobre os métodos de investigação, passa-se agora a algumas considerações decorrentes do desenvolvimento da pesquisa.

Apesar de já defendido na Introdução, após o desenvolvimento da pesquisa, constatou-se com mais certeza que seu objeto é realmente relevante. A Educação enquanto Direito Fundamental é crucial para o desenvolvimento de qualquer nação, mais ainda para as em desenvolvimento como o Brasil, o que demonstra a sua característica como Direito Coletivo, no sentido de que é interesse de toda a sociedade que cada membro seu receba instrução básica. Por isso também, possui o Direito à Educação a característica de Direito Social, para que o Estado e família ofereçam a formação básica de forma obrigatória para eles e para o educando também.

Nesse viés da Educação como alavanca do desenvolvimento social, destaca-se a importância da sua função de formação, do indivíduo, para o exercício da cidadania. Dentre os vários reflexos gerados pelo oferecimento deficitário dessa formação, há um que se relaciona com a questão da Judicialização da Educação. É que, sendo o Povo o único titular do poder e se há uma deficiência no oferecimento de Educação de qualidade – e os índices presentes na análise documental e a Judicialização mostram isso – pode-se concluir que os cidadãos não estão sabendo ou conseguindo fazer com que os Poderes Legislativo e Executivos lhes garantam seus Direitos Educacionais, fato que leva à intervenção, às vezes

indevida, do Poder Judiciário a obrigar os demais poderes a viabilizar o exercício de tais direitos.

As justificativas iniciais se confirmaram, no sentido da relevância do objeto de pesquisa. A busca pelos objetivos geral e específico demonstrou que a evolução histórica da Educação enquanto Direito andou junto com a própria evolução da humanidade, que conseguiu avanços mais significativos em termos de Dignidade Humana, da Idade Moderna em diante, mesmo período da consolidação gradual da Educação como Direito Fundamental de primeira geração/dimensão, sendo que o alargamento no entendimento dessa Dignidade até a contemporaneidade levou também à ampliação do Direito à Educação como Direito Social e Coletivo.

Também fruto da consolidação gradual da ideia de concretização dos Direitos Humanos foi o implemento da noção de Direito Público Subjetivo Educacional, viabilizando a possibilidade de se exigir, no mundo concreto, Educação adequada e tempestiva junto do Estado, apesar de, inegavelmente ainda haver um déficit educacional preocupante no país o que faz com que se multipliquem os casos de Judicialização da Educação.

Nas Constituições Brasileiras o Direito à Educação acompanhou os períodos da História nacional. Na maioria das constituições anteriores, desde a imperialista de 1824, há normas visando prover Educação gratuita e obrigatória a todos. A conclusão que se chegou é que, em todas elas os Direitos Educacionais previstos sempre estiveram longe de serem concretizados. Na Constituição de 1988, com a previsão de Garantias institucionais e instrumentais para viabilizar os Direitos Fundamentais e com a previsão de que a Educação é Direito Público Subjetivo, a situação quanto à concretização desses direitos começou a se tornar mais positiva, mas ainda longe do ideal e das metas dos Planos Nacionais de Educação.

Pelo estudo do Direito à Educação na atual Constituição de 1988, vislumbra-se a preocupação prioritária do constituinte com a Educação, prevendo a gratuidade e a obrigatoriedade da Educação Básica, a distribuição das competências, legislativa, administrativa e financeira entre os entes que compõem a Federação, a forma de custeio da Educação Pública, a busca pela Universalização da Educação, traçando diretrizes e princípios gerais no próprio texto constitucional e colocando Educação como Direito Público Subjetivo. Trata-se avanço sem precedentes nas constituições anteriores.

Quanto à Judicialização da Educação, a conclusão a que se chega é a já adiantada acima, de que há um déficit educacional na formação do indivíduo para o exercício da cidadania que o alija da prerrogativa de exigir o fornecimento de Educação adequada. É um

ciclo, a deficiência da Educação cidadã gera carência de Educação. Não se está afirmando que a “culpa” é do cidadão, até porque avança-se que essa deficiência é proposital visando justamente essa inércia popular. Além disso, a Constituição é carente de mecanismos de participação direta do Povo nas decisões públicas, sendo relegado apenas à via da representatividade política. Diante dessa inércia popular, ocorre que os representantes do Povo, os Poderes Legislativo e Executivo, não viabilizam a contento aos cidadãos o exercício de um Direito tão indispensável como é a Educação, gerando um vácuo de poder que o Poder Judiciário assume pela via da Judicialização da Educação.

O grande problema é que essa atuação extrafuncional do Judiciário não é regulamentada, ou seja, às vezes ela avança demasiadamente sobre as atribuições dos outros Poderes, tornando-se um Ativismo Judicial abusivo.

Quanto à análise documental sobre ensino domiciliar, em que se investigou o acórdão emitido no Recurso Extraordinário nº 888815/RS/2018 e que gerou o Tema 822 de Repercussão Geral no STF (BRASIL, 2018), por todo o estudado, é possível apontar quais são os argumentos válidos a favor e contra o ensino domiciliar, de acordo com os critérios adotados no início desse capítulo.

Como não há vedação ou autorização expressa ao ensino domiciliar na Constituição e considerando-se que não há hierarquia entre Direitos Fundamentais, conclui-se que a questão da constitucionalidade deve ser decidida pela Ponderação, técnica decisória em que, analisando-se o caso concreto, opta-se pela prevalência de um Direito Fundamental, sem contudo se declarar que, fora da situação fática analisada, há prevalência de um sobre o outro. Desta forma, importantes elencar rapidamente os argumentos válidos, contra e a favor ao ensino domiciliar:

Tem-se que os argumentos principais válidos a favor do ensino domiciliar são a liberdade de consciência (Art. 5º, VI), a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (Art. 206, I), o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (Art. 206, II). Também é principal contra-argumento de que o § 3º do Art. 208 regramdo que “*competete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola*” é aplicável somente ao Estado por estar inserido no Art. 208 que trata das obrigações educacionais somente do Estado, todos artigos da Constituição (BRASIL, 1988).

Na mesma linha de raciocínio acima, tem-se o Art. 209 (BRASIL, 1988) regramdo que o “*ensino é livre à iniciativa privada*” desde que atendidas as normas gerais educacionais da Constituição.

Também o argumento gerado pela interpretação de que os artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), ao exigirem a matrícula de crianças na Educação Básica não entrariam proibindo, pois pode haver ensino domiciliar e matrícula na escola para avaliações e fiscalizações. Corroboram essa interpretação o fato de o Art. 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) pregar “*Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias*” (destacou-se)

Possível também a interpretação do parágrafo 2º do Art. 208 (BRASIL, 1988) de que o não-oferecimento da Educação Básica por parte do poder público implica em responsabilidade da autoridade competente, não estaria proibindo o ensino domiciliar, pois a obrigação se refere a “oferecer” e não a fazer com todos estejam escolarizados.

Os argumentos principais válidos contra o ensino domiciliar são: a interpretação de que o § 3º do Art. 208 regramdo que “*compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola*”, proíbe o ensino domiciliar.

O Princípio Constitucional de Proteção ao Melhor Interesse do Menor, interpretado desfavoravelmente ao ensino domiciliar.

A interpretação de que os artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), ao exigirem a matrícula de crianças na Educação Básica entraria proibindo implicitamente o ensino domiciliar.

Possível também a interpretação do parágrafo 2º do Art. 208 de que o não-oferecimento da Educação Básica por parte do poder público implica em responsabilidade da autoridade competente, estaria proibindo implicitamente o ensino domiciliar, pois a previsão de sanção é indicativa de proibição implícita.

São usados como argumentos acessórios normativo-constitucionais a corroborar ambas as posições a argumentação de que a Educação é obrigatória, o Princípio da Universalização da Educação e a exigência de colaboração entre Estado, sociedade e família em viabilizar a Educação Básica.

As questões da Evasão à Educação Básica, da socialização e do combate à violência domésticas não foram validades, por falta ou impossibilidade de realização de estudos que as validem, para nenhum dos posicionamentos. Contudo, admite-se que são questões da realidade fática de grave importância, merecendo uma atenção maior pela Corte e também pelo Poder Público fora do âmbito do Poder Judiciário.

A comparação da situação nacional com a dos outros países se mostrou inconclusiva.

Esses os argumentos e as questões mais relevantes com suas respectivas aplicabilidades à análise documental proposta. Feitas essas constatações, é possível ainda apontar algumas conclusões que seguem:

Não há na Constituição vedação tampouco autorização expressa para a prática do ensino domiciliar. Há claro confronto entre Direitos Fundamentais na questão analisada, sendo possível o argumento de que se não há proibição deve-se permitir pois o princípio da legalidade regra que somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou não fazer algo. Além disso, válida a interpretação de que a liberdade de consciência, religiosa e de concepções pedagógicas estariam autorizando a escolha dos pais e alunos pelo ensino domiciliar. Todos esses são Direitos Fundamentais.

Pela posição contrária ao ensino domiciliar, há a previsão constitucional de que se o Estado não fornecer a educação básica ele pode ser responsabilizado e de que ele deve zelar pela frequência escolar. Todos, também, Direitos Fundamentais.

Concluindo, o STF decidiu que não há direito subjetivo ao ensino domiciliar porque não há lei que o regulamente, contudo, em juízo de ponderação não declarado, o STF, por maioria de votos, decidiu pela constitucionalidade do ensino domiciliar, desde que seja previsto em lei e na modalidade utilitarista, em que o Estado estabelece as diretrizes, fiscaliza e aplica exames aos alunos. Registra que, desde 2012 há Projeto de Lei no Congresso Nacional para regulamentar o ensino domiciliar.

Pelo prisma do Ativismo Judicial, discutiu-se no acórdão estudado se o STF poderia, ele mesmo, regulamentar o ensino domiciliar, fazendo o papel que cabe à lei. O Ministro Barroso foi o único que achou devida essa prática, sendo o seu voto dotado de alta carga de Ativismo Judicial. Felizmente foi voto vencido, não prevalecendo a sua opinião no comando decisório do acórdão, sendo que todos os outros Ministros entenderam que seria indevida a regulamentação pelo STF, o que invadiria as atribuições do Legislativo.

Contudo, verificou-se outras práticas, mais brandas, de Ativismo Judicial no acórdão estudado. O Ministro Barroso chegou a usar o argumento pessoal de que por ser a favor da não intervenção do Estado na vida privada das pessoas, votaria a favor do ensino domiciliar.

Em posicionamento oposto, mas também dotado de certa carga de Ativismo Judicial, o Ministro Lewandowski manifestou ser inadmissível o STF adotar postura liberal fisiocrata. Ora, por serem Ministros do STF, enquanto guardiões da decisão popular maior (Constituição) devem eles se pautarem pelas questões normativas ou, secundariamente, questão extrajurídicas, mas que sejam de interesse coletivo e não pessoal.

Já se afirmou e comprovou que não há vedação nem autorização normativa expressa ao ensino domiciliar. Desta forma, ao afirmar que há vedação normativa expressa ao ensino domiciliar também o Ministro Marco Aurélio emitiu voto carregado de Ativismo Judicial, pois quis criar lei (atribuição do Legislativo) onde inexistente.

Pela análise documental realizada, conclui-se que alguns dos Ministros do STF não dominam ou não acham necessário o uso das técnicas básicas de argumentação, tendo sido identificado vários argumentos sem validação, inaplicáveis, ou sem coesão lógica. Vários deles abandonam as decisões do Povo (Constituição e leis) como ponto de partida argumentativa e emitem pareceres baseados em opiniões, ideologias e experiências íntimas e pessoais.

Referências

ADEODATO, J.M.. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999. Tradução Luís Afonso Heck.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Forense, 2005. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005

ALVES, Gilberto Luiz. **A produção da escola pública contemporânea**. Campo Grande; Campinas: Editora UFMS; Autores Associados, 2001.

ANDRADE, A; MASSON, C; ANDRADE, L. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Forense, 2017.

ARANTES, R. B. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, L; CINTRA, A. O. (Orgs). **Sistema político brasileiro**: uma introdução. 2 ed. Rio de Janeiro: Konrad-AdenauerStiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007. p. 81-116

ARISTÓTELES. **A política** – Volume 61. [s.n.]: Martin Claret, 2006. (Coleção a Obra-prima de cada autor).

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010.

BASHAM, Patrick; MARRIFIELD, John; HEPBURN, Claudia. **Home Schooling**: from the extreme to the mainstream, 2007. Disponível em <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/Homeschooling2007.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2020.

BOAVENTURA, E. M. A educação na Constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, O. (Org.) **Educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 91-200.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

_____. **Dicionário de política I** Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998. Vol. 1: 674 p. (total: 1.330 p.) Vários Colaboradores. Obra em 2v.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros editores. 2009

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAGGIANO, M. H. S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à Educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Edusp, 2009. p. 19-39.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASAGRANDE, C. **Ministério Público e a Judicialização da política: estudos de caso**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

CASTANHA, André Paulo. O ato adicional de 1834 na história da educação brasileira. **Revista Brasileira de História da Educação**. Campinas, n. 11, 2006, p. 169-96.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. (Programa de rádio ou TV/Outra).

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008

CHIZZOTTI, A. A Constituinte de 1823 e a educação. In: FÁVERO, O (org.). **A educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 31-54

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa qualitativa em Ciências Humanas e Sociais**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição**. Gramma, 2016, p. 514.

CURY, C. R. J. A educação como desafio na ordem jurídica. In: LOPES, E. M. T; FARIA FILHO, L. M. de.; VEIGA, C. G. (Org.). **500 anos de educação no Brasil**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

_____. Direito à Educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**. n. 116, jul/2002, p. 245 – 262.

_____. Estado e políticas de financiamento em educação. **Educação e Sociedade**. Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial, p. 831-855, out. 2007b.

_____; FERREIRA, L. A. M. A Judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009

_____; HORTA, J. S. B; FÁVERO, O. A relação educação-sociedade- Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, O. (Org.) **Educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3 ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 5-30

_____. Legislação educacional brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A ,2002.

_____. Lei de diretrizes e bases e perspectivas da educação nacional. **Revista Brasileira de Educação**. n. 8, mai/jun/jul/ago, 1998, p. 72 – 85.

DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, I. G. **Previdência social e mercado no Brasil**: a presença empresarial na trajetória política social brasileira. São Paulo: LTr, 2001

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DUARTE, C. S. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 7 Mar. 2020.

_____. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 2, Jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 7 Mar. 2020.

DUTRA, L. **Direito Constitucional Essencial**. Rio de Janeiro: Forense. 2ªed. 2016.

FARENZENA, Nalu. Nas pegadas do Salário-Educação: um olhar sobre sua repartição entre esferas de governo. **Textura**. v. 19. n. 40, p. 139-157, maio/ago. 2017

FÁVERO, O. A educação no Congresso Constituinte de 1966-67: contrapontos. In: _____. (Org.) **Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 241-254

FERRATER MORA, José. **Dicionario de Filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 1982, vol. 3.

FERRAZ Jr., T.S. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEROA, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

FREITAS FILHO, R.; LIMA, T. M. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. LimaUniv. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010

GABARDO, E.; MORETTINI E. **Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 63, pp. 151 - 180, jul./dez. 2013

GARCIA, E. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, n.10, p.50-88, jan./jun., 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separacao%20dos%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1> Acesso em 7 mar. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: Racionalidade da ação e racionalização social. Martins Fontes, 2012.

HACK, Érico. **Noções Preliminares de Direito Administrativo e Direito Tributário**. 2ª ed. Curitiba: IBPEX, 2008.

HAIDAR, M. de L. M.; TANURI, L. M.. A educação pública no Brasil: dos primórdios até a primeira Lei de Diretrizes e Bases. In: MENESES, João Gualberto de Carvalho (org.). **Estrutura e funcionamento da educação básica: leituras**, 2ª ed., São Paulo: Pioneira, 1999.

HORTA, J. S. B. A Constituinte de 1934: comentários. In: FÁVERO, O. (Org.) **Educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 201-240
JOHN LOCKE, J. John Locke. Traduções de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (**Coleção Os Pensadores**).

LIBERATI, W. D. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: IBPS. 1991.

MARIOTTO, M.; ARAÚJO M.; BELLATO, L. F. S.; DOLINA, J. V. **Direito à saúde no discurso do Poder Judiciário e do poder público: análise de decisão judicial**. Cogitare Enferm. 2013 Out/Dez; 18(4):647-54

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1967.

MARX, K. **O capital**. Livro I. Trad. port. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 2, 1968.

MEDEIROS, F. L. F. de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, G. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, 21:69, 1997

MONTESQUIEU, N. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Dirce Aparecida Foletto de. **Avaliação formativa: re-significando a prova no cotidiano escolar**. 2008. 146f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

NEVES, Lúcia M. W. **Educação e política no Brasil de hoje**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

OLIVEIRA, R. P. A educação na Assembléia Constituinte de 1946. In: FÁVERO, O. (Org.) **Educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 153-190.

_____. **Educação e cidadania: o Direito à Educação na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil**. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo / Leandro Paulsen**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PELT, Deani Neven Val. **Homeschooling in Canada: the current picture**, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba. Paraná. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PISCITELLI, T. **Direito financeiro esquematizado** / Tathiane Piscitelli. – 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015

POMPEU, G. V. M. **Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio; São Paulo; Fortaleza: ABC, 2005

PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**. (T. 4), 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

RAMOS, E. da S. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAY, Brian D. **Home Education: reason and research**, 2009, p. 2. Disponível em <<https://www.nheri.org/HERR.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2020.

REGO, Frederico Montedonio. **Repercussão geral: uma releitura do direito vigente** / Frederico Montedonio Rego. – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

RIBEIRO, M. L. S. **História da educação brasileira: a organização escolar**, 11ª ed., São Paulo: Cortez/ Autores Associados, 1991.

ROMANELLI, O. de O. **História da Educação no Brasil (1930/1973)**, 8ª ed., Petrópolis: Vozes, 1986.

ROCHA, M. B. M. da. Tradição e Modernidade na educação: o processo constituinte de 1933-34. In: FÁVERO, O. (Org.) **Educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 119-138.

SADEK, Maria Tereza Aina; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Estudos, pesquisas e dados em justiça. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci de (org.). **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 15-61. v. 1.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 553-586.

SCHMITT, C. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

SHIROMA, E. O.; MORAES, M. C. M. de; EVANGELISTA, O. **Política educacional**. Riode Janeiro: DP&A, 2000.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- SUCUPIRA, N. O Ato Adicional de 1834 e a descentralização da educação. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A educação nas Constituintes Brasileiras 1823-1988**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 55-68.
- TAVARES, A. R. Direito fundamental à educação. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010. p. 771-789.
- TEIXEIRA, A. **Educação não é privilégio**. Rio de Janeiro: Edufri, 1994
- VAGOSTELLO, Lucilena et al. **Violência doméstica e escola: um estudo em escolas públicas de São Paulo**. Paidéia (Ribeirão Preto). 2003, vol.13, n.26, pp.191-196. ISSN 1982-4327. <https://doi.org/10.1590/S0103-863X2003000300008>.
- VILLAS BOAS, Benigna Maria de Freitas. **A avaliação na escola**. / Benigna Maria de Freitas Villas Boas. – Brasília: Universidade de Brasília, 2007.
- XAVIER, L. N. A educação como bandeira do país moderno. In: XAVIER, L. N. **O Brasil como laboratório** – educação e ciências sociais no projeto do centro brasileiro de pesquisas educacionais. Bragança Paulista: IFAN/ CDAPH/ EDUSF, 1999. p. 37-65
- WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 4, n. 2, dez. 2008 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 7 mar. 2020.
- WEIS, C. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Legislação e documentos jurídicos

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 1988. Versão atualizada até a emenda nº 105/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei Complementar no 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971.** Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5692.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9424compilado.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1988.** Altera a legislação que rege o Salário-Educação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9766.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 888815/RS/2018.** Constitucional. Educação. Direito Fundamental Relacionado À Dignidade Da Pessoa Humana E À Efetividade Da Cidadania. Dever Solidário Do Estado E Da Família Na Prestação Do Ensino Fundamental. Necessidade De Lei Formal, Editada Pelo Congresso Nacional, Para Regular O Ensino Domiciliar. Recurso Desprovido. Recorrente: V D REPRESENTADA POR M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Min. Roberto barroso. 12 de setembro de 2018. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340597036&ext=.pdf>>. Acesso em 1 abr. 2020.

UNIDAS, O. N. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.** No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos cujo texto, na íntegra, pode ser lido a seguir. Logo após, a Assembléia Geral solicitou a todos os Países - Membros que publicassem o texto da Declaração para que ele fosse divulgado, mostrado, lido e explicado, principalmente nas escolas e em outras instituições educacionais, sem distinção nenhuma baseada na situação política ou econômica dos Países ou Estados. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 1 abr. 2020.