

Homeschooling (ensino domiciliar) x Direito fundamental à educação: um direito dos pais?

Homeschooling x Fundamental right to education: a parents' right?

MONA LISA DUARTE AZIZ¹

Resumo: O *homeschooling*, ao se contrapor ao ensino regular da rede pública ou privada, traz inúmeras implicações. Seus defensores se baseiam nas liberdades de religião e de ensino para defenderem o direito de escolha dos pais, enquanto a doutrina contrária privilegia o direito à educação. Conflitos entre direitos de liberdade e ensino obrigatório já foram objeto de julgados emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos. Casos mais recentes e específicos foram submetidos a Tribunais Constitucionais europeus, assim como a constitucionalidade do ensino domiciliar foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no ano de 2018. O objetivo desse relatório é, à luz da jurisprudência internacional, demonstrar como o conflito normativo pode ser resolvido através do método da ponderação de direitos, especificamente da aplicação da fórmula do peso de Alexy, com ênfase à variável da fiabilidade das premissas empíricas, que remete à busca do melhor interesse para as crianças enquanto titulares do direito fundamental em causa.

Sumário: 1. Introdução; 2. Jurisprudência; 2.1. Suprema Corte dos Estados Unidos; 2.2. Tribunais Europeus; 2.3. Recurso extraordinário nº 888.815 do Supremo Tribunal Federal; 3. *Homeschooling*: um direito dos pais? (entendimento doutrinário); 4. Titularidade de direitos fundamentais em caso de menoridade e autonomia do menor; 5. Identificação do conflito normativo e método de resolução; 5.1. Liberdade religiosa x dever de escolarização; 5.2. Frequência escolar obrigatória e princípio da proporcionalidade; 5.2.1. Adequação e necessidade; 5.3. A fórmula do peso de Alexy e a variável da fiabilidade; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Palavras-Chave: *Homeschooling*, direito fundamental à educação, liberdade religiosa e de ensino, ponderação de direitos, variável da fiabilidade.

Abstract: Homeschooling, as opposed to regular education, has many implications. Favorable doctrine argues the right of choice of the parents based on the freedom of religion and teaching,

¹ Relatório apresentado no curso de Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas 2018/2019, especialidade Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, referente à disciplina de Direitos Fundamentais, ministrada pelos Professores Doutores Pedro Moniz Lopes e David Duarte.

while opposing authors favor the right to education. Conflicts between rights of freedom and compulsory education were judged by the Supreme Court of the United States in landmark cases. More recent and specific cases were submitted to Constitutional Courts in Germany and Spain, just as the constitutionality of homeschooling was analyzed by the Brazilian Federal Supreme Court in 2018. The purpose of this paper is, in light of international jurisprudence, to demonstrate how normative conflict can be solved by balancing, specifically through application of Alexy's weight formula, with emphasis on the reliability variable of empirical assumptions, which refers to the pursuit of the best interest for children as holders of the concerned fundamental right.

Summary: 1. Introduction; 2. Jurisprudence; 2.1. Supreme Court of the United States; 2.2. European Courts; 2.3. Extraordinary appeal nº 888.815 of the Brazilian Federal Supreme Court; 3. Homeschooling: A Parent's Right? (doctrinal understanding); 4. Holders of fundamental rights in case of minority and autonomy of the minor; 5. Identification of the normative conflict and method of resolution; 5.1. Freedom of religion x schooling duty; 5.2. Compulsory school attendance and proportionality principle; 5.2.1. Suitability and necessity; 5.3. Alexy's weight formula and the reliability variable; 6. Conclusion; 7. References.

Keywords: Homeschooling, fundamental right to education, freedom of religion and teaching, balancing, reliability variable.

1. Introdução

A problemática em foco diz respeito à pretensão dos pais ou responsáveis de escolher o meio de proporcionar a educação aos filhos e, no caso específico, optar pelo *homeschooling*, que nada mais é do que o ensino prestado no ambiente domiciliar, diretamente e/ou através de tutores, professores particulares ou especialistas contratados. E, conseqüentemente, a impossibilidade do Estado de obrigá-los a matricular os filhos na rede regular de ensino, seja pública ou privada, e de impor sanções em decorrência do não cumprimento dessa obrigação.

Conflitos entre direitos de liberdade e ensino estatal obrigatório não são recentes. Ainda no início do século passado, a Suprema Corte americana se pronunciou sobre casos emblemáticos cujos julgamentos foram favoráveis aos direitos de liberdade dos pais. Todavia, consoante demonstrar-se-á no tópico a seguir, tais decisões não abordaram a constitucionalidade do *homeschooling* e trataram de hipóteses específicas. Em especial, o paradigmático *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), no qual fora reconhecido o direito de famílias da comunidade Amish de não matricular os filhos no ensino secundário² (*high school*) por motivações religiosas de cunho

2 No Brasil, atualmente corresponde ao ensino médio (antes chamado de segundo grau).

comunitário, mostrou-se excepcional e de difícil repetição na prática.

Na Europa, a despeito do ensino domiciliar ser permitido em vários países, em alguns inclusive previsto no âmbito de suas Constituições³, nos casos submetidos às Cortes Constitucionais de países onde o ensino domiciliar não é admitido, as decisões foram no sentido de dar prevalência ao direito fundamental à educação, enquanto direito subjetivo do menor e dever a ser prestado pelo Estado, para não autorizar o *homeschooling*. No final de 2018, foi a vez do Supremo Tribunal Federal brasileiro (doravante STF) apreciar a (in)constitucionalidade do ensino domiciliar. Embora a decisão tenha sido mais tímida e deixado aberta a possibilidade de a matéria vir a ser regulamentada através de lei, na oportunidade a maioria dos ministros reconheceu a constitucionalidade da legislação infraconstitucional, que exige a matrícula obrigatória de crianças e adolescentes no ensino básico⁴.

Em relação à doutrina, tem-se de um lado os autores contrários ao *homeschooling*, que conferem prioridade ao direito fundamental à educação em suas dimensões individual e social; e do outro os seus defensores, os quais procuram respaldar a autorização para o ensino domiciliar nos direitos e deveres decorrentes das responsabilidades parentais, para além das liberdades de religião, consciência e credo e de ensino dos pais. Nesse sentido, far-se-á uma sucinta análise acerca do exercício de direitos fundamentais enquanto titularizados por menores, com especial atenção para a autonomia reconhecida às crianças e aos adolescentes pela legislação internacional nos últimos anos.

Finalmente, serão identificadas as normas em colisão e utilizado o método da ponderação de Robert Alexy para fins de resolução do conflito normativo com todos os seus elementos, nomeadamente o princípio da proporcionalidade e a fórmula do peso. Nesta perspectiva, pretende-se descortinar se há e qual a intensidade da intervenção nas liberdades religiosa e de ensino dos pais, bem assim em que medida o direito fundamental à educação dos menores será afetado, acaso seja desapplicada a regra da escolarização obrigatória e autorizado o ensino domiciliar.

2. Jurisprudência

2.1. Suprema Corte dos Estados Unidos

A matéria que ora se pretende debater já foi apreciada em Tribunais e Cortes Constitucionais de vários países. Inicia-se a análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que possui julgados

3 Como, por exemplo, previsto no artigo 76 da Constituição da Dinamarca (disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21412-21413-1-PB.htm>, acesso em 02/02/2019) e no artigo 16 da Constituição da Finlândia (disponível em <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>, acesso em 02/02/2019).

4 De acordo com a Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação no Brasil, a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (art. 21). O ensino básico em Portugal, com início aos 6 (seis) anos, vai do 1º ao 9º ano e não abrange o ensino secundário. Disponível em [http://www.dgeec.mec.pt/np4/97/%7B\\$clientServletPath%7D/?newsId=147&fileName=educacao_formacao_portugal.pdf](http://www.dgeec.mec.pt/np4/97/%7B$clientServletPath%7D/?newsId=147&fileName=educacao_formacao_portugal.pdf) (acesso em 25/02/2019), p. 9.

que versam sobre a liberdade de escolha dos pais na educação dos filhos desde o início do século passado⁵.

A despeito do seu pioneirismo em julgar o tema, a Suprema Corte americana nunca se manifestou especificamente sobre a constitucionalidade do *homeschooling*, mas sobre hipóteses concretas em que, de fato, prevaleceu a liberdade de escolha dos pais, porém atentando-se às especificidades dos casos para justificar o afastamento das normas estatais.

Com efeito, em um desses casos – *Pierce, Governor of Oregon et. al v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 286 U.S. 510 (1925) – a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Oregon, que obrigava a matrícula das crianças naquele estado, entre oito e dezesseis anos, exclusivamente em escolas públicas⁶. A Corte entendeu que o ato legislativo impugnado representava uma interferência irrazoável na liberdade dos pais e responsáveis de dirigir a educação de suas crianças, ademais de violar o direito de propriedade e de livre iniciativa das instituições de ensino privado⁷. Todavia, conforme observa Cássio Casagrande, não foi posta em julgamento a compulsoriedade da matrícula no ensino primário, uma vez que a lei do Oregon previa expressamente o *homeschooling*, tanto o ministrado diretamente pelos pais como por tutores⁸.

Sem dúvida o caso mais emblemático julgado pela Suprema Corte americana na matéria foi *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), através do qual três famílias da comunidade Amish brigaram pelo direito de não matricular os filhos no ensino secundário (*high school*) em razão das crenças religiosas da comunidade. A Suprema Corte concluiu que o ensino secundário obrigatório estaria em conflito com o modo de vida simples que é parte integrante daquela específica comunidade. No voto, formulado pelo *justice* Warren Burger, a Corte consignou que não seria qualquer crença religiosa que está albergada pela cláusula de liberdade da 1ª Emenda, mas tão somente aquela que se evidencia em práticas objetivas, sem incluir a mera elaboração de padrões individuais⁹.

5 De acordo com Cássio Casagrande, “A primeira vez que os juízes constitucionais americanos se pronunciaram sobre a matéria foi no julgamento *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923)”. No referido julgado, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Nebraska, que proibiu que o ensino em escolas privadas fosse ministrado em outra língua que não o inglês, por violar o devido processo legal substantivo sob o viés da proteção do direito individual de contratar, de criar os filhos e de adquirir conhecimento. (CASAGRANDE, Cássio. “Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA - O caso *Wisconsin v. Yoder* e a controvérsia sobre liberdade de educação”, *Jota Info*, 2017, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/homeschooling-no-stf-e-a-jurisprudencia-dos-eua-28112017>, acesso em 30/01/2019).

6 Segundo consta no parecer do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, nos autos do Recurso Extraordinário nº 888.815, julgado pelo STF em 12/09/2018, essa lei objetivava “(...) obrigar a assimilação dos migrantes na sociedade norte-americana.” Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoindice=4774632> (acesso em 25/01/2019), pp. 27-28.

7 Resumo da decisão disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/#534> (acesso em 30/01/2019).

8 CASAGRANDE, Cássio. “Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA ...”, *cit.*

9 Confira-se: “A way of life, however virtuous and admirable, may not be interposed as a barrier to reasonable state regulation of education if it is based on purely secular considerations. (...) Beliefs which are

Sobre a referida decisão, faz-se mister observar os seguintes pontos: (i) a decisão não adentrou na questão da compulsoriedade do ensino primário ou fundamental¹⁰; (ii) o julgamento aparentemente nega a possibilidade de os pais recusarem o ensino formal regulado pelo Estado por motivos outros que não religiosos; (iii) considerou a Suprema Corte que mesmo alegações de objeção religiosa devem ser examinadas caso a caso.

2.2. Tribunais Europeus

Em 2003, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha realizou a ponderação entre os direitos de liberdade dos pais e a obrigação do Estado na prestação do ensino e, como resultado, não autorizou a isenção da frequência escolar obrigatória¹¹. A ação fora ajuizada pela família Konrad, pertencente a uma comunidade cristã e que pretendia educar os filhos em casa por entender que o ensino escolar não estava de acordo com suas crenças religiosas. A Corte alemã ressaltou que a prestação da educação não se limita à aquisição do conhecimento, mas também e sobretudo se destina a educar cidadãos responsáveis para participação de uma sociedade democrática e plural. Objetivos estes que, conforme a decisão, não seriam eficazmente atingidos através da educação domiciliar, ainda que sob a supervisão do Estado.

No julgamento, foi consignado, ademais, que as intervenções nos direitos fundamentais dos pais são também proporcionais, uma vez que vão ao encontro do interesse geral da sociedade em evitar o surgimento de sociedades paralelas, separadas por convicções religiosas ou filosóficas. Finalmente, considerou o Tribunal Constitucional que a interferência na liberdade religiosa é razoável, porquanto os pais mantêm a possibilidade de educar os filhos fora do horário escolar e o sistema de ensino é obrigado a respeitar as suas crenças e dissensões religiosas¹².

Dessa decisão, os Konrad recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH), que declarou inadmissível a ação¹³ e concluiu que o estabelecimento do ensino primário obrigatório não viola o artigo 2 do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual à ninguém deve ser negado o direito à educação, enquanto o Estado, ao assumir o exercício de qualquer dessas funções, deve assegurar que a prestação do ensino respeite as

philosophical and personal, rather than religious, do not rise to the demands of the religion clause. U.S.C.A.Const. Amends. 1, 14.” (*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, de 15/05/1972, disponível em <https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/yoder.pdf>, acesso em 31/01/2019, p. 1526).

10 O ensino fundamental no Brasil tem duração de 9 (nove) anos e inicia-se aos 6 (seis) anos de idade (art. 32 da Lei nº 9.394/96). Em Portugal, corresponde ao ensino básico (1º ao 9º ano).

11 *Decisão 1 BvR 436* (2003) de 29/04/2003, disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20030429_1bvr043603.html (acesso em 29/01/2019).

12 Resumo do caso pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento da *Application no. 35504/03 by Fritz KONRAD and Others against Germany*, de 11/09/2006, disponível em https://hsllda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf (acesso em 30/01/2019), pp. 3-4.

13 *Idem*, pp. 6 e ss.

convicções religiosas e filosóficas dos pais¹⁴.

De acordo com a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, a segunda parte desse artigo deve ser lida em conformidade com a primeira, de modo que o direito dos pais de terem respeitadas suas convicções religiosas e filosóficas encontra limite justamente naquilo que não conflitar com o direito fundamental à educação dos filhos¹⁵. No caso específico, entendeu a Corte que a frequência escolar compulsória não viola a liberdade religiosa, tampouco o direito de educar os filhos, uma vez que tais liberdades restam asseguradas através do direito de escolher a instituição de ensino na qual essas crianças vão estudar e no direito de recusa a frequentar as aulas de religião, que não podem ser obrigatórias.

Por outro lado, registrou que os Estados membros da comunidade europeia possuem margem de discricionariedade para organizar seus respectivos sistemas educacionais, tratando-se, destarte, de matéria afeta ao direito interno de cada país¹⁶.

Por fim, o TEDH também afastou a alegação de discriminação formulada pela família em razão da autorização, na Alemanha, para o *homeschooling* em hipóteses específicas, tais como: impossibilidade física da criança frequentar a escola e pais que não possuem morada fixa por motivos profissionais. De acordo com a decisão, trata-se de situações distintas que justificam o tratamento diferenciado, às quais não se equipara a situação dos requerentes, que pleitearam o direito ao ensino domiciliar por questões religiosas¹⁷.

Outro Tribunal Constitucional europeu que apreciou a matéria foi o espanhol. De acordo

14 Tradução livre. Confira-se o original em inglês: “No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions”. O TEDH possui um guia sobre a aplicação desse artigo, no qual consta um capítulo específico sobre o respeito aos direitos dos pais. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf (acesso em 30/01/2019).

15 Nos termos da referida decisão: “It is on to this fundamental right that is grafted the right of parents to respect for their religious and philosophical convictions (see *B.N. and S.N. v. Sweden*, cited above). Therefore, respect is only due to convictions on the part of the parents which do not conflict with the child’s right to education, the whole of Article 2 of Protocol N^o. 1 being dominated by its first sentence (see *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 36, Series A n^o. 48). This means that parents may not refuse a child’s right to education on the basis of their convictions”. (*Application no. 35504/03 by Fritz KONRAD and Others against Germany*, cit., p. 6).

16 Na comunidade europeia, não há consenso acerca do tratamento conferido à matéria pelos países membros. Em resumo, por María José Valero Estarella: “No les descubro nada nuevo si les digo que en Europa, como cabe esperar en un continente en el que conviven muy diversas sensibilidades en materia de educación, el panorama legislativo en materia de *homeschooling* es muy variado. Mientras que en Irlanda, Finlandia o Dinamarca la educación en casa está prevista de un modo u otro en sus respectivas constituciones, en Alemania no sólo no está permitida sino que se persigue activamente a los padres que optan por ella. En otros países como Bélgica, Portugal, Francia, Italia, Austria y Reino Unido, se admite legalmente la educación en casa sometida a ciertos controles, al contrario de lo que ocurre en Grecia, dos de los Cantones Suizos, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía o Croacia, en los que la ley no reconoce la educación al margen del sistema escolar (ESTARELLA, María José Valero. “*Homeschooling en Europa*”, in MARTÍNEZ, Irene (org.), *Educación en familia: ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid: Safekat, S.L., 2014, disponível em <https://app.vlex.com/#WW/vid/528111682>, acesso em 02/02/2019, pp. 279-280).

17 Confira-se: “Such exemptions were granted by the school supervisory authorities because the limited feasibility of school attendance would have caused undue hardship for those children. Those exemptions were hence granted for merely practical reasons, whereas the applicants sought to obtain an exemption for religious purposes. Therefore, the Court finds that the above distinction justifies a difference of treatment.” (*Application no. 35504/03 by Fritz KONRAD and Others against Germany*, cit., p. 9).

com a *Sentencia 113 (2010)*, o *homeschooling* é incompatível com a Constituição espanhola, uma vez que a liberdade de ensino consagrada constitucionalmente permite que os pais ensinem os filhos fora do ambiente escolar, porém, em hipótese alguma, autoriza a escolarização à margem de instituições oficiais públicas ou privadas¹⁸. O tribunal também analisou o caso à luz do princípio da proporcionalidade e chegou à conclusão de que a afetação à liberdade de ensino e de formação religiosa/moral dos pais é proporcional, porquanto encontra justificativa na satisfação de outros princípios e direitos constitucionais, quais sejam, “pleno desenvolvimento da pessoa humana, respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdade fundamentais”¹⁹.

2.3. Recurso Extraordinário nº 888.815 do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal brasileiro (doravante STF), em 12 de setembro de 2018, por maioria, ao apreciar o tema 822 da repercussão geral²⁰, negou provimento ao recurso extraordinário nº 888.815 (doravante RE), vencido o ministro Luís Roberto Barroso (relator) e, em parte, o ministro Edson Fachin²¹.

Através do RE, uma família do estado brasileiro de Porto de Alegre requereu ao STF o reconhecimento do direito ao ensino domiciliar, que fora negado nas instâncias inferiores. O ministro relator entendeu que o *homeschooling* é constitucional, razão pela qual, consoante os fundamentos adotados em seu voto, seria permitido aos pais ou responsáveis escolherem o método pelo qual os filhos receberão a educação formal, o que não impede a legislação infraconstitucional de regular o seu funcionamento. Na sequência do voto, registrou que é a regulamentação legal que vai conciliar o direito dos pais de dirigir a educação dos filhos e o dever do Estado de contribuir para o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente. Enquanto não sobrevém legislação para regulamentar a matéria, o ministro Roberto Barroso deu provimento ao RE e fixou as condições pelas quais o ensino domiciliar poderia ser prestado, que seriam, basicamente, vinculação a uma instituição de ensino oficial, submissão das crianças a avaliações periódicas e

18 *SENTENCIA 133/2010*, de 2 de dezembro, Recurso de amparo 7509-2005, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6772> (acesso em 30/01/2019).

19 Tradução livre. Confira-se a norma na língua original: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.” (Artigo 27.2 da Constituição espanhola, disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf, acesso em 30/01/2019).

20 Previsto na Constituição Federal brasileira (artigo 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04), o instituto da repercussão geral foi regulamento pelo Código de Processo Civil, que, no § 5º do artigo 1.035, dispõe: “Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

21 RE nº 888.815-RS, relator ministro Roberto Barroso, redator do acórdão ministro Alexandre de Moraes, julgado em 12/09/2018, Tribunal Pleno, publicação no DJ Nr. 55 do dia 21/03/2019 (inteiro teor do acórdão disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340148604&ext=.pdf>, acesso em 24/05/2020).

fiscalização por órgãos públicos como o Ministério Público²².

O ministro Edson Fachin acolheu a tese da constitucionalidade da opção pelo *homeschooling* e somente divergiu do relator em relação à possibilidade de implementar o ensino domiciliar antes de editada lei para disciplinar a matéria. Nesse sentido, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para que o legislador fosse instado a sanar a mora e editar a lei no prazo máximo de um ano.

Contrariamente, a maioria do colegiado entendeu que a legislação infraconstitucional, que obriga a matrícula na rede regular de ensino²³, está condizente com os mandamentos constitucionais que preveem o direito fundamental à educação. Dois ministros - Luiz Fux e Ricardo Lewandowski – foram mais além e reconheceram a inconstitucionalidade do *homeschooling*, uma vez que, dentre outros fundamentos, não cumpriria eficazmente os objetivos de socialização do indivíduo e preparação para o exercício da cidadania. Os demais, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes (redator do acórdão), julgaram que o ensino domiciliar é uma possibilidade e que somente através de lei poderá ser autorizado, caso assim venha a entender o Parlamento, fórum adequado e exclusivo para debater e decidir sobre a questão²⁴.

3. *Homeschooling*: um direito dos pais? (entendimento doutrinário)

A doutrina contrária ao *homeschooling* confere prevalência ao direito à educação, enquanto direito subjetivo dos menores, em relação a eventual direito ou liberdade de escolha dos pais e entende não caber a estes últimos a decisão de afastar os filhos do ensino regulado pelo Estado. Primeiro porque, via de regra, como não se trata de especialistas no assunto, tão somente o fato de quererem o melhor para suas crianças não confere aos pais necessariamente aptidão para decidirem sobre o método de educação mais adequado a ser oferecido a elas.

Nesse sentido, aduz Virgílio Afonso da Silva, em artigo no qual comenta o voto vencido do

22 Confira-se o trecho extraído do resumo do voto do ministro constante da página eletrônica do tribunal: “(...) os pais devem notificar as Secretarias Municipais de Educação sobre a opção pelo ensino domiciliar; as crianças devem ser submetidas a avaliações periódicas; os dados podem ser compartilhados com outras autoridades, como Ministério Público; e se for comprovada a deficiência na formação acadêmica, os pais serão notificados e, caso não haja melhoria no rendimento da criança ou do adolescente, os órgãos públicos competentes determinarem (sic) a matrícula nos estabelecimentos regulares.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389073> (acesso em 30/01/2019).

23 Os dispositivos são os seguintes: artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação-LDB (Lei nº 9.394, de 20/12/1996): “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013); e artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069, de 13/07/1990): “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.”

24 Resumo do julgamento disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496> (acesso em 30/01/2019).

ministro do STF Luís Roberto Barroso, relator do RE nº 888.815, supramencionado²⁵: “Permitir educação doméstica segue essa mesma lógica: dar poder total de decisão a quem não tem nenhuma formação para saber o que, em termos educacionais e pedagógicos, é de fato melhor para crianças.”²⁶

Esse mesmo autor rechaça de forma veemente o argumento adotado no voto do ministro Roberto Barroso de que regulamentar o controle por parte do Estado seria suficiente para garantir a qualidade da prestação desse método de ensino. Isso porque, assevera, se até mesmo os pais sem formação específica alguma podem ser os educadores, nenhum tipo de fiscalização funcionaria. Acrescenta, ademais, que autorizar o ensino domiciliar significa conferir aos pais autonomia educacional para decidirem quais os métodos de ensino e visões de mundo serão transmitidas para essas crianças, sem que seja possível avaliar tais escolhas simplesmente por meio de provas, enquanto uma das funções da escola é oferecer aos alunos uma educação com visões alternativas e de bases científicas²⁷.

Em reforço a essa perspectiva, autores contrários ao ensino domiciliar enfatizam, na linha do preconizado pelos tribunais, que a questão do convívio da criança com a diversidade e contato com o pluralismo de ideias não é algo com que os pais possam transigir. De acordo com Eliana Pires Rocha, não obstante detenham primazia em relação a intervenções de terceiros na criação e educação dos filhos, enquanto por eles responsáveis e seus representantes legais, isso não autoriza os pais a se isentarem do cumprimento de obrigações e deveres sociais e legais, em razão do mero fato de não quererem que seus filhos tenham contato com concepções e ideologias outras que não aquelas que considerem corretas e sigam²⁸.

Finalmente, defendem que a responsabilidade continue a ser compartilhada pelas famílias e

25 Inteiro teor do acórdão disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340148604&ext=.pdf> (acesso em 24/05/2020). Para um maior aprofundamento sobre a jurisprudência, remete-se ao ponto 2.

26 SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e a educação: a Terra é plana”, *Jota Info*, 2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-educacao-a-terra-e-plana-12092018> (acesso em 29/01/2019).

27 Nas palavras do autor: “De outro lado, o ministro relator parece não atentar para o fato de que essa proposta de controle é incompatível com seus próprios pontos de partida. Se a educação doméstica tem como suposta finalidade dar autonomia educacional a mães e pais, para decidirem não apenas onde suas crianças vão aprender, mas também por quais métodos e a partir de quais visões de mundo, então não há como avaliar essas escolhas por meio de provas, para então considerar algumas como certas, outras como erradas. A educação doméstica não é apenas uma escolha pelo prédio no qual as aulas ocorrerão (casa em vez de escola), ela é uma escolha por conteúdos, por ideias, por visões de mundo. Assim, quem acredita que a Terra é plana e está no centro do universo teria que ter a liberdade de ensinar suas crianças dessa forma. Não há outra saída. Que a Terra não é plana, sabe-se há alguns milênios. Que ela não está no centro do universo, sabe-se há alguns séculos. Ainda assim, pais e mães sempre poderão defender o terraplanismo ou o geocentrismo em casa.” (SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e a educação: a Terra é plana”, *cit.*).

28 Ao analisar o tema na perspectiva democrática da educação, acentuou a Procuradora da República no Brasil em artigo de sua lavra: “Sem dúvida, as figuras materna e paterna contam com uma forte discricionariedade para educar seus descendentes. Existe uma obrigação parental que lhe dá essa primazia, inclusive para que terceiros não interfiram no seu poder familiar. Mas tal preferência não dispensa o cumprimento de deveres e obrigações sociais e legais, tampouco dá o direito de isolar as crianças do contato com outras formas de vida ainda que contrárias ao modelo familiar.” (ROCHA, Eliana Pires. “A educação ‘das famílias’ versus a educação ‘democrática’”, *Revista Consultor Jurídico*, 30 de agosto de 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/eliana-rocha-educacao-familias-versus-educacao-democratica>, acesso em 29/01/2019).

pelo Estado²⁹, sem que haja alternatividade ou exclusividade na condução da educação dos filhos, na medida em que ambas as instâncias possuem interesse no pleno desenvolvimento e integração social das crianças³⁰.

Do outro lado do conflito, os defensores do ensino domiciliar advogam a autonomia dos pais na escolha da forma de instrução dos filhos com supedâneo, basicamente, no poder familiar³¹, na liberdade de ensino (artigo 206 II da Constituição Federal brasileira-CF; artigo 43.º da Constituição da República Portuguesa-CRP); no direito ao livre planejamento familiar (artigo 226, §7º da CF) e no dever que têm os pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” (artigo 229 da CF; artigo 36.º, n.º 5 da CRP). Para além disso, apoiam-se em diplomas internacionais que dão prioridade aos pais na condução da educação dos filhos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica³².

Nos Estados Unidos, há ainda quem tenha defendido o *homeschooling* com base num suposto “direito de saída” (*right to exit*) dos pais que não concordem com os paradigmas do ensino escolar e não desejem submeter suas crianças ao projeto público educacional³³.

29 Nas Constituições brasileira e portuguesa existem previsões expressas nesse sentido:

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

“Art. 227. 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.”

Constituição portuguesa, alínea c) do n.º 2 do artigo 67.º: “Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: Cooperar com os pais na educação dos filhos; (...)”.

30 Nesse sentido, os comentários da professora brasileira da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) Maria Celina Bodin de Moraes: “(...) mais do que instrução, a escola proporciona à criança e ao adolescente habilidades fundamentais decorrentes do convívio com os coetâneos, bem como o conhecimento das regras sociais, a formação da cidadania e a imersão em ambientes ventilados, com problemas e soluções individuais e sociais diferenciados, ao mesmo tempo em que, confia-se, a educação permanece sendo o objetivo primordial da família. As duas instâncias atuam, portanto, em conjunto, e não alternativamente.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. “A liberdade segundo o STF e a liberdade constitucional: o exemplo do ensino domiciliar”, *civilistica.com*, a. 6. n. 2. 2017, disponível em <http://civilistica.com/a-liberdade-segundo-o-stf/>, acesso em 29/01/2019, p. 2).

31 A expressão “pátrio poder”, que remetia exclusivamente à figura paterna, foi substituída no Código Civil brasileiro (CCB) de 2002 por “poder familiar”, a fim de deixar claro que a condução da criação e manutenção dos filhos compete indistintamente ao pai e a mãe (artigo 1.634 do CCB). Em Portugal, a legislação civil foi alterada (artigo 1878.º do Código Civil português) para incorporar a expressão “responsabilidades parentais”, utilizada pela Convenção sobre os Direitos das Crianças (Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 99.710, de 21/09/1990, também ratificada por Portugal em 21/09/1990, disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf, acesso em 31/01/2019) e pela Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014).

32 A saber, artigo 26.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”; e artigo 12.4 do Pacto de São José da Costa Rica: “Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

33 “The homeschooling community, or at least the best organized part of it, seeks quite explicitly to exit this intergenerational social compact, by which one generation funds the education of the next in the interest of building a strong civil society. Their legal advocates and the occasional lower court have articulated the contours of a constitutional right to home schooling, under the First Amendment’s free exercise clause, , or both. Whatever the textual backing, the logic and rhetoric is that of exit: Parents should have the right to exit this core feature of the social contract and core function of the state in civil society.” (WEST, Robin. “A Tale of Two Rights”. *Boston University Law Review*, vol. 94, 2014, disponível em

Pode-se constatar, destarte, que os autores contrários ao *homeschooling* priorizam o direito fundamental à educação em suas dimensões subjetiva e objetiva. Em relação ao primeiro aspecto, esclareça-se que se trata de um direito de titularidade dos menores e, portanto, sujeitos ativos da relação jurídico-subjetiva estabelecida; na dimensão objetiva, para além de deveres de proteção por parte do Estado³⁴, traz à lume a íntima ligação entre os direitos fundamentais e os fins e valores preconizados pela Constituição, que devem ser observados e cumpridos por todos os seus cidadãos³⁵.

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina favorável ao ensino domiciliar desloca o foco do debate do direito fundamental das crianças para a liberdade de opção dos pais e se fundamenta em normas referentes aos direitos e deveres parentais, a fim de respaldar o direito dos pais de promover diretamente a educação dos filhos, para além do direito de escolher a instituição de ensino na qual vão estudar³⁶.

4. Titularidade de direitos fundamentais em caso de menoridade e autonomia do menor

Inicialmente, deve-se pontuar que, em matéria de direitos fundamentais, não é possível transpor pura e simplesmente a distinção do direito civil entre capacidade de gozo e capacidade de

<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2378&context=facpub>, acesso em 1º/02/2019, p. 901).

34 Em razão da limitação temática, o presente relatório não se deterá acerca das implicações decorrentes da distinção entre direitos de liberdade, os quais funcionam classicamente como direitos de defesa, ou seja, direito de não sofrer embaraços do Estado e eventualmente de particulares em seu gozo (ações negativas), e direitos sociais, que conferem direitos a prestações estatais, fáticas e normativas (ações positivas). Adotar-se-á a concepção segundo a qual as normas de direitos fundamentais compreendem um complexo de posições jurídicas, tanto de natureza negativa como positiva. Para um maior desenvolvimento: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015 (reimp.), pp. 193 a 233 e 433 e ss. Em sentido semelhante, José de Melo Alexandrino concorda com a proposição em termos estruturais, porém não para fins de definição do regime jurídico aplicável: “Em termos da respectiva estrutura jurídica (sem prejuízo do caráter complexo de algumas dessas dimensões subjectivas), é possível verificar como é reduzido o número de casos de (posições de) direitos fundamentais de natureza análoga de estrutura meramente defensiva e menos ainda de *liberdades*, ou seja, de pretensões cujo objecto seja a alternativa de acção ou a plena latitude de escolha dos comportamentos (*Belibigkeit des Verhaltenskönnen*): diríamos mesmo que, em termos quantitativos, essa possibilidade constitui excepção e não a regra. Em segundo lugar, confirma-se a existência entre os direitos fundamentais de natureza análoga de todos os tipos estruturais, mesmo de direitos a acções positivas em sentido estrito (ou seja, de direitos a prestações materiais).” (ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, V. II. A construção dogmática*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 274).

35 Nesse sentido: “Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária).” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Dos Direitos Sociais”, in CANOTILHO, J.J. Gomes (et al.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014 (reimp.), p. 541).

36 Nesse sentido, a posição do ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro Franciulli Netto: “Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência?” (FRANCIULLI NETTO, Domingos. “Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família”, *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ*, nº 49, 2007, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627>, acesso em 30/01/2019, p. 236).

exercício. Consoante as lições de Jorge de Miranda e Rui Medeiros, a capacidade de gozo de direitos fundamentais implica capacidade de exercício, uma vez que, nas palavras dos autores, “(...) os direitos fundamentais são estabelecidos em face de certas qualidades prefixadas pelas normas constitucionais e, portanto, atribuídos a todos que as possuem”³⁷. Esse entendimento é corroborado por J.J. Gomes Canotilho ao ressaltar que é bastante problemática a disjunção entre titularidade e capacidade de exercício quando se trata de direitos dessa natureza, porquanto pode ser utilizada sob o pretexto de incidir tão somente sobre a capacidade de exercício, sem supostamente afetar a titularidade do direito, para o fim de respaldar, na verdade, restrições inconstitucionais e indevidas de direitos, liberdades ou garantias fundamentais³⁸.

Desse modo, não há que se falar, no caso de liberdades e direitos fundamentais titularizados por menores, em que qualquer tipo de limite ou restrição em seu exercício por incapacidade de agir, uma vez que a Constituição não estabeleceu e, de acordo com J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “nem poderia estabelecer” limites mínimos de idade para condicionar o seu exercício tal como ocorre no âmbito dos direitos civis³⁹.

Em relação ao reconhecimento da autonomia dos menores para o exercício de direitos fundamentais, registre-se a guinada que sobreveio com a Convenção sobre os Direitos das Crianças, aprovada pela Assembleia Geral da ONU de 20 de novembro de 1989. A partir de então, foram reconhecidos direitos de liberdade à criança⁴⁰, a qual passou a ser tratada como sujeito de direitos com capacidade de exercício, diversamente do que dispunham os diplomas internacionais anteriores⁴¹, os quais tradicionalmente atribuíam aos menores tão somente direitos relacionados

37 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2010, p. 209. Em sentido diverso: “Os titulares dos direitos fundamentais, por seu turno, são os seus sujeitos ativos, ‘os titulares do poder de agir’, os sujeitos das relações jurídicas oriundas das normas dos direitos fundamentais, e, além disso, entendemos principalmente, que os titulares são os detentores da possibilidade de exercício dos direitos fundamentais.” (NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42).

38 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, (reimp.), pp. 424/425.

39 Os autores registram, por outro lado, uma hipótese em que a capacidade de gozo e exercício de direitos fundamentais poderia fazer sentido para chegarem à conclusão exposta no texto acima como regra geral. Confira-se: “Poderia, porventura, pensar-se que a distinção teria interesse nos casos em que certos direitos fundamentais dependem de outros ou nos casos em que exigem uma certa idade para poderem ser exercidos (cfr. Art. 49º). A Constituição não estabelece nem poderia estabelecer, de resto, limites rígidos de idade como acontece no campo do direito civil.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 331).

40 A saber, direito à liberdade de expressão e opinião (art. 13); de pensamento, consciência e religião (art. 14); liberdade de associação e reunião (art. 15) e liberdade de informação (Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21/09/1990, também ratificada por Portugal em 21/09/1990, disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf, acesso em 31/01/2019).

41 A criança é objeto de proteção especial pela comunidade internacional desde longa data. A primeira declaração sobre direitos da criança fora aprovada pelas Nações Unidas em 1924 (Declaração dos Direitos da Criança da Sociedade das Nações Unidas), a qual ficou conhecida posteriormente como Convenção de Genebra; depois foi aprovada a 1ª Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU em 20/11/1959. Embora esses documentos não tenham atribuído o *status* de sujeito de direitos à criança, o que somente viria a ocorrer com a Convenção de 1989, ambos representaram importantes marcos na defesa e proteção de seus direitos.

com a sua proteção, destinados ao Estado e normalmente dependentes de atuação dos pais⁴². Especificamente sobre o direito à educação, a Convenção de 1989, ao prever a responsabilidade primordial dos pais em sua condução, determina que os interesses superiores da criança constituam a preocupação básica⁴³.

Assim, embora não exista uma definição clara sobre como resolver eventuais conflitos de interesses entre pais e filhos no tocante ao exercício de direitos fundamentais, resta evidente que o menor possui autonomia para exercer direitos e liberdades em seu próprio nome e independente da vontade de seus pais, desde que, obviamente, possua capacidade de expressar sua vontade e maturidade para tanto⁴⁴. E, quando isso não for possível, deve-se ter em mente que são os interesses dos menores, e não os dos pais ou responsáveis, que devem guiar a forma e o modo de exercício desses direitos fundamentais⁴⁵.

Nessa perspectiva, os direitos e obrigações relacionados à responsabilidade parental devem ser lidos em consonância com a autonomia reconhecida ao menor, sendo certo que, como a própria expressão indica, trata-se de um instituto que implica muito mais deveres em relação filhos, do que prerrogativas, as quais, ressalte-se, encontram limites naquilo que for definido como o melhor

42 Entendimento compartilhado na tese de Soraia Marlene Leite Gonçalves, segundo a qual: “A Convenção personificou um importante marco a favor do reconhecimento da autonomia da criança, um vez que, (sic) passou a atribuir-lhe a possibilidade de assumir, por si mesma, o exercício dos seus direitos subjetivos, contrariamente ao que sucedia até aí, onde lhe eram reconhecidos apenas direitos de proteção que só ao Estado e aos adultos cabia definir e ativar.” (GONÇALVES, Soraia Marlene Leite. *A autonomia do menor: Direitos e Desafios*, Braga: Universidade do Minho, 2016. Dissertação de Mestrado, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47968/1/Soraia%20Marlene%20Leite%20Gon%C3%A7alves.pdf>, acesso em 04/02/2018, p. 62).

43 Confira-se o artigo 18 da referida Convenção: “1. Os Estados partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica. (Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21/09/1990, também ratificada por Portugal em 21/09/1990).

44 Sobre o assunto, ponderam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Por outro lado, a ponderação a efectuar no caso de conflito de direitos pode merecer respostas diversas consoante as idades (direitos ao exercício de certos direitos como liberdade de aprender e direito de educação dos pais). Mas é duvidoso que nesses casos se trate apenas de incapacidade de exercício.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição ..., op. cit.*, pp. 331-332). Em relação à prática de atos médicos, da legislação portuguesa colhem-se vários exemplos de leis que reconhecem a autonomia do menor, tais como: Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, que dispõe sobre investigação científica, em seu artigo 7.º exige que, no caso de menores de dezesseis anos, o consentimento dos representantes legais para o estudo clínico “reflita a vontade presumível do menor”; o artigo 8.º, n.º 4, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, com as alterações da Lei n.º 22/2007, de 19 de Junho, dispõe que “A dádiva e colheita de órgãos, tecidos e células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes.”

45 Esse é o pensamento dos professores brasileiros da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Maria Celina Bodin de Moraes e Eduardo Nunes de Souza, que trazem à lume o conceito de poder jurídico, em relação ao qual não se pretende adentrar nesse momento: “Dentre o amplo espectro de deveres inseridos no conteúdo do poder familiar está o dever de prover a devida educação aos filhos, conforme preveem o art. 229 da Constituição e o art. 1.634 do Código Civil. Causa estranheza, portanto, que qualquer controvérsia relativa ao tema da educação dos filhos seja abordada prioritariamente pelo prisma de uma suposta liberdade do titular do poder jurídico – ou, ao menos, de uma liberdade funcionalmente voltada ao interesse desse titular, em lógica completamente alheia à configuração da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico.” (MORAES, Maria Celina Bodin de; SOUZA, Eduardo Nunes de. “Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar”. *civilistica.com*, a. 6. n. 2. 2017, disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica-com-a.6.n.2.2017.pdf>, acesso em 14/02/2019, pp. 6-7).

interesse da criança⁴⁶.

5. Identificação do conflito normativo e método de resolução

5.1. Liberdade religiosa x dever de escolarização

Inicialmente, deve-se identificar as normas em eventual colisão, a fim de perquirir se de fato existe um conflito normativo e se esse tipo de conflito enseja resolução mediante ponderação, uma vez tratar-se de método subsidiário⁴⁷. Verifica-se da jurisprudência analisada que a liberdade religiosa (artigo 5º, VI da CF; art. 41.º da CRP) é sempre invocada pelos pais, ademais da liberdade de ensino (artigo 206, II da CF; artigo 43º.1 da CRP)⁴⁸, como justificativas para a pretensão do *homeschooling* e, assim, tentarem se isentar da obrigação de matricular os filhos menores na escola. No caso do Direito brasileiro, as normas que preveem a escolarização obrigatória estão previstas no artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação-LDB (Lei nº 9.394, de 20/12/1996) e no artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069, de 13/07/1990)⁴⁹.

De partida, afasta-se a falsa premissa de que, por se tratar de choque entre princípios e regras⁵⁰, o conflito seria resolvido em favor dos princípios da liberdade de religião e de ensino, uma vez que estes últimos teriam um peso maior. Com efeito, de acordo com Pedro Moniz Lopes, todas as normas são dotadas do atributo da derrotabilidade, que “resulta diretamente da própria estrutura normativa geral (*i.é.* regras e princípios)”, ou seja, são aplicáveis *prima facie*, porquanto, uma vez verificadas determinadas circunstâncias, que podem ser fáticas ou jurídicas, a norma poderá ser

46 Nessa direção: “En el plano jurídico, como consecuencia de la generalización del criterio del favor minoris como el más importante principio inspirador y rector de cualquier normativa que afecte a la juventud y la infancia, el menor ha pasado de ser percibido como un mero sujeto pasivo sometido a padres, tutores o guardadores, a ser considerado primordialmente como protagonista de su propia vida y titular de una pluralidad de derechos fundamentales cuyo adecuado desarrollo integral compete a una pluralidad de sujetos, incluidos los poderes públicos.” (ESTARELLA, María José Valero. “Homeschooling en Europa”, *cit.*, pp. 277-278).

47 Sobre a aplicação da ponderação como método subsidiário e a utilização de outras normas de resolução a depender do tipo de conflito normativo, isto é, *lex superior* e *lex posterior* (conflito do tipo *total-total*); *lex specialis* (conflito *total-parcial*), ponderação (conflito *parcial-parcial*), consulte-se DUARTE, David. “Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances”, in SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.), *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*, 2009, disponível em https://www.researchgate.net/publication/326995493_Drawing_Up_the_Boundaries_of_Normative_Conflicts_that_Lead_to_Balances/download (acesso em 05/02/2019), pp. 51-62.

48 A análise do conflito com a liberdade de ensino será feita no ponto seguinte.

49 Em Portugal, não se encontram dispositivos semelhantes, uma vez que o *homeschooling* é autorizado e regulamentado por uma legislação esparsa (Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro c/c Despacho n.º 19 944/2002, de 10 de Setembro).

50 Sobre a distinção entre regras e princípios, Pedro Moniz Lopes discorda do critério de diferenciação proposto por Alexy, segundo o qual princípios se aplicam por ponderação, enquanto as regras por subsunção (ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, tradução de Carlos Bernal Pulido, in CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponível em <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>, acesso em 19/02/2019, p. 15; e ALEXY, Robert. *Teoria ...*, *op. cit.*, pp. 86 e ss.). Após análise crítica desse e de outros critérios, Pedro Lopes assume que o critério de distinção mais sólido é o da (in)determinabilidade da conduta hipotética, ou seja, se a norma apresentar em sua previsão uma conduta específica, será uma regra, do contrário, tratar-se-á de um princípio. Para um maior desenvolvimento acerca do assunto: LOPES, Pedro Moniz. “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 30, n.º 4, dezembro 2017, pp. 471–490).

afastada. Assim, à luz da derrotabilidade, nenhuma norma atribui uma posição jurídica definitiva⁵¹.

Ademais, no caso de que cuida, as regras que estabelecem a matrícula obrigatória no ensino formal derivam diretamente das normas constitucionais que preveem o direito fundamental à educação e do correlato dever do Estado de prestação do ensino⁵². Assim, não há que se falar em hierarquia entre as normas porque as liberdades religiosa e de ensino estão previstas na Constituição, tampouco em especialidade porque a regra que determina a matrícula obrigatória dos menores na escola regulamenta o dever também constitucional do Estado de prestar a educação. Esse tipo de conflito normativo somente é resolúvel por ponderação, uma vez que não existe para essa hipótese regra de prevalência aplicável (*lex superior*, *lex posterior* ou *lex specialis*), por isso é necessário avaliar concretamente qual a norma mais adequada para regular o caso e que deve prevalecer portanto⁵³.

Por outro lado, faz-se mister esclarecer que não será qualquer tipo de objeção religiosa que terá o condão de respaldar a alegação de ofensa à liberdade de religião, consciência e credo. Constata-se, pois, em muitos casos, que sob a arguição de defesa da liberdade religiosa, esconde-se na verdade a mera discordância dos pais quanto a alguns aspectos da educação prestada - educação sexual ou de gênero por exemplo -, ou de conteúdos ministrados, inclusive de cunho científico, como comumente a teoria da evolução, no caso de pais que são adeptos do criacionismo⁵⁴.

Tal circunstância, por óbvio, somente poderá ser avaliada no caso concreto, por isso é certo que se poderá falar em afetação à liberdade de religião acaso, de fato, seja demonstrada a contrariedade do ensino escolar em relação a valores essenciais comungados por determinada

51 No mesmo raciocínio, o autor continua: “Por outro lado, deve-se entender que as regras gozam de uma determinada resistência à derrota e, inclusivamente, de uma precedência aplicativa *prima facie* em relação a princípios conflitantes, o que significa que não basta afirmar que um princípio, tem, *in casu*, mais peso que uma regra conflitante para que a última seja preterida em função do primeiro.” (LOPES, Pedro Moniz. “Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional”, in LOPES, Pedro Moniz, *Estudos de Teoria do Direito*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 276-277).

52 Como, por exemplo, no caso da Constituição brasileira:
“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 59, de 2009); (...)”
§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.”

53 Nesse sentido, as lições de David Duarte, segundo o qual se trata de um tipo de conflito verificável em concreto: “As the former distinction between abstract and concrete normative conflicts already suggested, normative conflicts that are only solvable by balancing are, in what concerns the legal hypotheses, those coming from a *partial* ↔ *partial* connection. For these conflicts there is no norm of conflicts available (in fact, no norm of that kind is conceivable): it is a concrete conflict and it is not possible to define, abstractly in advance, what would be the chosen norm.” (DUARTE, David. “Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances”, *cit.*, p. 57).

54 Um exemplo pode ser visto em consulta à petição inicial do Recurso Extraordinário n.º 888.815, do STF, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoindice=4774632>, acesso em 24/01/2019, p. 4. Também no relato das circunstâncias do caso alemão submetido ao TEDH fica evidente a discordância dos pais em relação ao tipo de educação e conteúdos ministrados (*Application no. 35504/03 by Fritz KONRAD and Others against Germany*, *cit.*, p.1).

comunidade religiosa e não meramente com padrões individuais ou convicções pessoais, na linha do decidido pela Suprema Corte americana no paradigmático e já citado *Wisconsin v. Yoder*⁵⁵.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de crianças ou adolescentes em idade de escolarização obrigatória, cujos dogmas e valores da comunidade religiosa à qual pertencem estivessem em choque com a educação prestada pelo Estado. Nesse caso, tratar-se-ia de um conflito do tipo *parcial-parcial*, que ocorre quando duas normas, que possuem âmbitos de aplicação distintos e, portanto, não conflitam via de regra, em determinadas condições incidem sobre os mesmos sujeitos em idêntica situação hipotética - são as chamadas interseções - e geram a incompatibilidade normativa⁵⁶.

A incompatibilidade normativa pode ser entre os operadores deônticos (OD), que são os comandos de conduta prescritos nas normas, isto é, “permissão,” “proibição” ou “imposição”, ou entre as estatuições, que são os seus efeitos ou consequências, os quais dependem do preenchimento de todas as condições da previsão normativa para ocorrerem⁵⁷. Na hipótese em foco, os operadores deônticos seriam contraditórios: enquanto a liberdade de religião e crença permitiria às crianças e adolescentes não frequentarem à escola em razão da crença religiosa (OD permissivo), a norma derivada do direito fundamental à educação, que prevê o dever de educação por parte do Estado, proíbe esses mesmos menores em idade escolar de não frequentarem a escola (OD proibitivo)⁵⁸.

Desse modo, atendidos os pressupostos referidos acima, a única possibilidade de o conflito ser resolvido em favor da liberdade religiosa seria acaso restasse comprovado que a frequência escolar atingiria de maneira inconciliável a liberdade religiosa da família, e não meramente dos pais, porém e sobretudo que os interesses de seus filhos seriam diretamente afetados, enquanto integrantes da comunidade religiosa. Estar-se-ia, nesse caso, diante de questões identitárias de cunho mais profundo, em que a ida dos menores à escola entraria em confronto com o meio e estilo de vida adotados por toda a família no seio da comunidade em que vivem e de cujos valores

55 Nesse mesmo sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República no RE nº 888.815, do STF, ao comentar o mencionado julgamento da Suprema Corte: “(...) A decisão unânime foi no sentido de que não é qualquer crença que se favorece da cláusula de liberdade religiosa da Primeira Emenda, mas aquelas que se evidenciam em práticas religiosas objetivas, sem incluir a mera elaboração de padrões individuais.” Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoindice=4774632> (acesso em 25/01/2019), p. 29. Para um maior detalhamento sobre a jurisprudência, remete-se ao ponto 2.

56 Para uma maior desenvolvimento sobre os critérios de identificação e tipos de conflitos normativos: ELHAG, Abdullatif A.O.; BREUKER, Joost A.P.J.; BROUWER, Bob W. “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, in HERIK, H. Jaap van den et al. (eds.), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, Nijmegen: GNI, 1999, pp. 35-46.

57 *Ibidem*, pp. 36 ss.

58 A presença do operador deôntico, inclusive, distingue normas constitutivas, que apenas conferem poderes ou criam competências e não conflitam entre si, das regulativas, aquelas que preveem condutas, como as que definem direitos fundamentais e são suscetíveis ao conflito. Nesse sentido, “Quite differently, exercising competence presupposes NC but also instantiates other norms, those which prescribe if, when, or how a given exercise of competence is permitted, prohibited, or obligatory. (...) NC are structurally deprived of deontic operators (P, Ph, or O), thus rendering them immune to violation.” (LOPES, Pedro Moniz. “The Nature of Competence Norms”, in Sellers, M., Kirste S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2017, disponível em https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_223-1, acesso em 05/02/2019, pp. 2 e 4).

compartilham.

Abstraída essa hipótese de difícil ocorrência na prática⁵⁹, entende-se que a frequência obrigatória à escola de regra não atinge o núcleo essencial do direito à liberdade de religião e crença do menor, titular do direito em causa, a despeito de eventualmente vir a contrariar convicções e opções pessoais de seus pais, ainda que baseadas em questões de índole religiosa⁶⁰.

5.2. Frequência escolar obrigatória e princípio da proporcionalidade

5.2.1. Adequação e necessidade

Na sequência, pende analisar o grau de ofensa à liberdade de ensino dos pais ou responsáveis pelas crianças provocado pelo dever de matricular os filhos na rede regular de ensino. Prevista, em geral, de forma bastante aberta e genérica nas constituições⁶¹, a liberdade de ensino é comumente associada à liberdade de cátedra⁶². Todavia, além da liberdade de ministrar aulas sem submissão a qualquer tipo de ideologia ou orientação de cunho filosófico, político etc., dirigida por óbvio aos docentes, é certo que abrange também a liberdade de escolha dos pais na condução da educação dos filhos⁶³.

Estabelecido, destarte, no plano deontológico o conflito do tipo *parcial-parcial* e sem que haja,

59 Essa excepcionalidade esteve presente no *leading case Wisconsin v. Yoder*, em que a Suprema Corte, para reconhecer a famílias da comunidade Amish o direito de não matricular os filhos no ensino médio ou secundário (*high school*), levou em consideração o fato de se tratar de uma comunidade autossuficiente da sociedade americana, cujas crenças religiosas se inter-relacionam com o seu próprio modo de vida. (*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, *cit.*, p. 1528).

60 Ao encontro desse entendimento: “Nessa direção, percebe-se que o reconhecimento é, sim, essencial à construção da identidade humana, mas que as balizas de tal reconhecimento não podem ser as do simples convívio familiar. Transposto para a temática do ensino domiciliar, tal raciocínio conduz à conclusão de que o *homeschooling* poderia ter como fundamento a pretensão da preservação de uma identidade comunitária, mas que dificilmente os parâmetros ético-culturais da família do educando, isoladamente considerados, serviriam a fundamentar essa prática se a educação formal oferecida pelo Estado não contrarie a identidade da comunidade de valores na qual determinada família esteja inserida.” (MORAES, Maria Celina Bodin de; SOUZA, Eduardo NUNES de. “Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar”, *cit.*, p. 25).

61 Por exemplo: CF, “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
omissis
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (...)”
CRP, artigo 43.º, n.º 1: “É garantida a liberdade de aprender e ensinar.”
Constituição espanhola, artigo 27.1: “Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.” Disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf (acesso em 30/01/2019).

62 Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos, ao comentar o artigo 206 da CF, discorre: “(...) aqui está a liberdade de cátedra, direito subjetivo do professor ensinar aos seus alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, contudo, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1583)

63 Confira-se: “A liberdade de aprender e de ensinar (nº 1) em conexão com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (nº 4) aponta para um **direito à liberdade de ensino**, o qual, por sua vez, é densificado por uma série de direitos: (1) *liberdade dos pais* na escolha de educação dos filhos; (...)”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição ...*, *op. cit.*, p. 628).

via de consequência, norma de prevalência aplicável, recorre-se ao método da ponderação de direitos para resolver o conflito normativo. Inicialmente, há de ser verificado se a medida que estabelece a frequência obrigatória à escola é adequada, necessária e, finalmente, proporcional em sentido estrito.

De acordo com Alexy, os princípios constituem mandamentos de otimização e que, portanto, exigem realização na maior medida possível. Adequação e necessidade, como subprincípios da proporcionalidade, expressam esse mandamento relativamente às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização das possibilidades jurídicas e exige ponderação. Assim, antes de se partir para esta fase (método da ponderação), a medida deve passar pelos crivos da adequação e da necessidade, a fim de se evitar lesões desnecessárias a direitos fundamentais⁶⁴.

Para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade e em seguida da fórmula do peso, considere-se P₁: liberdade dos pais (de ensino e/ou religiosa) e P₂: direito fundamental à educação. A análise será feita considerando-se que do primeiro lado do conflito está igualmente um único princípio. A uma porque, consoante explicitado no ponto anterior, a violação à liberdade religiosa é bastante rara; a duas porque, principalmente tendo-se em vista as finalidades para as quais são invocados os direitos de liberdade no caso da pretensão do *homeschooling*, não se identifica diferença substancial entre liberdade de religião, consciência e credo e liberdade de ensino, que justifique a acumulação de princípios na fórmula⁶⁵.

Em relação à adequação, entende-se que a medida que obriga a matrícula dos menores na escola é apta para promover P₂, pois assegura tanto o direito individual da criança à prestação do ensino e à aquisição do conhecimento, assim como cumpre os fins de convívio do indivíduo com a diversidade e o pluralismo de ideias e formação para o exercício da cidadania, na exata medida em que previstos constitucionalmente⁶⁶.

64 Acerca do princípio da proporcionalidade em todas as suas acepções, consulte-se: ALEXY, Robert. *Teoria ...*, op. cit., pp. 116-120 e 588 ss.; de forma resumida, porém não menos completa: ALEXY, Robert. “Formal principles: Some replies to critics”, in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 12, nº 3, disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784> (acesso em 07/02/2019).

65 Desse modo, entende-se que não será o caso de se utilizar a fórmula estendida de Alexy, uma vez que, de acordo com o autor alemão, “Los principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes. Sus objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes. También tiene validez la regla según la cual la heteroneidad es una condición de la acumulación aditiva. Esta regla se aplica a veces con facilidad. De este modo, por ejemplo, es posible identificar (sic) fácilmente a la libertad general de acción como un contenido que ya aparece en los derechos fundamentales especiales.” (ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, cit., p. 41).

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

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

omissis

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

CRP, artigo 73.º, n.º 2: “O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades,

A necessidade, por sua vez, implica que, entre dois meios igualmente adequados, a opção seja pelo menos restritivo ou invasivo⁶⁷. No conflito em foco, a medida cuja intervenção seria menos intensa em relação à P₁ é a alternativa da autorização do *homeschooling* sob fiscalização do Estado. Para definir se essa medida seria igualmente adequada para promover P₂, deve-se ter mente, de partida, que a transmissão do conhecimento não é o único objetivo da prestação do ensino, que tem por finalidade também a socialização da criança e o pleno desenvolvimento de sua personalidade para participação de uma sociedade democrática. Nesse sentido, entende-se que o ensino domiciliar, ainda que sob controle estatal e submetido a avaliações periódicas, não é suficiente para alcançar esses últimos objetivos, o que somente se atinge eficazmente com o convívio social e heterogêneo de forma diária e rotineira e não meramente ocasional, como poderia eventualmente vir a ocorrer no caso do ensino domiciliar. Conclui-se, destarte, que a frequência obrigatória à escola é uma medida necessária, consoante entenderam os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol⁶⁸.

a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.”

67 ALEXY, Robert. *Teoria ...*, op. cit., p. 590.

68 O Tribunal Constitucional espanhol foi enfático em relação à necessidade da frequência obrigatória à escola, à luz do princípio da proporcionalidade: “Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.” (*SENTENCIA 133/2010*, cit., p. 122). Para um maior detalhamento sobre a jurisprudência internacional, vide capítulo 2.

5.3. A fórmula do peso de Alexy e a variável da fiabilidade

De acordo com a primeira lei de Alexy (lei da ponderação), “quanto maior o grau de interferência ou não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser o grau de importância do princípio contrário.”⁶⁹ Significa, em resumo, que o último passo da ponderação é definir se a importância do princípio contrário justifica a restrição ou não satisfação do princípio colidente, o que se mede pelos efeitos que a omissão ou não da execução dessa intervenção produziria no primeiro.

Nesses termos, em sua estrutura original, a fórmula proposta pelo autor alemão tem por objetivo medir o peso concreto de um princípio em relação ao outro através de dois elementos, quais sejam, o grau de intensidade da intervenção em cada um dos princípios e os respectivos pesos abstratos. No plano abstrato, os princípios, via de regra, possuem o mesmo peso, salvo algumas exceções, como, por exemplo, o direito à vida, cujo peso é superior aos direitos de liberdade em geral⁷⁰. O que não significa, por outro lado, que seja absoluto, pois qualquer princípio poderá vir a ceder em determinadas circunstâncias⁷¹.

A segunda lei de Alexy foi chamada de epistêmica, porquanto está relacionada ao grau de conhecimento ou convicção acerca da realização ou não satisfação das premissas empíricas dos princípios em colisão. De acordo com a lei epistêmica, “Quanto maior o grau de intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam essa intervenção.”⁷² Em sua versão completa, destarte, a fórmula do peso contém mais um elemento, qual seja, o grau de segurança ou de fiabilidade das premissas empíricas⁷³. Enquanto as intensidades das intervenções (I_1/I_2) e os pesos abstratos (P_1/P_2) são medidos pelas cifras 1 (leve), 2 (médio) e

69 ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, *cit.*, p. 15 (tradução livre).

70 Para fins de estruturação da fórmula, esclarece Alexy: “Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones”. (*Ibidem*, p. 23).

71 . Nesse sentido, as lições de José de Melo Alexandrino ao ser referir à legislação portuguesa que descriminalizou o aborto em condições específicas: “A garantia da vida humana, no artigo 24.º, n.º 1, está enunciada num princípio e, como tal, esse princípio tem de conviver com outros princípios constitucionais (a começar pelo do direito ao desenvolvimento da personalidade e o correspondente princípio da liberdade), razão pela qual, dentro de certos limites, não se pode excluir que o legislador tenha alguma margem de opção sobre as formas de protecção da vida humana e de outros valores constitucionais também em causa. Por outro lado, uma vez que a Constituição não impõe directamente a criminalização de condutas, também a decisão sobre o que é ou não é crime acabou por ser remetida ao legislador ordinário, na condição de este não deixar os bens e interesses constitucionais abaixo de um patamar de protecção, pois nesse caso incorreria em *défice de protecção*.” (ALEXANDRINO, José de Melo. *Lições de Direito Constitucional*, Vol. I, 3ª ed., Lisboa: AAFDL, 2017, p. 272).

72 ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, *cit.*, p. 38 (tradução livre).

73 Numa terceira versão, chamada de fórmula do peso refinada, Alexy incluiu, ao lado das premissas empíricas, as premissas normativas na chamada “equação da fiabilidade”, o que significou a adição de princípios formais em reforço aos princípios substanciais (“the model that simply adds formal principles into the weight formula as reinforcements of substantive principles”). (ALEXY, Robert. “Formal principles: Some replies to critics”, *cit.*). Em resposta às principais críticas à fórmula do peso, Pedro Lopes discorre sobre a importância da integração de princípios formais, “nomeadamente o princípio da democracia”, para fins de balizar a ponderação realizada no âmbito da jurisdição constitucional: LOPES, Pedro Moniz. “Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional”, *cit.*, pp. 280 ss.).

grave (4) (escala triádica); ao grau de segurança ou de fiabilidade das premissas empíricas (F_1/F_2) se aplicam as seguintes variáveis: 1 (certeza), $\frac{1}{2}$ (plausível) e $\frac{1}{4}$ (não evidentemente falso)⁷⁴.

Para fins de resolver o conflito direitos de liberdade dos pais (P_1) x regra da escolarização obrigatória (P_2), tem-se a seguinte equação: $P_1/P_2 = \frac{I_1 \times P_1 \times F_1}{I_2 \times P_2 \times F_2}$

O passo seguinte é atribuir valores a cada uma das variáveis. Quanto aos pesos em abstrato, considere-se que os princípios em colisão possuem pesos equivalentes, entendendo-se que não se trata de hipótese que fuja à regra geral referida linhas acima de que entre direitos fundamentais não há hierarquia.

Em relação ao grau de intensidade da intervenção, não há como se admitir que a intervenção na liberdade de ensino e/ou religiosa seja grave, pois é mitigada, conforme reconhecido pelas Cortes Constitucionais europeias que julgaram a matéria, com o respaldo do TEDH, em razão de três circunstâncias essenciais: (i) possibilidade de escolha da instituição mais adequada às convicções religiosas, pedagógicas e morais etc. dos pais, no caso da rede privada de ensino; (ii) facultatividade de frequência às disciplinas de cunho religioso na rede pública, em face da laicidade do Estado⁷⁵; (iii) possibilidade de transmitir conhecimentos aos filhos fora do horário escolar⁷⁶.

Assim, entende-se que o grau de intervenção em P_1 seja no máximo moderado (2), a depender ainda das circunstâncias do caso concreto; enquanto em P_2 a intensidade da intervenção é grave (4), um vez que, acaso omitida a intervenção no primeiro, a regra da escolarização obrigatória será totalmente desaplicada e o direito fundamental à educação não se realizará em sua plenitude, considerando-se todas as finalidades que visa atingir, em especial, a socialização da criança.

Por último, no tocante ao grau de fiabilidade, o resultado continua a pender desfavoravelmente em relação à P_1 . Com efeito, se o fundamento principal da pretensão do *homeschooling* é o primado do respeito às convicções religiosas, filosóficas, morais etc. dos pais, até que ponto se tem convicção de que atenderá os interesses da criança enquanto titular do direito

74 ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, *cit.*, pp. 30 e ss.

75 A laicidade do Estado brasileiro foi ratificada no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Procuradoria Geral da República no Brasil, que pretendia fosse reconhecida a impossibilidade de se ministrar ensino religioso nas escolas públicas com vinculação a uma religião específica e fosse vedada a contratação pelo Poder Público de professores na condição de representantes de confissões religiosas. O pedido foi julgado improcedente por maioria, porém o STF entendeu, nos termos do voto do redator do acórdão, o ministro Alexandre de Mores, que a oferta de ensino religioso de conteúdo confessional com frequência facultativa, ainda que como disciplina dentro do horário normal das aulas, não viola a laicidade do Estado e, ao mesmo tempo, protege a liberdade de crença. (ADI nº 4.439, de 27/09/2017, processo nº 9932145-90.2010.1.00.0000, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>, acesso em 30/01/2019).

76 Nesse sentido, o entendimento manifestado pelo TEDH ao apreciar *Konrad versus Germany*: “Moreover, the German courts pointed to the fact that the applicant parents were free to educate their children after school and at weekends. Therefore, the parents’ right to education in conformity with their religious convictions is not restricted in a disproportionate manner. Compulsory primary-school attendance does not deprive the applicant parents of their right to ‘exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents’ own religious or philosophical convictions’ (see, *mutatis mutandis*, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 54, and *Efstathiou v. Greece*, 18 December 1996, § 32, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI).” (*Application no. 35504/03 by Fritz KONRAD and Others against Germany*, *cit.*, pp. 7-8). Para um maior detalhamento sobre a jurisprudência internacional, consultar o capítulo 2.

fundamental à educação e com vontade e autonomia próprias? Nesse caso, considerando-se as incertezas do ensino prestado no ambiente domiciliar e a dificuldade de realização de controles externos, ainda que regulamentados pelo Estado, estipula-se um grau de fiabilidade, no melhor dos cenários, igual a 1/2 (plausível) para P₁. Diversamente, P₂ representa o modelo vigente há séculos⁷⁷ e reconhecidamente a medida eficaz para atingir todos os objetivos da prestação do ensino, nomeadamente, desenvolvimento pleno da personalidade da criança, formação para cidadania e contato com o pluralismo de ideias.

E não se diga, por outro lado, que as deficiências do ensino público em países com problemas sociais crônicos como o Brasil seria motivo suficiente para conferir um baixo grau de fiabilidade à regra da escolarização obrigatória. Trata-se, pois, de problemas contingenciais e orçamentários, que não afetam a prestação do ensino escolar em sua essência e, portanto, podem e devem ser remediados com investimentos e maior dotação de recursos. Ademais, tal argumento não se aplica à rede privada de ensino, onde normalmente estudam os filhos dos pretendentes ao *homeschooling*, uma vez que se caracteriza como uma pretensão praticamente exclusiva de famílias abastadas, pois demanda disponibilidade de tempo e/ou financeira, seja para ensinar as crianças diretamente, seja para contratar profissionais especializados para desempenharem essa função. Desse modo, considera-se que o grau de fiabilidade de P₂ equivale a 1 (certeza).

Colocando-se as variáveis numéricas na fórmula, à exceção dos pesos em abstrato que se anularam por serem equivalentes e, ainda, considerando-se a hipótese de intervenção moderada em P₁, tem-se: $P_1/P_2 = \frac{2(I_1) \times \frac{1}{2}(F_1)}{4(I_2) \times 1(F_2)} = 0,25$.

$$4(I_2) \times 1(F_2)$$

Como o resultado foi inferior a 1, prevalece P₂, fosse superior a 1 o conflito seria resolvido em favor de P₁. Quando é igual a 1, segundo Alexy há empate e nesse caso deve prevalecer a norma estabelecida pelo legislador,⁷⁸ critério este que ainda assim favoreceria P₂.

Observe-se, destarte, o papel determinante dos interesses dos menores para a resolução do conflito normativo, seja para fins de medir a importância de P₂, uma vez que omitida a intervenção em P₁ serão os direitos das crianças diretamente atingidos, enquanto titulares do direito fundamental à educação, seja em relação ao grau de segurança das premissas empíricas, porquanto a fiabilidade de P₁ resta em grande parte comprometida ao ter como pressuposto a defesa de crenças e

77 Sobre a história do ensino obrigatório, refere-se Cássio Casagrande: “Embora a educação compulsória tenha sido filosoficamente defendida por Platão em ‘A República’ – como necessária ao exercício da virtude cívica – ela somente foi implementada de fato como política pública com a ascensão do protestantismo, pois para Martinho Lutero a alfabetização era indispensável para que cada um pudesse ler a Bíblia por conta própria. Por esta razão, a Prússia foi o primeiro estado europeu moderno a adotar leis neste sentido, durante o Reinado de Frederico o Grande, em 1765. Foi exatamente esta mesma dimensão curial que os puritanos atribuíam à leitura e à capacidade de interpretação dos textos que levou às primeiras leis sobre educação compulsória nos EUA, que as adotaram muito antes de vários estados europeus (inclusive a Inglaterra). Ainda no tempo da colônia, em meados do século XVII, os colonos de Plymouth, Massachusetts, foram os primeiros a exigir a instituição de escolas elementares e a frequência escolar obrigatória.” (CASAGRANDE, Cássio. “Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA ...”, *cit.*).

78 ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”, *cit.*, pp. 38-40.

convicções que são próprias dos pais e não necessariamente dos filhos.

6. Conclusão

O principal argumento dos pretendentes ao *homeschooling* é o direito de oferecer aos filhos uma educação de acordo com suas próprias convicções e visões do mundo. Neste sentido, de qual maneira restará observado o objetivo de convívio da criança e do adolescente com a diversidade e pluralismo de ideias, previsto, via de regra, nas Constituições democráticas no capítulo dedicado ao direito fundamental à educação?

Dessa forma, entende-se que o cerne do conflito é a busca do melhor interesse dos menores, enquanto titulares do direito fundamental à educação e, também, da liberdade de aprender. Com efeito, é em nome e no interesse deles que são estruturados todos os direitos e obrigações dos genitores na criação e assistência aos filhos, seja pela legislação doméstica, seja pela internacional, razão pela qual o regime jurídico parental não pode respaldar uma pretensão que atende aos interesses dos pais, porém sem que se saiba até que ponto contempla os interesses das crianças.

Não obstante detenham prioridade em relação a intervenções de terceiros no tocante à criação e educação de seus filhos, tal prerrogativa não confere aos pais legitimidade para decidir sobre o ensino a ser prestado a essas crianças à margem daquele preconizado pelo Estado. A uma porque não são os titulares do direito fundamental à educação; a duas porque não há um grau plausível de segurança para asseverar que os interesses dos menores restarão suficientemente atendidos através de um método de ensino escolhido com base única e exclusivamente na perspectiva, crenças e convicções que são próprias dos pais e não dos verdadeiros titulares do direito fundamental em causa.

Por outro lado, não se está a afirmar que os pais devam ficar alijados a um plano inferior no tocante à condução da educação de seus filhos, muito pelo contrário! O que se defende é que essa responsabilidade seja compartilhada pelas famílias em conjunto com o Estado, tal como previsto de forma tão enfática nas Constituições. Isso porque permanecem os pais com a liberdade de transmitir conhecimentos aos filhos fora do ambiente e horário escolar, para além da possibilidade de escolher uma instituição que mais se adegue ou atenda às suas convicções religiosas, pedagógicas, morais etc.

Nesse sentido, foi demonstrada a excepcionalidade da violação à liberdade religiosa, a qual não pode ter como parâmetro exclusivamente os pais, mas a família e principalmente os filhos, tampouco se basear em meras discordâncias em relação a conteúdos ministrados e métodos de ensino utilizados. Somente quando estiver em jogo questões identitárias de maior profundidade é que a objeção religiosa poderá ser aceita para o fim de escusar a frequência à escola, desde que seja comprovado, no caso concreto, que os menores terão acesso à prestação do ensino, de preferência

no ambiente comunitário, e assim serão resguardados os seus interesses.

Excluída essa hipótese de difícil verificação na prática, consoante demonstrado, o conflito normativo entre os direitos de liberdade dos pais – liberdade religiosa e de ensino – e a regra da escolarização obrigatória, enquanto dever decorrente do direito fundamental à educação, é resolvido favoravelmente a esta última com margem de folga, através da aplicação da fórmula do peso de Alexy. Isso porque os interesses dos menores têm implicação tanto na gravidade da intervenção no direito à educação, como comprometem a segurança das premissas fáticas em que se baseiam o *homeschooling*, focadas primordialmente nos interesses dos pais.

Os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol, mesmo sem utilizar expressamente a fórmula matemática de Alexy, chegaram a resultado semelhante ao ponderarem em favor do direito fundamental à educação e entenderem que o modelo de educação conduzido pela família em casa não cumpre eficazmente os objetivos de socialização do indivíduo e formação do cidadão para participação de uma sociedade democrática e plural.

Por outro lado, a decisão tomada pela Corte Constitucional brasileira, apesar de partir de premissas semelhantes para reconhecer a constitucionalidade do modelo escolar de frequência obrigatória, deixou aberto o caminho para a legislação infraconstitucional vir a autorizar o *homeschooling*⁷⁹. Essa decisão é bastante preocupante, porquanto trata-se de um país de bases sociais e econômicas extremamente desiguais, em que a adoção de um modelo de ensino exclusivista e com as deficiências apontadas, especialmente em relação à socialização dos menores e ao contato com a diversidade e o pluralismo de ideias, pode representar mais um fator de exclusão e alijamento social. Inquietações dessa natureza, ressalte-se, constituíram um dos fundamentos adotados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão para manter a proibição do *homeschooling* no país, consoante visto no desenvolvimento deste trabalho.

79 . Antes mesmo da decisão do STF já tramitavam projetos de lei no Congresso Nacional para regulamentar o ensino domiciliar no Brasil, a exemplo do Projeto de Lei do Senado nº 490/2017, dentre outros apresentados na Câmara dos Deputados desde o ano de 2012: “Altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente para facultar aos pais ou aos responsáveis a oferta de educação domiciliar (“homeschooling”) a seus filhos ou tutelados.” Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131857> (acesso em 25/02/2019).

7. Referências Bibliográficas

- ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, V. II. A construção dogmática*, Coimbra: Almedina, 2006.
- *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018.
- ALEXY, Robert. “Formal principles: Some replies to critics”, in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 12, nº 3, disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784> (acesso em 07/02/2019).
- “La Formula del Peso”, tradução de Carlos Bernal Pulido, in CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponível em <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf> (acesso em 19/02/2109), pp. 13-42.
- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015 (reimp.).
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, (reimp.).
- CASAGRANDE, Cássio. “Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA - O caso Wisconsin v. Yoder e a controvérsia sobre liberdade de educação”, *Jota Info*, 2017, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/homeschooling-no-stf-e-a-jurisprudencia-dos-eua-28112017> (acesso em 30/01/2019).
- DUARTE, David. “Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances”, in SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.), *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*, 2009, disponível em https://www.researchgate.net/publication/326995493_Drawing_Up_the_Boundaries_of_Normative_Conflicts_that_Lead_to_Balances/download (acesso em 05/02/2019), pp. 51-62.
- ELHAG, Abdullatif A.O.; BREUKER, Joost A.P.J.; BROUWER, Bob W. “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, in HERIK, H. Jaap van den et al. (eds.), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, Nijmegen: GNI, 1999, p. 35-46.
- ESTARELLA, María José Valero. “Homeschooling en Europa”, in MARTÍNEZ, Irene (org.), *Educación en familia: ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid: Safekat, S.L., 2014, disponível em <https://app.vlex.com/#WW/vid/528111682> (acesso em 02/02/2019), pp. 273-295.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. “Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família”, *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ*, nº 49, 2007, disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627> (acesso em 30/01/2019), pp. 223-237.

GONÇALVES, Soraia Marlene Leite. *A autonomia do menor: Direitos e Desafios*, Braga: Universidade do Minho, 2016. Dissertação de Mestrado, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47968/1/Soraia%20Marlene%20Leite%20Gon%C3%A7alves.pdf> (acesso em 04/02/2018).

LOPES, Pedro Moniz. “Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional”, in LOPES, Pedro Moniz, *Estudos de Teoria do Direito*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 275-286.

- “The Nature of Competence Norms”, in Sellers, M., Kirste S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2017, disponível em https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_223-1 (acesso em 05/02/2019).

- “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 30, n.º 4, dezembro 2017, pp. 471–490.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A liberdade segundo o STF e a liberdade constitucional: o exemplo do ensino domiciliar”, *civilistica.com*, a. 6. n. 2. 2017, disponível em <http://civilistica.com/a-liberdade-segundo-o-stf/> (acesso em 29/01/2019).

MORAES, Maria Celina Bodin de; SOUZA, Eduardo Nunes de. “Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar”. *civilistica.com*, a. 6. n. 2. 2017, disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf> (acesso 14/02/2019).

NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Eliana Pires. “A educação ‘das famílias’ versus a educação ‘democrática’”, *Revista Consultor Jurídico*, 30 de agosto de 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/eliana-rocha-educacao-familias-versus-educacao-democratica> (acesso em 29/01/2019).

SARLET, Ingo Wolfgang. “Dos Direitos Sociais”, in CANOTILHO, J.J. Gomes (et al.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014 (reimp.), pp. 533-548.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e a educação: a Terra é plana”, *Jota Info*, 2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-educacao-a-terra-e-plana-12092018> (acesso em 29/01/2019).

WEST, Robin. “A Tale of Two Rights”. *Boston University Law Review*, vol. 94, 2014, disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2378&context=facpub> (acesso em 1º/02/2019), pp. 893-912.