

HOMESCHOOLING: CONSTITUCIONALIDADE E EFEITOS

HOMESCHOOLING: CONSTITUTIONALITY AND EFFECTS

Rafaella Marineli Lopes¹

Rubens Beçak²

RESUMO

A apreciação da constitucionalidade do *homeschooling* (ensino domiciliar) pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 888.815/RS uniformizou a jurisprudência nacional declarando referido método constitucional. A decisão afastou, contudo, a postura dialógica com o Legislativo para solucionar a omissão normativa no tema que coloca na ilegalidade os adeptos a prática do ensino domiciliar no Brasil. A análise jurisprudencial crítica permitirá apontar alguns impactos da decisão do tribunal que tem repercutido sobre a omissão legislativa no tema. **Palavras-chave:** *Homeschooling*. Jurisprudência. Efeitos.

ABSTRACT

The appreciation of the constitutionality of homeschooling (homeschooling) by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 888.815/RS standardized national jurisprudence by declaring said constitutional method. The decision, however, removed the dialogic stance with the Legislature to resolve the normative omission on the subject that makes the practice of homeschooling in Brazil illegal. The critical jurisprudential analysis will allow to point out some impacts of the court decision that has had repercussions on the legislative omission on the subject.

¹ Mestre em Direito Constitucional no Programa “Acesso à Justiça e Desigualdades” (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP); Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP) e em Processo Civil (bolsista - Universidade Paulista/Unip). Bacharel em Direito (Unip). Ênfase de atuação acadêmica: área das ciências jurídicas e sociais, subárea do direito constitucional e temas de teoria geral do estado; democracia; STF; ciência política. Experiência como Facilitadora de Ensino da Universidade Virtual do Estado de São Paulo (Univesp). Advogada. Email: rafaellamarinelilopes@alumni.usp.br

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado nível III da Universidade de São Paulo - USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - FDRP/USP (Graduação e Pós-graduação). É Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - campus de Franca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. É Assessor Técnico de Gabinete na Reitoria da Universidade de São Paulo - USP (desde 2022). Ex-Presidente da Comissão de Pós-graduação da FDRP-USP (2017-19). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Eleitoral da USP (latu sensu). Entre 2010 e 2014, foi Secretário Geral da USP. Entre 2014 e 2017, foi Assistente Técnico de Gabinete da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária - PRCEU da USP. É Professor visitante do Centro de Estudos Brasileños - CEB da Universidad d Salamanca - USAL, no curso Master en Estudios Brasileños. Desenvolve pós-doutorado junto ao Instituto de Iberoamérica da Universidad d Salamanca - USAL. É co-Editor da publicação internacional Revista de Estudios Brasil. Email: prof.becak@usp.br

Keywords: *Homeschooling*.Jurisprudence. Effects.

INTRODUÇÃO

Em 2018, ao analisar em Plenário o Recurso Extraordinário 888.815/RS, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela proibição da prática do ensino domiciliar, denominado pela doutrina estrangeira de *homeschooling*. Embora o tribunal tenha declarado o método constitucional, decidiu pela sua ilegalidade diante da ausência de amparo normativo, ao que os adeptos declaram como uma omissão legislativa persistente do Congresso Nacional. Em 2022, a deferência legislativa começa a dar sinais de derrota quando a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei 1338/2022 para regulamentar o *homeschooling*³.

Entendido como a prática em que os pais se responsabilizam totalmente pela formação acadêmica da criança buscando, de forma livre, a alternativa educacional mais adequada (BARBOSA; EVANGELISTA, 2017, p. 328), a prática do *homeschooling* não pode ser confundida com o *unschooling* (desescolarização) em que a ,institucionalização da educação é tida como prejudicial e deve ser vedada ou evitada, competindo somente aos pais o direito a educar os filhos, vedando-se ao Estado a instituição de escolas e currículos.

Conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, a educação é um direito social⁴, individual e coletivo, cuja efetivação depende da “cooperação solidária”⁵ entre Estado e Família, não sendo constitucionalmente aceita a educação familiar pura e excludente da institucionalização. Sem adentrar ao mérito da prática do *homeschooling* ser ou não adequado, a questão central do artigo é discutir os efeitos da decisão do Supremo que afastou qualquer possibilidade de diálogo com o Congresso Nacional para viabilizar a legalização do tema.

Nesse sentido, o trabalho será desenvolvido em dois capítulos. O primeiro fará a análise jurisprudencial da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalização do

³ O PL 1338/2022 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em maio de 2022 e, atualmente, tramita no na Comissão de Educação do Senado. A Comissão aprovou a realização de oito audiências públicas para a instrução do projeto de lei que tem como objetivo alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente para possibilitar o ensino domiciliar.

⁴ A Constituição Federal de 1988 traz diversos artigos que tratam do direito à educação. São eles: arts. 205, 206 e 208.

⁵ Voto Min Alexandre de Moraes, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE888815mAM.PDF>

homeschooling. O segundo capítulo analisará a postura antidialógica do tribunal com o poder legislativo para legalizar o tema, solução buscada junto ao tribunal pelos adeptos à prática.

A metodologia utilizada num primeiro momento é empírica, a partir da análise da decisão do Supremo no Recurso Extraordinário 888.815/RS amparada pela análise doutrinária nacional e estrangeira, uma vez que o *homeschooling* é um modelo educacional inserido na prática de outros países a exemplo dos Estados Unidos, a maior referência quantitativa em praticantes⁶.

Sem a pretensão de esgotamento da temática ou da imposição de qualquer ideologia pretensamente favorável ou desfavorável ao *homeschooling*, o trabalho abordará os efeitos causados pela decisão do tribunal que, invocado a se posicionar para solucionar a prática da educação domiciliar prejudicada pela omissão normativa recorrente do legislativo, optou pela deferência.

1. HOMESCHOOLING: UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

No ano de 1972 a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou um questionamento controverso sobre a obrigatoriedade em frequência escolar e a liberdade privada dos pais em escolher a melhor educação aos filhos. Foi no caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S.⁷ que o Judiciário se viu num embate entre decidir favoravelmente à lei de frequência escolar obrigatória de Wisconsin ou em optar pela liberdade de decisão dos pais da comunidade *Amish*, que se recusavam a matricular seus filhos no ensino médio (*high school*).

As variáveis preponderantes do caso eram a liberdade religiosa e educacional da comunidade *Amish* em contrapartida à obrigatoriedade educacional imposta pelo Estado, uma vez que para os *Amish*, cristãos tradicionalistas que pregam um modo de vida simples e rejeitam o progresso tecnológico, o ensino fundamental era suficiente inexistindo motivos para a continuidade escolar dos filhos no ensino médio. A Suprema Corte decidiu favoravelmente aos

⁶ Em 2012, O *National Home Education Research Institute*, entidade sem fins lucrativos que provê estatísticas na matéria, acredita que 2.3 milhões de crianças e adolescentes nos Estados Unidos recebem educação domiciliar. Disponível em: <http://www.nheri.org/wpcontent/uploads/2011/01/HomeschoolPopulationReport2010.pdf>

⁷ *Yoder* é considerado um dos casos mais emblemáticos do *homeschooling*, justamente por ter reconhecido que a compulsoriedade escolar não é absoluta.

Amish, por uma maioria de seis a um, firmando o entendimento de que a obrigatoriedade de matrícula no ensino médio violava a liberdade religiosa daquela comunidade⁸.

Sob uma perspectiva adversa, a polícia alemã em 2019, no caso *Wanderlichs v. Alemanha*⁹, retirou do convívio familiar quatro crianças entre sete e quatorze anos após os pais se recusarem a matriculá-los na escola. Segundo o entendimento do Judiciário, as crianças “estavam crescendo num mundo paralelo em que sofreriam para se tornar parte da sociedade e aprender habilidades sociais cruciais como a tolerância”¹⁰. O caso chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos que corroborou a decisão do Estado e a não prioridade dos pais na escolha do gênero da educação ministrada aos filhos, que lhes é de direito, conforme preconizado no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou o direito aos pais de educar sua filha em regime domiciliar chegou à apreciação da Corte, que entendeu pela constitucionalidade da questão, proibindo, contudo, a sua prática.

Em síntese, o Supremo decidiu não ser possível a prática do ensino domiciliar (*homeschooling*) como meio lícito de cumprimento do dever da família de prover a educação. Embora a Constituição Federal de 1988 não vede a prática, ela não prevê em seus dispositivos, inexistindo lei infraconstitucional que o faça.

Diante da omissão normativa existente, a decisão judicial do tribunal proibiu o *homeschooling* fundamentando a ausência da regulamentação legal das regras e dos limites

⁸ Até hoje o caso traz controvérsias. Apesar da maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos ter decidido favoravelmente à comunidade *Amish* e à liberdade religiosa e educacional em detrimento da obrigatoriedade escolar imposta pelo Estado de Wisconsin, questiona-se a necessidade do equilíbrio entre a pretensão do estado na universalização da educação compulsória e a garantia de liberdade religiosa assegurada na Primeira Emenda. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/homeschooling-no-stf-e-a-jurisprudencia-dos-eua-28112017>

⁹ Educação domiciliar é proibida na Alemanha, exceto por casos muito raros como doenças graves ou pais diplomatas, motivo pelo qual a disputa do caso começou em 2005 quando os pais se recusaram a matricular a filha mais velha na escola. O caso chegou até a Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, mas esta não reconheceu o direito aos pais em educar seus filhos pelo *homeschooling*. Atualmente, os pais tentam levar o caso à Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, pois sentem que tiveram seus direitos humanos violados pelas autoridades alemãs. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-188994"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/03/11/a-familia-alema-que-teve-os-4-filhos-tomados-por-autoridades-ao-insistir-em-educa-los-em-casa.ghtml>

¹¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é resolução da ONU que, apesar de não deter efeito vinculante aos países, possui eficácia moral relevante e é vetor interpretativo. Seu artigo 26 dispõe que “todo ser humano tem direito à educação”, sendo que em seu item 3 está elencada a prioridade dos pais em prover a educação dos filhos, da seguinte maneira “os pais tem prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>

aplicáveis à prática. Sua implementação e prática dependem de regulamentação legal que preveja os mecanismos de avaliação e fiscalização e respeite os mandamentos constitucionais educacionais¹².

Para a relatoria do caso, a questão se mostrou muito controversa quanto aos contornos da relação entre Estado e Família na educação das crianças e adolescentes e quanto aos limites da autonomia privada contra as imposições estatais. O alcance social, jurídico e econômico do tema fez com que fosse estabelecida a repercussão geral para o julgamento¹³.

De imediato, a própria relatoria da ação tentou fixar teses responsivas aos sujeitos imediatos à prática que, diante do silêncio constitucional, não detinham qualquer segurança jurídica para optar ou não pelo método de educação domiciliar dos filhos diante da ausência normativa e da falta de uniformidade jurisprudencial nos tribunais do país.

A relatoria esteve atenta e limitada a responder duas perguntas: se havia a possibilidade dos pais optarem pelo método de educação dos filhos e, no caso de admissão da educação domiciliar, quais seriam os requisitos a serem observados, considerando que não existe lei específica regulamentando o ensino domiciliar. Após extensa fundamentação, que envolveu desde índices desoladores sobre a avaliação do sistema nacional de educação básica brasileira dos últimos anos, a apresentação de dados quantitativos de países que regulamentam e permitem a aplicação do *homeschooling*, a relatoria argumentou que a escolarização formal em instituição oficial não seria o único formato de educação admitido pela Constituição, trazendo dispositivos constitucionais e internacionais que balizaram o seu voto, optando pelo provimento ao recurso para conceder o direito à recorrente de dar continuidade ao método da educação domiciliar.

As teses fixadas pela relatoria consideraram, para além da constitucionalidade da prática do ensino domiciliar, a sua compatibilidade com os valores educacionais constitucionalmente previstos. Para o relator, a decisão mais acertada seria a de fixar parâmetros temporários ao *homeschooling* até que houvesse a regulamentação pelo Legislativo, evitando jogar na ilegalidade as centenas de famílias brasileiras adeptas à prática.

Dentre os parâmetros fixados para a prática do *homeschooling*, o relator estabeleceu a necessidade da notificação das secretarias municipais de educação, a manutenção do cadastro de

¹² Trata-se da síntese da decisão do RE 888.815/RS, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12/9/2018 (repercussão geral) (Info 915).

¹³ Para o Relator do Rext 888.815, Ministro Roberto Barroso, o tema detém uma consecução das normas constitucionais sobre liberdade de ensino, pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, bem como a questão da redução dos gastos públicos com educação.

famílias que adotaram a modalidade de ensino, as avaliações periódicas bimestrais, semestrais ou trimestrais aos estudantes, o monitoramento da evolução do aprendizado e a obrigação dos pais em matricular os filhos na rede regular de ensino no caso da prática restar comprovadamente insuficiente.

O voto da relatoria conduziria a uma solução imediata ao problema sem retirar do Legislativo o poder de normatizar o tema e evitando colocar na ilegalidade o sem-número de praticantes do *homeschooling* existentes no Brasil. Contudo, o plenário rechaçou as teses elencadas pela relatoria para tornar a prática legalizada, acatando apenas a constitucionalidade.

O voto escolhido pelo plenário e seguido pelos demais ministros fixou a ilegalidade da prática do *homeschooling*, negando provimento ao recurso e fixando a tese de inexistência de direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar diante da ausência de previsão legal¹⁴.

Referido voto partiu do Ministro Alexandre de Moraes, e apresentou três questões principais a serem respondidas: se haveria vedação constitucional expressa do ensino domiciliar, quais as modalidades de ensino permitidas pela Constituição e, no caso de permissão do ensino domiciliar, se haveria a exigência de regulamentação legal pelo Congresso Nacional.

Sobre a vedação, o Ministro considerou que “A Constituição, apesar de expressamente não prever essa modalidade, nem expressa nem implicitamente, proíbe a possibilidade do ensino domiciliar”. Para o Ministro, a família é instituição indispensável à educação da criança e do adolescente e a Constituição tem a ideologia da cooperação entre o Estado e a Família para esse fim, e não a rivalidade.

O Ministro sabiamente relembrou os Estados Totalitários em que a família é afastada da educação e da formação das crianças e adolescentes e impedida de participar da escolha do que ensinar e aprender, estando o ensino reservado exclusivamente ao Estado. Numa Democracia como o Brasil, a cooperação estabelecida na Constituição é justamente para fortalecer a eficácia da educação existindo uma parceria inafastável entre o Estado e a Família no cumprimento de princípios, preceitos e regras constitucionais.

Para o Ministro, o primeiro requisito inafastável é o ensino básico obrigatório dos 4 aos 17 anos, a existência de um núcleo mínimo curricular e a convivência comunitária. Esses preceitos, de

¹⁴ A íntegra da ementa e do voto do Ministro Alexandre de Moraes no Plenário do Rext 888.815 está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE888815mAM.PDF>, acesso em: 5 de março de 2020.

um lado, jamais poderão reduzir o fornecimento do direito à educação apenas ao Estado e, de outro, não permitirão a exclusão do Estado em sua tarefa educacional. Desse modo, a resposta à sua primeira pergunta é a da não vedação absoluta do ensino domiciliar pela Constituição, mas da proibição expressa de qualquer gênero de ensino que não respeite a solidariedade entre Família e Estado, a fixação do núcleo básico do ensino e todas as previsões impostas na Constituição, como a da convivência comunitária.

Com relação à modalidade educacional que pode ser regulamentada no Brasil, o Ministro defendeu ser *o homeschooling* a única modalidade possível. Isso porque, em seu voto, trouxe a análise das outras espécies de ensino domiciliar: *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro (ensino “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”).

Para finalizar o seu voto, o ministro Alexandre considerou a questão que, segundo ele, é a mais importante: a educação domiciliar não é um direito público subjetivo, embora não seja vedada pela Constituição. Por não ser um direito constitucionalmente previsto, não é autoaplicável, só existindo de fato após a criação e a regulamentação pelo Congresso Nacional por meio de lei federal. A criação e a regulamentação desta modalidade não é, inclusive, uma obrigação congressual, mas sim uma opção válida constitucionalmente, desde que respeite e siga os princípios e preceitos já previstos pela Constituição.

Voto bastante interessante, mas parcialmente vencido, foi o do Ministro Edson Fachin, que entendeu pelo parcial provimento do recurso no sentido de acolher a constitucionalidade do ensino domiciliar, mas de proibir o seu exercício enquanto não legislado o tema, determinando o ministro, no seu entendimento, o prazo de um ano para que o Congresso regulamentasse a forma de execução e a fiscalização do *homeschooling*. A proposta da fixação de prazo para provocar o exercício legislativo do Congresso restou vencida no voto do Ministro.

Em suma, o plenário e a tese do voto vencedor não entendeu o desejo de condução direta dos pais na educação dos filhos para fornecer a instrução mais adequada (moral, científica, filosófica ou religiosa) e determinou a impossibilidade da prática do *homeschooling* fundamentada na ausência legislativa, ressaltando a liberdade do Congresso Nacional em optar ou não pela regulamentação do tema, excluindo a possibilidade de interferência judicial na decisão

institucional do Legislativo (posição deferente) inclusive para fixar prazos para o exercício da atividade legislativa¹⁵.

Antes da decisão do Supremo, a jurisprudência brasileira não era uniforme sobre o tema até então pouco discutido e singelamente judicializado¹⁶. Havia um acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 2002¹⁷, sequer citado em decisões posteriores de outros Tribunais¹⁸, que contribuía para a problemática da existência de diferentes decisões em instâncias locais (BARBOSA, 2013, p. 286-287). A ausência do diálogo de precedentes foi resolvida pela jurisprudência do Supremo ao declarar a prática do ensino domiciliar ilegal, embora constitucional, e passível de ser regulamentada por lei. Embora a questão da uniformidade jurisprudencial tenha sido solucionada, o problema da ilegalidade dos praticantes do *homeschooling*, que exigia uma postura ativista e dialógica da Corte determinando a regulamentação legal do tema ao Congresso Nacional, não foi.

2. CONSTITUCIONALIDADE E OS EFEITOS JUDICIAIS NO CASO DO HOMESCHOOLING.

Apesar da moderna nomenclatura *homeschooling*, o ensino domiciliar conduzido pelos pais foi a norma em todo o mundo há milhares de anos, quando, no final do século XIX, o cenário mudou e crianças em idade escolar começaram a frequentar instituições escolares (RAY, 2017, p. 85).

No Brasil, a educação domiciliar detém raízes históricas do período oitocentista sob a influência europeia e a importação da ideia das preceptoras, contratadas por famílias da elite econômica para preencher a função de educadora e professora de seus filhos (VASCONCELLOS, 2005, p.153).

¹⁵ Existe na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.197/2012, do Deputado Federal Lincoln Portela, que já tem parecer favorável na Comissão de Educação e regulamenta precisamente o ensino domiciliar, visando acrescer ao artigo 23 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação o parágrafo 3º, nos seguintes termos: “É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328&ord=1>. Acesso em: 05 de Março de 2020.

¹⁶ No Despacho proferido pelo Ministro Roberto Barroso no RE 888.815, constou a informação da ANED (Associação Nacional de Ensino Domiciliar) da existência de apenas 18 processos no país tratando sobre a temática.

¹⁷ Trata-se do MS nº 7.407, do STJ, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121865/mandado-de-seguranca-ms-7407-df-2001-0022843-7>. Acesso em: 05 de Março de 2020.

¹⁸ As decisões ocorridas no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná (caso família Silva, 2008) e de São Paulo (caso família Ferrara, 2010) sequer fazem menção à jurisprudência firmada pelo STJ em 2001.

Depois de um período em que pouco se ouviu falar em ensino domiciliar, a prática do *homeschooling* retornou¹⁹ nos Estados Unidos com os protestantes e “*unschoolers*”, frequentemente processados com base nas leis de frequência escolar compulsória que proibiam a prática. A vedação, contudo, pouco adiantou e a população de 13.000 *homeschoolers* em 1970 passou para cerca de 2,2 milhões em 2015 naquele país²⁰ (BARBOSA, 2016, p. 153-158).

No Brasil, a prática ganhou repercussão em 2010 quando o número de adeptos dobrou e atingiu duas mil famílias após o reconhecimento pelo MEC²¹ da utilização do desempenho no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) como certificação de conclusão de ensino médio àqueles que não frequentaram instituições oficiais, possibilitando assim o ingresso no ensino superior.

De acordo com dados da ANED²² (Associação Nacional de Ensino Domiciliar), estima-se que, atualmente, sete mil e quinhentas famílias praticam o *homeschooling* abrangendo, aproximadamente, quinze mil estudantes entre quatro e dezessete anos que estão distribuídos por todo território nacional, tendo ocorrido o crescimento anual de 2.000% entre 2011 e 2018, numa média de 55% ao ano.

A proibição da prática do *homeschooling* é ilusória, pois se antes de uma decisão de constitucionalidade a sua prática já se mostrava concretizada por um “sem número de famílias” (BEÇAK, 2016, p. 136-153), o crescimento que, pelos dados nacionais lançados nos últimos anos parecia exponencial, agora só tende a alavancar.

Aceito como modalidade educacional válida por diversos países²³, o ensino domiciliar na modalidade *homeschooling* é mais que um método de aprendizagem, tratando-se de um método de educação (LACANALLO, 2015, p. 3) que detém características específicas tais

¹⁹ HSLDA (Associação de Defesa Legal da Educação Domiciliar) detém pesquisas conduzidas pelo Dr. Brian D. Ray com adultos que receberam a educação domiciliar e hoje são pessoas graduadas, em seus trabalhos e socializadas.

²⁰ HSLDA (Associação de Defesa Legal da Educação Domiciliar) detém pesquisas conduzidas pelo Dr. Brian D. Ray com adultos que receberam a educação domiciliar e hoje são pessoas graduadas, em seus trabalhos e socializadas.

²¹ Portaria nº 4, de 11 de fevereiro de 2010, do Ministério da Educação. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_5791266_PORTARIA_NORMATIVA_N_4_DE_11_DE_FEVEREIRO_DE_2010.aspx Acesso em: 07 de Março de 2020.

²² A ANED (Associação Nacional de Ensino Domiciliar) é uma instituição sem fins lucrativos. Fundada no ano de 2010, por iniciativa de um grupo de famílias, cuja principal causa defendida pela ANED, é a autonomia educacional da família quanto à opção pela modalidade de educação dos filhos.

²³ Canadá, Colômbia, Chile, Equador, Paraguai, Portugal, Itália, Reino Unido, Suíça, Bélgica, Holanda, Áustria, Finlândia, Noruega, Rússia, África do Sul, Filipinas, Japão, Oceania, Austrália, Nova Zelândia. Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-mundo> Acesso em: 07 de Março de 2020.

como a responsabilidade total dos pais ou responsáveis pelo processo ensino-aprendizagem dos filhos, a total flexibilidade de conteúdos ministrados, a liberdade do calendário e da carga horária adotados, adoção de técnicas diversas como a de Montessori. (ANDERSON, 2016, p. 2). Trata-se de um método que pode ser conceituado como

A forma de aprendizado em que os pais ou responsáveis pela criança optam por não a matricular em estabelecimento educacional credenciado, seja público ou privado, realizando a instrução equivalente na própria residência, sejam eles mesmos ministrando o conteúdo curricular aos filhos, sejam professores ou tutores contratados para lecionar todas ou algumas matérias. É possível, mas não tão comum, que alguns poucos pais se organizem para fazer a instrução de seus filhos de forma conjunta, criando uma espécie de *homeschooling* coletivo. (MAZOTTI, 2017, p. 139).

Difere, como preconizado pelo próprio ministro Alexandre de Moraes no voto emitido em plenário, do denominado *unschooling* (desescolarização) e do ensino domiciliar puro, espécies que negam qualquer participação ou fiscalização estatal no ensino e que descumpre as regras básicas do ensino básico obrigatório.

Trazido no referido voto como ensino domiciliar “utilitarista”, “por conveniência” ou “circunstancial”, o *homeschooling* não é uma prática constitucionalmente vedada desde que respeite o conteúdo mínimo e que permita avaliações periódicas do Estado carecendo, no entanto, de regulamentação que estabeleça os requisitos mínimos de sua prática e os mecanismos de avaliação (pedagógica e de socialização) e fiscalização²⁴.

Nesse sentido, o voto do Ministro Roberto Barroso buscou elencar parâmetros a fim de que as crianças e adolescentes em situação de ensino domiciliar fossem amparadas pela decisão judicial até que editada legislação específica sobre o tema em vez de serem lançadas à ilegalidade.

A proposta abrangia a notificação das secretarias municipais de educação para realizar o cadastro e o registro das famílias que adotaram a modalidade de ensino domiciliar na localidade, a submissão desses estudantes a avaliações periódicas bimestrais, semestrais ou trimestrais, o monitoramento da evolução dos estudantes no aprendizado de modo que, existindo uma comprovada deficiência, haveria a notificação dos pais para a matrícula obrigatória dos filhos na rede regular de ensino e, por fim, o compartilhamento das informações do cadastro com as demais autoridades públicas.

²⁴ Atendendo ao disposto no artigo 208, p.3º, da CF/88 que dispõe sobre a competência do Poder Público em zelar pela frequência à escola.

Embora houvesse uma proposta ativista da relatoria do caso em regulamentar temporariamente a prática do *homeschooling* para evitar colocar em situação de ilegalidade os que já aderem à prática sujeitos, inclusive, à sanção penal²⁵ pelo crime de abandono intelectual, aquela não foi aceita pela Corte.

Como direito humano universalmente reconhecido, expresso no artigo na Constituição Federal de 1988 e indissociável aos princípios da dignidade humana e da cidadania, a educação, seja ela no seu formato institucional ou não, não pode ser prejudicada pelas inércias inconstitucionais do Legislativo ou do Executivo, sendo dever constitucional do tribunal agir para “atender a demandas sociais inequívocas que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário” (CAMPOS, 2014, p. 10).

A Constituição Federal deve ser enxergada pelo Supremo como uma força dinâmica para além do seu texto literal, assumindo os juízes constitucionais a posição de *arquitetos sociais* capazes de reduzir a distância entre a própria Constituição e as transformações sociais.

É necessário superar a antiga dogmática Kelseniana do juiz como “legislador negativo” que apenas desconstrói leis, pois a figura do juiz constitucional avança cada vez mais para a do “legislador positivo”, com poderes de criação do direito (CAMPOS, 2014, p. 153).

O tempo em que o juiz constitucional nacional adotava uma postura passiva na concretização dos direitos fundamentais foi dando espaço a decisões de mais interferência nos assuntos de outros poderes, inclusive impondo ao Legislativo e ao Executivo a criação e a execução de políticas públicas voltadas para satisfação dos direitos sociais (CAMPOS, 2014, p. 186).

Essa multiplicação da justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais e a proliferação de sentenças ativistas ocorreram não apenas no Brasil ou na América Latina, mas em diversos lugares do mundo (GARAVITO, 2014, p. 254).

Tomando como exemplo a África do Sul, uma das Cortes Constitucionais mais ativistas do mundo, o seu “constitucionalismo transformativo”²⁶ por meio do diálogo tem tido resultados promissores em efetivação de direitos fundamentais (KLARE, 1998, p. 150). A Corte, além do diálogo, tem usado de imposições ao legislativo inoperante para que este cumpra com o seu dever

²⁵ O artigo 246 do Código Penal prevê o crime de abandono intelectual, assim definido: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

²⁶ Para o autor, “constitucionalismo transformativo” é um projeto de promulgação, interpretação e execução constitucional de longo-prazo comprometido em transformar as instituições políticas e sociais de um país e as relações de poder em uma direção democrática, participativa e igualitária.

de legislar e, sem resolver as falhas em si, indica o caminho e dá tempo razoável para que aquele poder assim o faça (ROUX, 2010, p. 93).

A decisão sobre o casamento gay é um bom exemplo do diálogo institucional para produzir boas decisões. No caso, a Corte sul-africana julgou a inconstitucionalidade da legislação ordinária dando prazo para regular com detalhes os direitos por ela assegurados. Caso referido poder quedasse inerte, a legislação ordinária passaria a ser interpretada de forma a garantir o casamento civil entre homossexuais.

A negação social e política de temas controversos como o do *homeschooling* e do casamento gay gera ao Judiciário o poder decisório e resolutivo de questões que deveriam ser solucionadas por quem eleito democraticamente pelo povo.

Talvez a diferença entre os dois casos está em que, enquanto no casamento gay foi feita uma revisão judicial da legislação ordinária com a emissão de ordens da Corte para abranger sujeitos excluídos, no caso do *homeschooling* sequer existe uma legislação.

O Supremo Tribunal Federal negou assumir a competência legiferante no caso do ensino domiciliar reservada, a princípio, ao Legislativo. Os juízes não acataram a ideia de preencher a lacuna normativa, ora por entender a competência institucional exclusiva do Legislativo para o caso, ora por questão ideológicas controversas do tema, a exemplo do ensino domiciliar ferir gravemente a socialização da criança e a sua formação cidadã²⁷.

Apesar da decisão não ter os alcances dialógicos com o Legislativo que poderia, dada a urgência de uma resposta a essa comunidade educacional paralela em evidente situação de ilegalidade, ela adicionou ao *homeschooling* um novo significado constitucional, conformando-o, em vez de excluí-lo, aos princípios e valores educacionais previstos pela Constituição de 1988. Embora deferente e contida, a decisão do tribunal vem repercutindo impactos sobre a omissão legislativa no tema.

Em maio de 2022, após quase quatro anos da decisão de constitucionalidade do *homeschooling* pelo Supremo, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 1338/2022 para regulamentação do ensino domiciliar²⁸. O objetivo do referido projeto é alterar a Lei de Diretrizes

²⁷ No voto do Ministro Luiz Fux, o mesmo cita até mesmo Axel Honneth e as teorias sociais do reconhecimento (relações afetivas, jurídicas ou solidárias), entendendo ser a escola o ambiente onde a criança consegue desenvolver suas relações e sua estima social. Disponível em: Acesso em: 09 de Março de 2020.

²⁸ O PL 1338/2022 é de autoria da Deputada Federal Luiza Canziani (PSD-PR) e está sob a relatoria do Senador Flávio Arns (Podemos-PR).

e Bases da Educação Nacional²⁹ e o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰ para permitir a oferta domiciliar da educação básica. O projeto segue em análise pela Comissão de Educação do Senado, com mais adversários que adeptos à regulamentação diante da complexidade envolvida no tema, e é considerado por muitos parlamentares um projeto perigoso e uma ameaça à educação pública brasileira.

Segundo o texto aprovado pela Câmara dos Deputados o estudante poderá usufruir da educação domiciliar desde que esteja regularmente matriculado em instituição de ensino que faça o acompanhamento da evolução do seu aprendizado, pelo menos um dos pais ou responsáveis deverá ter escolaridade de nível superior ou em educação profissional tecnológica em curso reconhecido, com a devida comprovação da formação que deverá ser apresentada na escola no momento da matrícula do aluno e ambos os pais deverão apresentar certidões criminais emitidas pela Justiça Federal ou Estadual.

Antes da sua votação pelo Senado, o projeto passará por audiências públicas para a sua instrução, ouvindo diversas entidades de educação e autoridades no assunto, dado que o ensino domiciliar é um assunto complexo, que envolve questões sociais, jurídicas e econômicas de grande impacto no orçamento público educacional, principalmente.

CONCLUSÃO

O vácuo legislativo no tema do ensino domiciliar se perpetua há mais de vinte e cinco anos desde o primeiro projeto de lei³¹. O *homeschooling* é uma realidade e afeta aproximadamente 15.000 crianças e adolescentes no Brasil. Os adeptos à sua prática encontram-se na seguinte situação após a decisão do Supremo Tribunal Federal: o *homeschooling* é uma prática constitucional, contudo ilegal diante da ausência normativa.

A busca pelo Judiciário pelos adeptos à prática foi uma tentativa, a princípio inócua, de provocar o Legislativo para a regulamentação do tema. Inócua porque o Supremo foi deferente e contido em sua decisão, evitando o ativismo judicial proposto nos votos vencidos dos

²⁹ Lei nº 9.394/1996

³⁰ Lei nº 8.069/1990

³¹ De 1994 a 2019 foram contabilizados oito Projetos de Lei e uma proposta de emenda constitucional para regulamentar o ensino domiciliar. Disponível em: <https://www.aned.org.br/legislativo> Acesso em: 8 de Março de 2020.

Ministros Barroso e Fachin para determinar ao Legislativo a regulamentação do tema e os prazos.

O tempo de inércia persistente e abusivo do legislador afastaria possíveis críticas ao protagonismo legislativo do tribunal diante da excepcionalidade do caso. Emitir uma decisão que fixasse os parâmetros da prática do *homeschooling* ou que determinasse ao legislador a criação da norma, em termos jurídicos, seria indispensável para garantir a segurança jurídica dos praticantes do ensino domiciliar.

Sem discutir benefícios ou malefícios sobre a prática do *homeschooling*, pois não é esse o objeto do estudo, o que se busca inferir é a expectativa que existia no Supremo de uma decisão ativista para o Legislativo, não num modelo de supremacia judicial em que a Corte “ditaria a política”, mas por meio do diálogo que fizesse da decisão judicial uma etapa importante (não única, nem definitiva) na efetivação do direito desse método educacional.

A Corte poderia ter fomentado o diálogo institucional ao estipular prazos para o Legislativo regulamentar a prática frente à sua constitucionalidade e, caso houvesse reiterada omissão por parte daquele poder poderia, inclusive, emitir nova decisão judicial para tornar a prática legal. Esse seria um caminho possível, mas o tribunal não assumiu o risco.

Sem o espanto dos que tratariam a proposta acima antidemocrática, a tendência das cortes e tribunais constitucionais é a de se utilizar de decisões ativistas quando os direitos sociais de minorias são reiteradamente infringidos pela inércia inconstitucional dos demais poderes.

A postura do Supremo de “legislador negativo”, limitada a declarar a mora do Legislativo e a ele dar ciência para suprir lacunas normativas, precipuamente em temáticas cujo estado de omissão é contínuo, tem sido abandonada embora o tribunal seja ainda pouco ativista quando comparado aos demais da América Latina.

Estamos diante de um caso vago e impreciso em que o legislador ordinário, a princípio, se recusava a atuar sobre uma conduta social concreta e que nos últimos anos tem se multiplicado. A omissão legislativa e a ausência de regulamentação, contudo, pode tomar um novo rumo após a constitucionalização do tema e a aprovação do Projeto de Lei 1.338/2022 pela Câmara dos Deputados para regulamentar o *homeschooling*, e que segue em trâmite no Senado para ser instruído por meio de audiências públicas antes da sua votação.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Brian C. An A for *homeschooling*. Disponível em: http://www.city-journal.org/html/10_3_an_a_for_home.html. Acesso em 05 de Março de 2020.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Homeschooling* no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização? *Rev. Educ.Soc.*, Campinas, v. 37, nº 134, p. 153-168, 2016.

_____. Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola ? Tese apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Educação. São Paulo, 2013.

_____. & Evangelista, Natália Sartori. (2017). Educação domiciliar e direito à educação: a influência norte-americana no Brasil. *Educação Em Perspectiva*, 8(3), 328-344.

_____. & OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela. O neoliberalismo como um dos fundamentos da educação domiciliar. *Revista Pro-posições*, V. 28, N. 2 (83), Maio-Ago.2017, p. 193-212.

BEÇAK, Rubens. *Homeschooling* no Brasil: o novo judiciário e a tradição. *Compedi Law Review, Ônati, Espanha*, V. 2, N. 3, p. 136-153, Jan-Jun. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 888.815, Rio Grande do Sul, Recorrente: V D Representada por MPD; Recorrido: Município de Canela; Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de Setembro de 2018, DJ nº 193 de 14/09/2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Dimensões do ativismo judicial do STF. Editora: Forense, Rio de Janeiro, 2014.

CAMBRON-McABE, Nelda H.; McCARTHY, Martha M.; THOMAS, Stephen B. *Public school Law: teacher's and student's rights*. 5ª ed. [S.l]: Pearson, 2004.

GAITHER, Milton. Homeschooling in the United States: A review of select research topics. *Revista Pro-posições*, V. 28, N. 2 (83), Maio-Ago.2017.

GARGARELLA, Roberto. Por uma justiça dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights* Vol. 14 (1), 1998.

LACANALLO, Luciana Figueiredo. Métodos de em ensino e aprendizagem: uma análise histórica e educacional do trabalho didático. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada7/_GT4%20PDF/M%C9TODOS%20DE%20ENSINO%20E%20DE%20APRENDIZAGEM%20UMA%20AN%C1LISE%20HIST%D3RICA.pdf. Acesso em: 05 de Março de 2020.

MAZOTTI, Marcelo. O ativismo judicial no panorama do direito à educação: a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais e seus efeitos práticos: estudo comparado entre o Brasil e os EUA. Tese apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2018.

RAY, Brian D. A Review of research on *Homeschooling* and what might educators learn ? *Revista Pro-posições*, v. 28, N. 2 (83), maio-ago 2017.

RIBEIRO, Álvaro Manuel Chaves; PALHARES, José. O *homeschooling* e a crítica à escola: hibridismos e (des) continuidades educativas. *Revista Pro-posições*, V. 28, N. 2 (83), Maio-Ago.2017.

ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (ed.). *Democratization and the Judiciary. The accountability function of Courts in New Democracies*.

VASCONCELLOS, Maria Celi Chaves. Educação na casa: perspectivas de desescolarização ou liberdade de escolha? *Revista ProPosições*, V. 28, N.2 (83), Maio/Ago.2017, p. 122-140.

Submetido em 09.10.2022

Aceito em 17.10.2022