



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

LIZIA IARA BODENSTEIN HENRIQUE

**O *HOMESCHOOLING* COMO UMA VIA LEGÍTIMA DE ORIENTAÇÃO
EDUCACIONAL DAS CRIANÇAS E SUA COMPREENSÃO COMO
EXPRESSÃO DA AUTONOMIA FAMILIAR**

Brasília

2018

LIZIA IARA BODENSTEIN HENRIQUE

**O *HOMESCHOOLING* COMO UMA VIA LEGÍTIMA DE ORIENTAÇÃO
EDUCACIONAL DAS CRIANÇAS E SUA COMPREENSÃO COMO EXPRESSÃO
DA AUTONOMIA FAMILIAR**

Versão preliminar do trabalho de
Dissertação apresentado ao Curso de
Mestrado em Direito Constitucional como
requisito parcial para obtenção título de
Mestre em Direito Constitucional, linha de
Direitos e Garantias Constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gonet Branco.

Brasília

2018

LIZIA IARA BODENSTEIN HENRIQUE

**O HOMESCHOOLING COMO UMA VIA LEGÍTIMA DE ORIENTAÇÃO
EDUCACIONAL DAS CRIANÇAS E SUA COMPREENSÃO COMO EXPRESSÃO
DA AUTONOMIA FAMILIAR**

Versão preliminar do trabalho de
Dissertação apresentado ao Curso de
Mestrado em Direito Constitucional como
requisito parcial para obtenção título de
Mestre em Direito Constitucional, linha de
Direitos e Garantias Constitucionais.

Brasília, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Gonet Branco
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico esse trabalho a Deus, a quem devo glórias, e a todas as famílias que buscam respeito e reconhecimento dos seus direitos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao meu Senhor e Deus pela oportunidade de amadurecimento intelectual – hoje me sinto muito mais preparada do que há dois anos, embora reconheça estar ainda muito aquém do que pretendo alcançar com um futuro doutorado; por fortalecer meu coração durante este longo e árduo caminho que é sair sozinha da minha cidade, estar longe da minha família e amigos e mudar para um lugar diferente; por ter colocado pessoas tão especiais e cuidadosas à minha volta, sem as quais eu não teria chegado até aqui.

Aos meus pais, Jaime e Zeli, meu infinito agradecimento, eles que, mesmo distantes geograficamente, me apoiaram em todas as horas e em todas as áreas – sem eles, não teria nenhuma condição de conquistar mais essa etapa da minha vida; à minha irmã Leticia, que tanto amo e admiro, por ser meu verdadeiro porto seguro; ao meu irmãozinho, Guilherme, que com muito amor me liga e manda mensagens carinhosas, o que me deixa cada vez mais fortalecida e animada para prosseguir; e, com muito carinho, à minha prima Amanda, por ter sido uma orientadora para mim desde minha infância. A toda minha família sou grata pelo imenso amor!!!

Agradeço com muita alegria em meu coração ao Felipe Sabino, a quem devo créditos quanto à escolha do tema e livros relacionados, e à sua família, por terem praticamente me “adotado” durante todo esse tempo, tratando-me com muita solicitude e dignidade; à família Heringer, que me recebeu como filha, irmã e neta (meus “avós”, Laís e Francisco Flávio) e por sempre estarem disponíveis em me socorrer; ao Flávio Heringer, em especial, por me ajudar com questões jurídicas que envolvem o tema; às Igrejas Presbiteriana Redenção e Presbiteriana Semear, no nome dos meus Pastores Matheus Inácio, Emílio Garofalo Neto e Breno Macedo, que de forma tão acolhedora e afável me receberam com o coração e braços abertos nessa grande família.

Agradeço também ao estimado professor Álvaro Ciarlini, por quem preservo imensa admiração, por acreditar em meu potencial e me incentivar na superação das dificuldades. Ele que, desde o início, orientou-me de forma tão dedicada e longânime, oferecendo valiosas diretrizes sem as quais as dificuldades inerentes à realização desse trabalho seriam certamente maiores e ainda mais desanimadoras.

Além disso, sempre se mostrando pronto a me ouvir e tirar minhas dúvidas, hoje continua a me estimular na realização do doutorado e também em minha vida profissional, ajudando a abrir o meu horizonte quanto à aplicação de todo o aprendizado adquirido, na busca de alcançar e beneficiar o máximo de pessoas possível. Sou grata a Deus por sua vida, professor!

Ao meu querido e atencioso orientador, professor Paulo Gustavo Gonet Branco, pela infinda disponibilidade, o qual, de forma tão amável e impecável, me orientou na condução deste meu trabalho; ao professor Alexandre Magno, sempre solícito a me direcionar de forma específica acerca do *Homeschooling*; ao professor Bráulio Porto pela disposição em me receber em sua casa para uma profícua e inesquecível conversa, da qual surgiram inúmeras questões importantes relativas à dissertação. Pessoas estas cujas palavras e ensinamentos me mostraram que, com garra e determinação, tudo é possível!

Agradeço, ainda, aos meus queridos amigos da minha cidade, Cuiabá – a qual deixei com o objetivo de realizar esse curso *stricto sensu* tão sonhado –, em particular a Edinha Araújo, Pastor Nelson Abreu Júnior, Elaine Goulart, Diego Rezende, Christian e Carol Utreras, Paulinha Antunes, Wênia Moraes, Wlândia Marina, Andréia Girardi, Alícia Farias e Willma Lima; aos meus amados amigos de Brasília, pela calorosa recepção, pelos momentos divididos, especialmente a Ghuido Mendes, Patrícia Burin, Ana Paula Nunes, Débora Lidório, Matheus Inácio, Roberta Macedo, Lucas Inácio, Sarah Buckley, Marcel Argolo, Talita Duarte, Clárisa Araujo, Sara José, Letícia Oliveira e Raquel Mendes. Em especial a Talita Duarte, amiga e irmã, ao Ghuido Mendes, Lucas Inácio e Raphael Vilela que se dedicaram em ajudar-me com a correção, desenvolvimento e preparo na realização deste trabalho.

Finalmente, agradeço aos professores Fabiano Jantalia e Felipe Chiarello que aceitaram integrar a banca de mestrado; e, ao Instituto Brasiliense de Direito Público e toda sua equipe, por abrirem as portas e pela bolsa de estudos para que esse sonho de aprofundar meus conhecimentos e obter o título de mestre se realizasse.

RESUMO

A educação tem por finalidade o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 CF). Assim, pode-se dizer que trata-se do meio pelo qual o indivíduo emancipa-se para o exercício pleno de sua autonomia pública – como cidadão na sociedade. Reconhecida como um direito fundamental social pela Constituição Federal de 1988, sua obrigatoriedade é incontestável. Há muitas formas de promover essa educação; contudo, há espécies diferentes do que estamos acostumados – a escola convencional, que é o caso do *Homeschooling*. Tal modelo, surge como alternativa da educação formal, e a partir de uma ideia de política pública que regulamente essa atividade, é um meio legítimo de dar condições aos pais de fazerem escolhas por um tipo de educação inclusiva, individual, participativa, multicultural, respeitosa e de formação para uma identidade constitucional autônoma dos seus filhos, garantindo o direito à educação da criança.

Palavra-chave: *Homeschooling*. Direito à educação. Direito à liberdade. Educação domiciliar.

ABSTRACT

Education has as its purpose the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship and qualification for work (article 205 CF). That is, it is the means by which the individual emancipates himself to the full exercise of his public autonomy - as a citizen in society. Recognized as a fundamental social right by the Federal Constitution of 1988, its obligation is indisputable. However, there are species of non-formal education, different from what we have of conventional school, which is the case of Homeschooling. Such a model emerges as an alternative to formal education, and from a public policy idea that regulates this activity, is a legitimate means of enabling parents to make choices for an inclusive, individual, very personal, participative, multicultural type of education, Respectful and training for an autonomous constitutional identity of their children, guaranteeing the right to education of the child.

Keywords: Homeschooling. Right to education. Right to freedom.

RESUMEN

La educación tiene la finalidad del pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su cualificación para el trabajo (artículo 205 CF). Así, se puede decir que se trata del medio por el cual el individuo se emancipa para el ejercicio pleno de su autonomía pública - como ciudadano en la sociedad. Reconocida como un derecho fundamental social por la Constitución Federal de 1988, su obligatoriedad es incontestable. Hay muchas maneras de promover esta educación; sin embargo, hay especies diferentes de lo que estamos acostumbrados - la escuela convencional, que es el caso del Homeschooling. Este modelo, surge como alternativa de la educación formal, ya partir de una idea de política pública que regula esta actividad, es un medio legítimo de dar condiciones a los padres de tomar decisiones por un tipo de educación inclusiva, individual, participativa, multicultural, respetuosa y de formación para una identidad constitucional autónoma de sus hijos, garantizando el derecho a la educación del niño.

Palabra clave: Homeschooling. Derecho a la educación. Derecho a la libertad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RELAÇÃO DO ESTADO COM A FAMÍLIA.....	13
1.1 Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.....	14
1.1.1 <i>Direitos Individuais e sociais</i>	19
1.2 A função do Estado Democrático de Direito e o direito social à educação.....	22
1.3 Esfera pública e privada: a relação entre Estado e família.....	27
1.3.1 <i>Atuação do Estado na esfera familiar e seus limites</i>	34
1.4 O papel da família na sociedade.....	38
1.4.1 <i>A legitimidade da autonomia familiar</i>	43
1.4.2 <i>A educação como núcleo da responsabilidade familiar</i>	59
2 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO PARA O INDIVÍDUO E PARA A SOCIEDADE.....	61
2.1 A educação como instrumento de emancipação social.....	64
2.1.1 <i>Interesse da criança na educação: formação da personalidade e exercício pleno da cidadania</i>	66
2.1.2 <i>Interesse dos pais na educação: transmissão de crenças</i>	69
2.1.3 <i>Interesse do Estado na educação: cidadania e democracia</i>	72
2.2 Abrangência e aplicabilidade da educação enquanto Direito Fundamental.....	74
2.2.1 <i>Direito à educação no Brasil na esfera protetiva da criança</i>	75
2.2.2 <i>A proteção do direito social à educação assegurado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos</i>	81
3 HOMESCHOOLING COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....	85
3.1 Definindo o termo.....	86
3.2 Aspectos normativos.....	88
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS.....	100
ANEXO A - CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	107
ANEXO B - EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969.....	109

INTRODUÇÃO

O *Homeschooling*¹ é uma modalidade de ensino, paralela à escola convencional, utilizada por pais e responsáveis em diversos países a fim de promover a educação e levar o conhecimento científico/intelectual/acadêmico às crianças em idade escolar, seja por convicções filosóficas, religiosas, morais ou político-ideológicas. Contudo, em alguns países ainda não há norma específica que estabeleça diretrizes acerca dessa prática educacional – como é o caso do Brasil.

Após o MEC² utilizar o desempenho no ENEM para emissão de certificado de conclusão do ensino médio no ano 2012, o número de adeptos do *Homeschooling* dobrou no Brasil, chegando a mais de 3.000 famílias³. Contudo, ainda que existentes inúmeros projetos de lei a respeito do assunto, não há consenso sobre a legitimidade da educação domiciliar no país; o que não deixa de ser um tema recorrente na pauta da esfera pública, tendo destaque nos três poderes da República. Tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de leis; recentemente o Ministro de Estado de Educação abordou o tema, demonstrando-se favorável ao *Homeschooling*; e, na via judicial, o STF, no RE 888.815 RC/RS⁴, decidiu pelo reconhecimento e repercussão geral do assunto, o qual ainda aguarda decisão judicial definitiva.

A questão central deste estudo reside em três principais premissas: 1) a educação como instrumento pelo qual o indivíduo adquire conhecimento com o escopo de sua emancipação para o exercício pleno da cidadania e instrução profissional; 2) a educação como um direito social constitucional com garantia e proteção obrigatórios na Constituição de 1988; e, 3) os pais como principais responsáveis pela promoção da educação. Assim, tendo por base esses três principais aspectos, discute-se: questiona-se: o *Homeschooling* pode ser

¹ Tendo em vista que o Homeschooling é uma atividade de responsabilidade dos pais, este trabalho tratará primordialmente dos direitos relativos às crianças e aos adolescentes, quando o assunto estiver direta e indiretamente relacionado a esse tema.

² O ENEM não mais certifica o aluno que concluiu o ensino médio; o certificado agora se dá por meio do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja).

³ PRADO, Caroline do. **Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao-7wvulatmkslzdhwncstr7tco>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 888815/RS. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso Porto Alegre, 8 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 02 maio 2017.

considerado uma via legítima de orientação educacional aos filhos sem que se incorra em omissão intelectual por parte dos pais?

A hipótese aqui apresentada caminha para a direção de que o *Homeschooling*, a partir de uma ideia de política pública que o regulamente, é uma modalidade legítima de ensino a cargo da escolha dos pais, uma vez que a eles cumpre a tarefa de patrocinar um tipo de educação inclusiva, participativa, multicultural, respeitosa e de formação para uma identidade constitucional autônoma.

Assim, no primeiro capítulo serão abordados, em síntese: os direitos fundamentais e sua relação com a dignidade da pessoa humana, em específico os direitos individuais e sociais que auxiliam no fundamento do exercício do *Homeschooling*, de modo a demonstrar que o direito à educação é de suma importância para o cumprimento da função social do Estado Democrático de Direito; a relação entre Estado e família e a discussão entre esfera pública e privada; os limites de atuação do Estado na esfera da família e, por fim, a importância do papel da família na sociedade e a legitimidade de seu poder. Busca-se saber qual o limite da intervenção do Estado em meio a liberdade de escolha dos pais ou responsáveis quanto à matrícula de seus filhos ou pupilos na escola regular.

A importância de definir o Estado Democrático de Direito justifica-se por duas razões: a) é nele que se reconhecem e são protegidos os direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988; e, b) pelos direitos às liberdades individuais que os pais possuem em escolher o tipo de educação que querem dar aos seus filhos, e no direito à educação recebida pela criança, para que seja cumprida a finalidade da educação.

Por sua vez, o segundo capítulo trata da importância e dos alicerces da educação para a criança⁵, para a família e para o Estado. Ainda, será exposto acerca da abrangência e aplicabilidade da educação, enquanto direito fundamental na esfera protetiva da criança, e onde seus fundamentos jurídicos estão assegurados no ordenamento brasileiro e pelos tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

⁵ Ainda, importante destacar, que os tratados internacionais tratam crianças como sendo os que possuem até 18 anos.

Por fim, no terceiro capítulo será demonstrado que o *Homeschooling* é um instrumento de garantia do direito fundamental social à educação (aqui, entende-se como sendo uma ferramenta para a formação de um cidadão autônomo); momento em que será conceituado e analisado seus aspectos normativos.

Importante destacar que, ainda que o *Homeschooling* não tenha norma que o defina, durante os governos dos presidentes Médici e Ernesto Geisel, foram publicados o Decreto-Lei n. 1.044/69 e a Lei n. 6.202/75, os quais trazem, como exceção à escola pública, em casos por elas definidos, a possibilidade de se estudar em casa, financiado pelo próprio governo.

Desse modo, a finalidade deste trabalho está em demonstrar que o *Homeschooling*, não desvinculado de uma política pública que o regularize, é uma modalidade de ensino que, ao mesmo tempo em que é um meio legítimo de exercício da autonomia dos pais em relação à educação de seus filhos, é um instrumento que garante e promove o direito das crianças à educação.

A pesquisa se dará pelo modo qualitativo, em que serão estudados e interpretados conceitos filosóficos, jurídicos e legais com uma extensa bibliografia. A técnica utilizada é a dedutiva.

Destaco ainda que, sempre que for necessário traçar uma linha histórica, isso será feito em consonância com o assunto tratado no tópico, para melhor compreensão do raciocínio que será exposto.

Ainda, esclareço que durante toda a explanação do tema, a liberdade de escolha dos pais, sua autonomia e responsabilidade pela educação dos filhos, e, por fim, o direito destes à educação, serão tópicos centrais e recorrentes nesse trabalho e dialogarão constantemente entre si. E, por último, insta salientar, que não será objeto de análise deste realizar comparação entre as modalidades de ensino.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RELAÇÃO DO ESTADO COM A FAMÍLIA

A Constituição de 1988, em resposta ao regime ditatorial, constituiu a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, estabelecendo como princípios fundamentais da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político⁶.

Ter esses elementos como princípios fundamentais da República significa dizer que todo o texto constitucional – logo, todo o ordenamento jurídico brasileiro – deve ser interpretado em consonância com esses princípios⁷. Frise-se, desde então, que os direitos sobre os quais se discorrerá adiante buscam assegurar o Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, tem-se a ideia de que os direitos fundamentais e a soberania popular seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa, de modo que passam a ser considerados, além de instrumentos de defesa das liberdades individuais, elementos da ordem jurídica, o que os integra em um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico⁸.

Muitas são as liberdades que asseguram aos pais o direito de escolherem a educação⁹ que querem dar a seus filhos. O poder público, não detendo razões legais para tanto, deve abster-se de atuar nesses casos, uma vez que as liberdades fundamentais são direitos de natureza negativa, ou seja, demandam inércia por parte do Estado. Dessa forma, quando a Constituição, em seu art. 227, assegura com absoluta prioridade o direito à educação da criança, o qual é o principal meio de levar o indivíduo à emancipação social, somente autoriza uma reação do Estado quando tal for violado. Esses paralelos, portanto, apontam que aos pais cabe o exercício da cautela na hora de escolherem como irão educar seus filhos.

⁶ BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

⁷ Ibidem.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 561.

⁹ O conceito de educação será tratado mais adiante.

Assim, sob os fundamentos previstos no art. 1º da Constituição Federal, será demonstrado a relação entre o Estado e a família trazido pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional no Estado Democrático de Direito, com vistas à garantia das liberdades individuais, bem como dos direitos sociais de cada pessoa inserida na sociedade.

1.1 Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, inciso III, a Constituição reconhece que o Estado existe em função da pessoa humana. Esse importante princípio, juntamente com os demais fundamentos, deve servir de base para a interpretação de toda ordem constitucional; a qualidade normativa da dignidade humana se traduz pela certeza de que não se trata apenas de conteúdo ético, mas em sua plenitude constitucional formal e material¹⁰.

A dignidade da pessoa humana implica tratar a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado, de modo que esse metaprincípio abrange não só a dignidade de cada indivíduo, mas também a dignidade de todos no contexto de uma sociedade¹¹. Ou seja, além de ser inerente à própria condição do ser humano, possui significado na dimensão social. Segundo Ingo Sarlet:

A dignidade apenas ganha significado em função da intersubjetividade que caracteriza as relações humanas, cuidando-se, nessa perspectiva, do valor intrínseco atribuído à pessoa pela comunidade de pessoas e no correspondente reconhecimento de deveres e direitos fundamentais¹².

Com sua dupla dimensão, negativa e positiva, ainda atua como um limite e dever dos poderes estatais e da comunidade em geral; como limite atua de maneira a gerar direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, oriundas do Estado ou de particulares e, como tarefa, implica

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 124.

¹¹ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

¹² SARLET, 2005 apud CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 125.

deveres de proteção vinculados aos órgãos públicos, assegurando-lhes o respeito e promoção decorrentes dos deveres fundamentais por parte de terceiros¹³.

Ainda, há três elementos da dignidade humana que são internacionalmente conhecidos e importante para esse estudo: a) igualdade – requer que todos sejam tratados com igual consideração e respeito, sem distinções de qualquer natureza; b) direitos de personalidade - como vida, liberdade, honra, integridade moral, imagem, integridade física, direito ao próprio corpo, às partes separadas do corpo, direito ao nome e à intimidade; e c) autonomia - a habilidade individual de regular seus próprios assuntos, isto é, de determinar os fins a serem atingidos e os meios para atingi-los¹⁴.

De tal modo, defende-se a ideia de que a dignidade da pessoa humana possui como núcleo essencial caracterizador dois princípios: a) princípio da igual importância – cada vida humana tem igual importância, de modo que não deve ser desperdiçada; e b) princípio da responsabilidade especial – cada pessoa tem a responsabilidade pelas suas próprias escolhas. Ou seja, a dignidade humana, inerente ao ser humano, é reconhecida quando as pessoas são tratadas com igual consideração e respeito – ser tratado em sua individualidade, como ser capaz de tomar suas próprias decisões e ser responsável por elas¹⁵.

Essa ideia de um valor próprio, supremo e inalienável, inerente à condição de ser humano, bem como a ideia de igual consideração e respeito dos interesses de cada indivíduo, da sua vida, autonomia, liberdade e bem-estar, é o mesmo conjunto de princípios e elementos que também fundamentam a existência de um catálogo típico de direitos fundamentais, justificando a organização da comunidade e existência do Estado¹⁶.

Pode-se dizer, que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada aos direitos fundamentais e, portanto, aos princípios que legitimam a autonomia familiar. Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais se destacaram na medida em que constituíram como parâmetro hermenêutico e valores

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 125.

¹⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 82.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2016. v.1. p. 59.

superiores de toda a ordem constitucional e jurídica¹⁷. O uso dessa expressão, inspirada na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa, traduz a escolha pelo direito constitucional positivo. Isto porque, aplica-se àqueles direitos do homem¹⁸ reconhecidos e previstos na esfera do direito constitucional¹⁹. Os direitos fundamentais não se confundem com as normas que os garantem; as normas precedem o direito, sendo impossível falar em direito ou dever sem uma norma que o assegure, ainda que sejam inerentes ao homem, há a necessidade de serem reconhecidos pelo Estado²⁰.

A ideia de fundamentalidade dos direitos encartados no catálogo correspondente²¹ está diretamente ligada à presença das características formal (previstos expressa ou implicitamente) e material (cláusulas pétreas) desses direitos, apontando para a noção de dignidade destes. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito escrito; a fundamentalidade material decorre da circunstância de serem elementos constitutivos da Constituição em sua vertente material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Pode-se dizer que é por meio do direito constitucional formal que a concepção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, além daqueles já previstos²².

O art. 5º em seu §2º da Constituição de 1988, permite um alcance ainda maior aos direitos fundamentais, tornando-os normas materialmente abertas. Ou seja, a Constituição inclui, além do texto expressamente previsto, normas implícitas e que indiretamente podem ser deduzidas. Assim, por meio da hermenêutica é possível constatar direitos que não foram expressamente elencados no texto constitucional, mas que podem ser equiparados aos direitos fundamentais²³.

Essa abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67.

¹⁸ Para fins desse estudo, entende-se homem como gênero e não como espécie.

¹⁹ SARLET, op. cit. p. 29.

²⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

²² SARLET, op. cit. p. 76.

²³ *Ibidem*. p. 80-81.

indivíduo (isolada e coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto²⁴.

O catálogo de tais direitos, tão logo, não é taxativo, de forma que a Constituição se apresenta como, segundo Carvalho Neto,

Moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento á luz das novas concepções dos direitos fundamentais²⁵.

Assim como as definições da forma de Estado, do sistema de governo, da organização do poder e os direitos fundamentais são considerados a essência do Estado constitucional, compondo, para além de parte da Constituição formal, elementos basilares da Constituição material, sem restar dúvidas acerca da importância de tais direitos ao Estado Democrático²⁶.

Certo, então, considerar os direitos fundamentais, sob o reconhecimento de sua importância e anterioridade pela própria ordem constitucional²⁷, como limitações do poder estatal e critérios de legitimidade desse poder, na medida em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça que é hoje indissociável de tais direitos”. Dessa forma, deixaram seu caráter subjetivo e adquiriram força jurídica de valores objetivos básicos negativos (interesses contra o Estado) e positivos (dever de prestação do Estado)²⁸.

Com esse salto para dentro do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais possuem o que a doutrina alemã determina de eficácia irradiante ou

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 83.

²⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁶ SARLET, op. cit. p. 59.

²⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Os direitos fundamentais**. 1988. p. 127. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181862/000439758.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 jun. 2017.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 186.

efeito de irradiação, no sentido de que, em sua condição de direitos objetivos, são parâmetros para aplicação e avaliação do direito infraconstitucional²⁹.

Corroborando isso, o Estado de Direito (em seu aspecto material), além de garantir formas e procedimentos relativos à organização do poder e de competências dos órgãos públicos, reconhece determinados valores, direitos e liberdades fundamentais anteriores ao próprio Estado, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, tornando-os parte legitimadora da ordem constitucional e do Estado³⁰.

Reconhece-se uma relação de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito. Ainda que anteriores à própria formação do Estado, na medida em que os direitos fundamentais são critérios de legitimação do Estado de Direito, precisam do seu reconhecimento e garantia. Destarte, Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito³¹.

Dada a relevância atribuída à dignidade da pessoa na comunidade internacional e no direito interno, podemos dizer que a Constituição, ao citar mais de três vezes esse princípio no capítulo que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, concedeu maior valor aos assuntos que dizem respeito à família e às pessoas que a integram³².

Nesse sentido, o constituinte buscou considerar a família como base essencial da sociedade e merecedora de especial proteção³³, demandando que seus princípios e valores devam ser reconhecidos e garantidos pelo Estado e representados pelos seus integrantes, sob o fundamento último do Estado Democrático de Direito.

²⁹ Associado a isso está o fenômeno da constitucionalização do Direito, em que os direitos (materialmente fundamentais) passam a receber, de forma expressa ou tácita, o caráter de norma constitucional.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

³¹ *Ibidem*. p. 61.

³² MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 78.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

1.1.1 Direitos individuais e sociais

Alguns dos direitos referentes às liberdades que aqui serão tratados são direitos individuais e sobre eles há considerações relevantes que a serem feitas. A proposta de análise dos direitos individuais e sociais ao fim desta pesquisa, dá-se em virtude de o ponto central deste estudo se basear no direito à liberdade dos pais em escolherem o tipo de educação que querem dar aos seus filhos de modo que devem assegurar o direito social à educação que a criança possui, cuja destinação é torná-la cidadã em um Estado fundamentado na democracia.

A Constituição de 1988 classifica-os em cinco categorias: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos relativos à nacionalidade; d) direitos políticos; e e) sobre os partidos políticos³⁴.

Mencionados direitos, bem como sua classificação, representam um corpo integrado resultante de um processo histórico, que coincide com a história do constitucionalismo – desde a Revolução Francesa de 1789, o constitucionalismo é associado à garantia dos direitos fundamentais, sendo previsto no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que a proteção dos direitos individuais é condicionada à própria existência da Constituição³⁵.

Anterior à esse período, o poder do Estado era ilimitado, não havendo um direito próprio do indivíduo capaz de se opor à essa força. Com o pensamento iluminista, os pensadores da Escola de Direito Natural passaram a dar fundamento “racional e científico” à direito³⁶.

Sobre isso, Raul Machado Horta elucida que

Recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma Imperial e republicana, para retornar seu vigor nas ideias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o renascimento

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 81.

³⁶ Certo que a primeira declaração de direitos fundamentais na história deu-se anterior a Revolução Francesa, com a Magna Carta de 1215, o “Ato de *Habeas Corpus*” de 1679 e o “Bill of Rights” de 1688.

e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das ideias políticas e filosóficas das correntes de pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirmam a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem³⁷.

A ideia de proteção dos direitos individuais veio do Estado Liberal do Direito, em decorrência das pretensões por espaço econômico da burguesia na busca pela exclusão do Estado da esfera jurídica do indivíduo. Entretanto, a busca pela neutralidade do poder estatal em face dos problemas sociais e econômicos conduziu o povo ao capitalismo desenfreado; momento este em que houve a necessidade do Estado Liberal se transformar no Estado Social, surgindo as declarações dos direitos e deveres sociais.

Com as constituições passando a garantir, além dos direitos individuais, os direitos sociais³⁸, o Estado de Direito surge com a dupla finalidade de submeter o poder à lei e de criar um controle jurídico do poder.

Assim, um direito fundamental se define como um direito individual básico, abstrato, contra o Estado, como os direitos à liberdade, à vida, à igualdade. Ressaltando o que fora dito, o direito individual contra o Estado corresponde um direito político e moral anterior às leis, com força suficiente para suplantar o interesse geral³⁹.

As liberdades consagradas partiram da perspectiva da pessoa humana que busca, nas palavras do professor Paulo Gonet Branco, “a autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”. O Estado Democrático se expõe em duas justificativas: como meio de estimular as liberdades, inclusive assegurando maior igualdade entre todos e evitando que se tornem apenas formais; e como instância de solução de conflitos quando pretensões dessas liberdades colidem. Em contrapartida, elas atuam a favor do regime democrático ao viabilizarem a participação de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais⁴⁰.

³⁷ HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista Informação Legislativa**, Ano 20, n. 79, jul./set. 1983. p.147-148.

³⁸ Os direitos individuais limitam a atuação do Estado, impedindo que esta aja contra as liberdades fundamentais inerente ao homem. Já os direitos sociais pedem uma atuação por parte do Poder Público. MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 340.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

Os direitos sociais, por sua vez, surgiram com a Constituição Francesa de 1848, na busca de corporificar a possibilidade de políticas e intervenções do Estado a favor de um equilíbrio social. A Constituição de Weimar (1919) aprofunda a existência de uma sistemática de direitos sociais. O Estado Social de Direito estrutura-se definitivamente com a crise econômica de 1929 e as consequências da 2ª Guerra Mundial⁴¹.

A fim de que, após o período de 1945, consolida-se em um conjunto de políticas públicas favoráveis à manutenção de um padrão mínimo de convivência e solidariedade social. Os direitos sociais, assim, não são resultantes de uma propalada neutralidade, mas de uma deliberada política do Estado, em resposta ao Estado Liberal.

A história do Estado Social no Brasil é muito recente; surgiu como protesto aos projetos liberais das Cartas de 1824 e 1891, para que o país tomasse a postura de tutelar os direitos sociais. Ainda que a ideia destes direitos tenha surgido na Constituição de 1934, o seu conjunto só foi previsto de modo específico no Título II da Carta Constitucional de 1988, caracterizados como autênticos direitos fundamentais, ao lado dos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos políticos e normas acerca da nacionalidade, e também consagrados direitos básicos e de caráter geral⁴².

A Constituição e o Estado, desde então, comprometeram-se para com a justiça social, a qual é evidenciado pelo preâmbulo e pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A justiça social perpassa os objetivos fundamentais da República que estabelecem como norte a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e demais redução de desigualdades sociais.

Assim como os direitos individuais, os direitos sociais extravasam do rol do art. 6º da CF/88, englobando, nos termos do art. 5º, §2º da CF, direitos e garantias implícitos, direitos positivados em outras partes do texto constitucional e direitos previstos em tratados internacionais⁴³.

⁴¹ VIEIRA, José Ribas. Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, ano 26, n. 104, out./dez. 1989. p. 278-279.

⁴² HABERMAS, Jürgen. **Teoria y Praxis**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 87.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 540.

1.2 A função do estado democrático de direito e o direito social à educação

No atual regime político, o democrático de direito, a educação possui o fundamental papel de emancipar o indivíduo para o exercício pleno da cidadania, ou seja, tem a função de formar cidadãos⁴⁴. Cumpre aqui o debruce sobre a compreensão desse regime com o objetivo de melhor compreender o modo pelo qual a educação é peça fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O ser humano é, por essência, um ser social, harmonizando e regulamentando interesses mútuos; em formação constante no contato com o seu semelhante, sendo essencial ao seu ser tal característica⁴⁵. A vida em sociedade, por si só, não garante satisfatoriamente seu objetivo – da felicidade e da sobrevivência humana. Em função disso, surge a necessidade de criar certas normas, com o fito de regulamentar a vida em grupo, almejando a harmonia social⁴⁶. Então, surgem o Estado e o Direito – um não existe sem o outro e ambos decorrem do intelecto humano, sendo necessariamente o Estado personificado e representado por homens.

A ideia de Estado, constituída pela unidade política de um povo⁴⁷ – pelo aspecto do vínculo comunitário de ordem política e de cidadania – manifestou-se na antiga Grécia, com a chamada *Polis*, e pela República dos Romanos. Posteriormente, surgiu o Estado absolutista, que se caracterizou pela confusão do Estado com a pessoa do Soberano. Basta rememorar Luiz XIV dizendo: “O Estado sou eu!”⁴⁸. Essa concentração de poderes, antes de gerar a pretendida harmonia, ensejou insatisfação e o desejo dos pela limitação dos poderes do Estado⁴⁹.

Em resposta ao Estado Absolutista, nasceu o Estado de Direito, isto é, o Estado que se submete ao Direito ao mesmo tempo em que o cria, na busca de

⁴⁴ ADORNO, Theodoro W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 297.

⁴⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 7-8.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid. España, 2003. p. 29.

⁴⁸ SANTIAGO NETO, op. cit. p.10.

⁴⁹ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.). **Direito à Educação**: aspectos constitucionais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 194.

evitar arbítrios e autoritarismos. O próprio Estado está submetido aos limites impostos pela lei, o que altera sua relação com a sociedade. Súditos se transformam em cidadãos⁵⁰.

A primeira manifestação do Estado de Direito foi o Estado Liberal, no qual havia uma completa separação entre o Estado e a sociedade – que dele e de suas interferências ansiava se ver livre – marcado pela ascensão da burguesia, surgimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica e à progressiva internacionalização da economia e do comércio. Do Estado se esperava apenas a garantia das liberdades públicas, jamais intervenções e regulações⁵¹.

No irromper da I Guerra Mundial (1914) e a queda da Bolsa de Nova York (1929), a sociedade começou a se tornar mais complexa. Houve uma mudança em sua estrutura, eis que as massas passaram a reivindicar direitos trabalhistas, previdenciários e sociais. Dita mudança estrutural foi responsável por alterar o ordenamento jurídico, garantir a propriedade e o contrato não eram mais suficientes. O Estado Liberal demonstrou o seu declínio ao intervir na vida social e na economia. Assim, os direitos sociais angariaram lugar nas Constituições, inaugurando o Estado Social⁵².

Contudo, o Estado Social deixou transparecer sua disfuncionalidade. Habermas elucida que, “do ponto de vista jurídico, um dos aspectos inquietantes da ‘crise do Estado social’ residia na ‘insensibilidade’ das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes”⁵³. O anseio por liberdade é da essência do ser humano. A ideia de um Estado que decide o que é melhor para os seus cidadãos, além de os infantilizar, lembra em muito as feições do Absolutismo, contra o qual tanto se lutou. Assim, não sendo possível realizar as suas promessas, o Estado Democrático despontou como o modelo desejável, sobretudo após a II Grande Guerra.

⁵⁰ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.). **Direito à Educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 194.

⁵¹ POLANYI, Karl. **The Great Transformation**. Boston: Beacon Press, 1957. p. 163.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 125.

Referido regime intenta assegurar à sociedade a liberdade necessária para gerir sua própria existência e individualidade⁵⁴. A igualdade, o tratamento com igual consideração e respeito, é o ideal político máximo que um Estado deve almejar⁵⁵. Nenhum governo é legítimo se não demonstrar idêntico apreço pelo destino de todos os seus cidadãos. A marca do Estado Democrático de Direito é, pois, a busca da igualdade, sendo impossível cogitar qualquer outro parâmetro que não a democracia⁵⁶.

A democracia de direitos se dispõe a garantir, efetivamente, as liberdades individuais de forma igualitária entre os seus cidadãos⁵⁷. Como adverte Zaffaroni, “a incorporação de novas camadas sociais a uma cidadania real inevitavelmente se dá mediante um Estado do bem-estar”.⁵⁸

No que se refere ao Estado brasileiro, a Constituição de 1988 incorpora ao texto o conceito de Estado Democrático de Direito, juntamente com o princípio republicano e a forma federativa de Estado, perseguindo relacionar o ideal da democracia e o Estado de Direito com o objetivo de transformar o *status quo* da sociedade; uma vez que o Estado Democrático busca transformar a condição social, não se restringe em Estado Social do Direito. À vista disso, o sentido da democracia fomenta a participação pública no processo de reconstrução da sociedade⁵⁹. Para tanto, atente-se ao alerta feito por José de Assis Santiago Neto, no sentido de que:

O Estado Democrático de Direito não é, e nem deve ser, um modelo pronto e acabado. Ao contrário, desde o seu surgimento, com o fim da Segunda Guerra Mundial e os movimentos reformistas das décadas que se seguiram, principalmente nos anos 1960/1970, até hoje, o Estado Democrático de Direito mostra-se um modelo inacabado e inacabável, que será construído a cada dia pela participação popular na construção das decisões do próprio Estado⁶⁰.

⁵⁴ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 15.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 13.

⁵⁷ Ibidem. p. 11.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 113.

⁶⁰ SANTIAGO NETO, op. cit. p. 2.

Ao Estado Democrático de Direito são incorporados os princípios da: a) constitucionalidade: a Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) organização democrática da sociedade; c) sistema de direitos fundamentais: os direitos fundamentais asseguram a autonomia do indivíduo frente aos poderes públicos e respeita a dignidade da pessoa humana, no empenho de defender e garantir a liberdade, justiça e solidariedade; d) justiça social: como mecanismo para corrigir desigualdades; e) igualdade: articulação de uma sociedade justa; f) especialização dos poderes ou funções: relacionamento e vínculo aos objetivos buscados pela Constituição; g) legalidade: regras como medida do direito na busca pela exclusão do arbítrio e prepotência; e, h) segurança e certeza jurídica⁶¹.

Isto posto, o Estado Democrático teria a característica de ultrapassar a formulação do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, de modo a impor à ordem jurídica e à atividade do Estado um conteúdo de transformação social. Ao assumir essa característica, seu objetivo é a igualdade e a constante reestruturação das próprias relações sociais⁶².

Assim, partir do Estado Social de Direito eclodiram os primeiros direitos sociais (saúde, educação etc). Hoje, podemos considerar que é direito à educação é um dos mais importantes direitos sociais, pois é por meio dele que se busca a modificação para uma sociedade “livre, justa e solidária”, “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”⁶³.

Sob o sustento principiológico dos direitos fundamentais, o direito à educação deveria proporcionar educação de qualidade, daí constatou-se a necessidade de consolidá-lo como sendo um direito fundamental, motivo pelo qual o tema foi amplamente discutido no processo constituinte, possuindo previsão constitucional, especificamente, nos arts. 205 a 214 da Constituição de 1988⁶⁴.

O legislador originário, preocupado com a situação da educação no país, estabeleceu a aplicação financeira mínima que deverá ser gasta com a educação e

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114.

⁶² *Ibidem*. p. 114.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 655.

a atuação dos entes preferencialmente na área da educação; ainda, garantiu a educação dos 4 aos 17 anos de idade de forma gratuita⁶⁵.

Uma vez assumido esse importante papel na concretização dos valores constitucionais tutelados, e por ser considerado como um patamar mínimo de dignidade aos cidadãos, a promoção da educação é o modo mais eficaz de propiciar a sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Isto porque a educação oportuniza o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, e conseqüentemente viabiliza o desenvolvimento da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁶⁶.

O constituinte atribui a esse direito maior força normativa, a fim de não dispor, a critério do legislador infraconstitucional, sua efetividade como previsto pelo art. 60 da CF. Com o *status* de direito público subjetivo conferido pela CF/88, a educação, além de possuir poder suficiente para afastar qualquer recusa do Estado em efetivá-la – dada sua aplicação imediata⁶⁷ e sua fundamentabilidade – é um pré-requisito para a concretização de outros direitos fundamentais, uma vez que sem capacidade crítica para tomada de decisões, não há como se falar em democracia⁶⁸.

Além disso, o direito à educação tem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana; sendo que seu impacto a este direito compreende, além de tutelá-lo, a preservação de elementos da personalidade e da identidade do indivíduo e da sociedade.

Diante disso, conclui-se que os direitos subjetivos conferem pretensões a seus portadores somente quanto a seus concidadãos, não havendo direito algum

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 655.

⁶⁶ SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

⁶⁸ SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva 2010. p. 30.

sem a cooperação de sujeitos que reconhecem e cumprem direitos e deveres. Vale dizer, que importa também o reconhecimento pelo Estado⁶⁹.

Nesse sentido, tais direitos, aos quais são imputados legitimidade procedente da liberdade e igualdade, devem ser objeto de deliberação pelos membros de uma comunidade jurídica, para que possam coexistir da maior medida possível de iguais liberdades de ação validadas entre estes, ou seja, os direitos subjetivos não são entendidos *prima facie* como liberdades individuais protegidas contra a ação de terceiros ou do Estado, mas como liberdades pactuadas entre os sujeitos de direito – o que fortalece ainda mais o entendimento que a autonomia privada só pode ser assegurada por meio da autonomia pública⁷⁰.

Assim, conclui-se que as liberdades individuais dos pais no exercício do poder familiar quanto a escolher do instrumento utilizado para prover a educação dos filhos, apenas deve ser considerado após a verificação de que essa deliberação respeitará, prioritariamente, o direito social à educação dos filhos.

1.3 Esfera pública e privada: a relação entre Estado e família

A noção de público e privado sofreu modificação com o passar do tempo, pela alteração dos próprios conceitos de Estado, sociedade e família. O Estado, a princípio como superior à figura do homem, perdeu sua supremacia com a expansão da burguesia e a luta destes por seus direitos individuais reconhecidos. O Estado de Direito, precisamente o Estado Liberal, contribuiu para a noção de família como instituição pertencente à esfera privada⁷¹.

Com o aparecimento da noção do *social*, comum tanto ao público (político), quando ao privado (familiar), trouxe o problema da distinção entre o social público (área política) e o social privado (área do econômico, do mercado), dando lugar a duas novas e importantes dicotomias que estão na raiz dos direitos humanos modernos: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo. É nesse contexto que surge

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 139.

⁷⁰ Ibidem. p. 121.

⁷¹ Ibidem. p. 13.

a privacidade como conhecemos. O social privado passa a exigir a garantia de um interesse público que não se confunda com o governo, ainda que dele precise⁷².

A mudança dessa perspectiva permitiu ao homem agir de forma autônoma nas relações com seu semelhante e, ao mesmo tempo, aprofundar-se no conhecimento da sua própria subjetividade⁷³, descobrindo-se um sujeito dotado de valores pertinentes à sua própria condição de ser humano. Ao direito, portanto, foi atribuído o caráter moral.

Contudo, da relação do direito com a moral surge o problema de eficácia da moral, pois, enquanto no direito os motivos e orientação axiológica estão entre si interligadas num sistema de ação, o mesmo não acontece com a moral. A pessoa que age e julga de acordo com sua moral precisa apropriar-se automaticamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática⁷⁴.

Na expectativa de suprir esse problema, apresenta-se a ideia por trás do princípio do discurso⁷⁵. Esse princípio concentra as proposições que fornecem as bases para discursos racionais práticos, tais como a igualdade entre os participantes, a liberdade na escolha dos temas e suas contribuições, a exigência de acordo comum entre todas as partes afetadas e a exigência de que as decisões tomadas tenham fundamento no melhor argumento – o que representa uma forma de autonomia neutra em relação ao direito e à moral, vinculada à aceitação de normas gerais de ação e que permite uma especificação não subordinada entre formas distintas de discursos práticos; traduzindo-se, portanto, como uma forma neutra da autonomia, conectando o próprio conceito de autonomia privada com a ideia do princípio do discurso⁷⁶.

⁷² HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 65.

⁷³ MORIN apud FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 137.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 150.

⁷⁵ A formulação do princípio do discurso nos diz que “são válidas apenas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. HABERMAS, op. cit. p. 142.

⁷⁶ A pretensão moderna de derivar a legitimidade do direito da ideia de autolegislação, não pôde ser sustentada pela vontade comum de uma comunidade ética homogênea, nem pelo conteúdo moral intrínseco das liberdades individuais. Para Habermas, a racionalidade observada no advento histórico de formas discursivas pós-tradicionais permite a exposição de toda norma de ação à crítica, exigindo sua justificação fundada em argumentos; o que torna necessário uma radicalização da própria ideia de autolegislação: nenhuma norma de ação pode ser afastada da

Assim, o direito moderno – na incerteza dos motivos morais presentes nas estruturas de personalidade de quem utiliza do princípio do discurso – apresenta-se como uma coerção de regulação da conduta. Todavia, as exigências da norma do livre convencimento e sua livre aceitação, presentes no citado princípio, não anula o debate e críticas destas mesmo por quem as cumprem, para que venham a ser modificadas ou declaradas inválidas⁷⁷.

A moral racional configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem seu próprio juízo. [...] Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável de definitiva para as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação⁷⁸.

A partir dessa distinção entre direito e moral, pautada nos elementos institucionais, retira-se as características constitutivas da forma do direito moderno. Ou seja, para que o cidadão participe do debate na esfera pública⁷⁹, com o intuito de apresentar e defender sua opinião acerca de questões que são caras para a comunidade, deve fazê-lo por meio de um discurso racional e coerente que contenha os elementos normativos, sociais, econômicos, políticos, completamente isento de coerção⁸⁰.

Nesse sentido, surge a ideia da *forma do direito*, entendida como forma de institucionalização jurídica, a qual recebe novas especificações na disputa entre o paradigma liberal e o do Estado social, submetendo-se às escolhas cumpridas democraticamente pela autonomia pública dos cidadãos⁸¹.

formação discursiva da vontade sob o pressuposto de um consenso ético inicial ou de direitos originários derivados da natureza humana. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 142.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 151.

⁷⁸ Ibidem. p. 150.

⁷⁹ Esfera pública representa uma dimensão do social que atua como mediadora entre o Estado e a sociedade, na qual o público se organiza como portador da opinião pública. Mas para que a opinião pública seja formada, tem de existir liberdade de expressão, de reunião e de associação. O acesso a tais direitos deve ser garantido a todos os cidadãos. HABERMAS, op. cit.

⁸⁰ Ibidem. p. 158.

⁸¹ Ibidem. p. 158.

Libera-se, portanto, os motivos pessoais para a obediência de normas jurídicas, as quais podem, então, ser seguidas não mais apenas pela convicção de que são os justos resultados da própria formação autônoma da vontade, mas também pelo arbítrio de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, para o qual a regra jurídica constitui um empecilho fático, cujas consequências previsíveis no caso de transgressão devem ser pragmaticamente consideradas⁸².

O direito, além de envolver processos de formação de opinião e de vontade, envolve também decisões coletivamente obrigatórias das autoridades que fazem e aplicam a lei, tornando necessário distinguir entre os que produzem o direito e os que atuam como destinatários. Ambos os sujeitos necessitam da autonomia para assegurar que a formação do direito seja realizada segundo um consenso discursivo entre os cidadãos e, simultaneamente, direitos individuais garantam esferas de liberdade que proporcionem uma independência suficiente entre os destinatários, de modo que se reconheçam com igual consideração e respeito, no escopo de formar, ausente de coerção, sua opinião e vontade⁸³.

A forma jurídica contém em si a necessidade de positivação das liberdades individuais, ou seja, os direitos subjetivos que protegem as convicções pessoais estão sob os ares da legalidade, dando aos destinatários a escolha sobre como se dará a obediência à norma⁸⁴.

O medium do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o status dos sujeitos de direito como portadores de direitos subjetivos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora. Resulta disso o valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente. Elas garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa.⁸⁵

⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 51, 148; 151; 158.

⁸³ Ibidem. p. 159.

⁸⁴ Ibidem. p. 155.

⁸⁵ Ibidem. p. 155.

Portanto, abstrai-se que, dentro da sua autonomia privada, os sujeitos de direito não são obrigados a prestar contas, nem a apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação, uma vez que estão na dimensão do direito positivado à sua liberdade de agir, enquanto sujeitos constitucionalmente reconhecidos.

As liberdades individuais possuem um valor discursivo intrínseco a elas no âmbito da liberdade comunicativa negativa – seria a possibilidade mútua dos participantes de um discurso tomarem uma posição nas questões levantadas, mas também de se absterem do contexto do debate⁸⁶. Ou seja,

A explicação da ‘liberdade comunicativa’ não seria suficiente se não contivesse a liberdade de se retirar da comunicação enquanto tal, quer dizer, de se ‘colocar fora’ das obrigações ilocucionárias mútuas. Sem essa terceira possibilidade de escolher ‘exit’ ao invés de ‘voice’ ou ‘loyalty’, a liberdade comunicativa não seria de fato um tipo de liberdade. A decisão de comunicar deve ser livre. Ela é constitutiva tanto da liberdade do falante de levantar uma pretensão de validade, quanto da liberdade do ouvinte de tomar a seu respeito uma posição positiva ou negativa. Qualquer coerção violaria a condição de sinceridade necessária ao sucesso ilocucionário de um ato de fala.⁸⁷”

De tal modo, a liberdade negativa, presente na esfera privada protegida contra intervenções do Estado ou de terceiros, é tida neste momento como a liberdade do cidadão para se retirar do espaço público e das obrigações ilocucionárias. À vista disso, apresenta as condições iniciais de um discurso racional, no momento em que protege a primeira decisão de participar ou não dos diálogos⁸⁸.

Ainda, a autonomia privada, inicialmente apresentada como a liberdade negativa para se ausentar de discursos, garante a liberdade também num sentido positivo:

Esta abstração [referente à construção da “personalidade jurídica” em razão da capacidade de portar direitos subjetivos] tem um significado assegurador da liberdade; o status da pessoa de direito protege a esfera interior da qual uma pessoa concreta, responsável moralmente, e que conduz a sua vida de modo ético, pode desenvolver-se livremente. A redução do sujeito de direito a um

⁸⁶ GÜNTER, Klaus. Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis. In: ROSENFELD, M., ARATO, A. (Eds.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkley: University of California Press, 1998. p. 236.

⁸⁷ Ibidem. p. 238; KIRSCHMAN, A. O. **Exit, voice and loyalty: decline in firms, organizations and states**. New York: Harward University Press, 1980.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 113.

portador de direitos subjetivos, dotado de liberdade de arbítrio, só adquire um sentido moral e ético na medida em que a garantia jurídica de liberdades subjetivas garante uma esfera para uma forma de vida consciente e autônoma. O direito se apresenta como uma “máscara protetora” (H. Arendt) para a pessoa individuada na história e que deseja viver de modo consciente e autêntico⁸⁹.

Ainda, a primeira liberdade (liberdade de arbítrio) – de participar ou não de discursos – não se limita a garantias jurídicas, mas também protege, ao mesmo tempo, a liberdade ética do indivíduo – considerada uma especialização dos discursos racionais práticos modernos – para a realização do próprio projeto existencial de vida⁹⁰. Podemos dizer que a possibilidade do arbítrio conferida ao sujeito de direito é condição para o próprio exercício da sua liberdade ética.

No âmbito de suas liberdades individuais, portanto, os sujeitos de direito decidem quando e como irão fazer uso de suas *capacidades comunicativas*. Dessa forma, a liberdade de arbítrio e a liberdade ética coabitam o interior da autonomia privada e sua diferenciação não se define por distintas perspectivas de análise (observador e participante), mas por diferentes possibilidades de uso de linguagem de dados ao próprio sujeito de direito⁹¹.

Nesse sentido, a autonomia privada em função de direitos subjetivos tem uma relação necessária com a autonomia pública – há uma relação de cooriginaridade entre elas, pois para se ter a autonomia privada é necessário que esta seja reconhecida pela autonomia pública. O próprio princípio do discurso exige dos destinatários seu assentimento em relação às normas de conduta que regulam suas ações⁹². Somente pelo exercício da liberdade política, a autonomia privada recebe uma interpretação substancial específica, sendo necessária a inclusão dos direitos fundamentais destinados à estruturação da autonomia pública. “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”⁹³.

Por meio da autonomia pública dos cidadãos é que se decide acerca do conteúdo dos direitos objetivos privados – o que demonstra a possibilidade do

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 148.

⁹⁰ Ibidem. p. 311.

⁹¹ Ibidem. p. 160.

⁹² Ibidem. p. 163.

⁹³ Ibidem. p. 159.

autogoverno, ou seja, da sociedade caminhar sozinha, em nome do direito natural. Nessa medida, exige-se uma despersonalização da ideia de soberania popular em direção a uma compreensão procedimental de autonomia pública⁹⁴. A legitimidade das normas jurídicas se quedariam nos procedimentos deliberativos, uma vez que vontade popular possa ser verificada por meio da igualdade de todos ao expressarem cada um sua opinião e ser, assim, aceito por todos o melhor argumento⁹⁵.

Além disso, a agregação social que permite falarmos de uma vontade coletiva é explicada nos termos de uma associação voluntária de parceiros do direito, os quais concordam em regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo⁹⁶.

O status de membro de uma comunidade jurídica é um direito individual que compõe a autonomia privada. É dizer, a figura do autor de normas jurídicas pressupõe a figura de seu destinatário – sujeito de direito, portador de iguais liberdades subjetivas de ação e reclamação. Esse sujeito precisa ser reconhecido, não somente pelo Estado, mas pelos seus concidadãos. Nesse sentido, os cidadãos encontram o *médium* das iguais liberdades subjetivas como linguagem apropriada para a reivindicação e positivação de direitos, o que protege a formação da consciência individual, para que a formação política da vontade possa ser caracterizada como um processo íntimo que possibilite a arguição de pretensões de validades normativas passíveis de serem questionáveis.

Disse-se com base nisso que

O discurso democrático deve estar ancorado nos direitos fundamentais liberais e, por sua vez, somente por meio do discurso democrático cabe prosseguir a interpretação e institucionalização dos direitos fundamentais. Todavia, [...] aqui encontramos um círculo prático inevitável e não um círculo vicioso de tipo teórico⁹⁷.

Portanto, promover a educação faz com que o indivíduo se capacite para o exercício da cidadania no ambiente da esfera pública e, desse modo, seja

⁹⁴ HABERMAS, Jürgem. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. 136-137.

⁹⁵ Ibidem. p. 164.

⁹⁶ Ibidem. p.158-159.

⁹⁷ WELLMER, A. "Bedingungen einer demokratischer Kultur. Debatte zwischen 'Liberalen' und 'Kommunitaristen'", in Idem, Endspiele: die unversöhnliche Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

reconhecido pelos seus concidadãos como sujeito detentor de direitos, livre para manifestar suas vontades ou recusar-se a fazê-la.

1.3.1 Atuação do Estado na esfera familiar e seus limites

Como vimos, no Estado absolutista a relação entre governo e sociedade dava-se entre soberano e súditos. Diante dessa realidade, na medida que a classe burguesa se fortaleceu com o avanço do comércio, iniciaram-se reivindicações para que seus direitos às liberdades fossem reconhecidos pelo Estado, dando início na história ao que foi chamado de Estado Liberal. Contudo, com o avanço da economia pelo Estado burguês, as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas; e uma nova classe, em resposta aos abusos da burguesia, surge pela luta de seus direitos: a classe operária. Com isso, deu-se abertura ao Estado Social de Direito.

Durante esse período, uma concessão de direitos sociais à massa da população foi necessária para a pacificação social ao retorno do funcionamento tranquilo do mercado. A constitucionalização insincera desses direitos, mediante normas desprovidas de valor, programáticas, nada mais foi do que uma ilusão que atraiu uma enorme massa social⁹⁸. Com a crise de 1929 e ante a “catástrofe” da Segunda Guerra Mundial, o Estado passou a intervir ainda mais na esfera privada.

Contudo, ainda que hoje o Estado regulamente e proporcione políticas públicas com o escopo de prestar assistência e proteção à população, seu poder de atuação na esfera privada é limitado pela norma constitucional. O Estado possui um amplo campo de atuação, mas que se restringe à algumas áreas, a exemplo do caso da mais íntima parte da esfera privada – a família. Conforme se demonstrará adiante, o Poder Público não tem legitimidade para agir dentro da esfera íntima da família, salvo quando for hipótese de prestar assistência, proteção ou hipóteses de intervenção (art. 226, §8º e 227 da CF/88)⁹⁹.

Seu papel é o de reconhecer os direitos subjetivos e, como menciona seu art. 226, a Constituição, além de reconhecer a família como instituição privada, reconhece-a como a base da sociedade e portadora de especial proteção do Estado.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

⁹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

Por isso, de acordo com a norma constitucional, tem o dever de garantir a proteção, a saúde, a educação, o lazer entre outros direitos da criança; ao Estado cabe a atuação subsidiária, o que se explanará posteriormente. Nesse sentido, interessante o que Jürgen Habermas escreve:

Desta perspectiva, resulta compreensível a recomendação de que o legislador limite ao mínimo possível as intervenções estatais necessárias à proteção jurídica da criança. A juridificação de âmbitos da ação comunicativamente estruturados não deve ir além da implantação dos princípios do Estado de direito, da institucionalização jurídica da estrutura externa, seja da família ou da escola. [...] Nas esferas do mundo da vida, anteriormente a toda juridificação, existem normas e contextos de ação que de modo funcionalmente necessário dependem do entendimento como mecanismo de coordenação da ação. Da mesma forma como o processo familiar de socialização, os processos pedagógicos de ensino são de certa maneira algo previamente dado. Estes processos de formação escolar e familiar que decorrem comunicativamente devem poder funcionar com independência das regulações jurídicas. Quando, no entanto, a estrutura da juridificação exige controles administrativos e judiciais que não apenas completam com instituições jurídicas o contexto de ação integrado socialmente, mas que os substituem pelo meio do direito, ocorrem perturbações funcionais¹⁰⁰.

Nessa perspectiva, importante ressaltar como a dignidade do homem atua nesse processo. Reconhece-la traz duas repercussões de demasiada importância para o presente estudo. A primeira trata da sua relação com o Estado – na época da soberania não havia interesses particulares, apenas estatais – quando este se constitui como instrumento de serviço do bem-estar de seus cidadãos, isto é, a ação estatal só é legítima se tiver por objetivo permitir, proteger e incentivar a busca da autorrealização de cada um de seus cidadãos¹⁰¹.

A segunda diz respeito as escolhas individuais de cada pessoa para consigo mesma, de como cada indivíduo decide acerca dos seus hábitos mais cotidianos, como o tipo de alimentação e o meio de transporte para se locomover, até os valores mais profundos, como a escolha da sua profissão, religião, tipo de educação dos seus filhos. Em decorrência direta dignidade da pessoa humana, o sujeito capaz exerce sua autonomia, evitando qualquer tipo de constrangimento, coerção, coação, influência ou manipulação contra sua vontade. É por meio da

¹⁰⁰ HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. v. 2. p. 542-543.

¹⁰¹ Vide, nesse sentido: RUBIN, Edward. **Soul, self, and society: new morality and the modern state**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

autonomia individual que a pessoa se estabelece, adquirir conhecimentos e conscientiza-se do mundo à sua volta. Qualquer intervenção externa à isso é vedada¹⁰².

No que tange aos valores de cada ser, o Estado pode se posicionar de duas maneiras. A primeira delas se consubstancia no perfeccionismo político, pelo qual são estabelecidos determinados valores como diretrizes ou até mesmo regra impositiva. Esse modo é adotado por diversos regimes políticos totalitários – “tirania dos valores” que, pertencentes a determinados grupos, são impostos a toda a sociedade por meio do aparato estatal. Oposto ao perfeccionismo político está o neutralismo, que propõe o respeito pelas escolhas individuais de cada um, de modo que o Estado atue com neutralidade e imparcialidade em relação às diferentes concepções de vida¹⁰³.

Quando o Estado opta por um modo de agir neutro, há duas espécies que devem ser distintas: a) neutralidade de fins – o Estado não pode ter o objetivo de disseminar ou de restringir certos valores; b) neutralidade de meios – ilegítimas ações estatais que, ainda que sem objetivo de disseminar ou restringir certos valores, possuem esse efeito na realidade concreta. A neutralidade de fins faz parte da essência de qualquer democracia liberal fundada no princípio da dignidade humana e pode ser, portanto, demandada do Estado. O mesmo não se aplica à neutralidade de meio:

[...] qualquer estrutura social fiel aos princípios liberais de justiça política vai inevitavelmente se demonstrar não neutro em seus efeitos em vários grupos sociais, doutrinas abrangentes e modos de vida, alguns dos quais podem não ter resistência aos valores políticos liberal-democráticos. Nenhuma democracia liberal pode prometer neutralidade de efeitos. Isso, porém não poderia contar contrariamente a ela, pois nenhuma concepção de justiça, liberal ou iliberal, pode prometer, para não mencionar entregar, neutralidade de efeitos. Uma vez institucionalmente organizadas, todas as concepções de justiça vão se demonstrar não neutras em seus efeitos em várias doutrinas abrangentes ou modos de vida ao redor dos quais grupos sociais específicos se organizam¹⁰⁴.

¹⁰² MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 99.

¹⁰³ Ibidem. p. 102.

¹⁰⁴ REIDY, David A. Pluralism, liberal democracy and compulsory education. **Journal of Social Philosophy**, v. 32, n. 4, p. 591-592, 2001.

Ainda que muito se discuta acerca da possibilidade ou não de um Estado absolutamente neutro, é irrefutável que todo sistema político fundado na dignidade humana, e em consequência na autonomia individual, direciona-se a uma postura mais neutra em questões morais. Essa relação, entre autonomia e neutralidade, é demonstrada por Will Kymlicka, no seguinte sentido:

[...] nenhuma vida será melhor por ser vivida exteriormente, segundo valores que a pessoa não endossa. Minha vida só será melhor se eu a estiver conduzindo interiormente, segundo minhas crenças a respeito de valor. [...]

Portanto, temos duas pré-condições para a concretização de nosso interesse essencial de conduzir uma vida que seja boa. Uma é que conduzamos nossa vida do interior, em conformidade com nossas crenças a respeito do que dá valor à vida; a outra é que sejamos livres para questionar estas crenças, para examiná-las à luz de quaisquer informações, exemplos e argumentos que nossa cultura proporcionar. [...]

Essa descrição do valor da autodeterminação forma a base do princípio de liberdade de Rawls. Segundo ele, a liberdade de escolha é necessária justamente para que encontremos o que é valioso na vida – formar, examinar e rever nossas crenças sobre valor. [...]

Rawls argumenta que essa descrição da autodeterminação deve nos levar a endossar um “Estado neutro” – isto é, um Estado que não justifica suas ações com base na superioridade ou inferioridade intrínseca de concepções de boa vida e que não tenta deliberadamente influenciar os juízos de valor das pessoas sobre estas diferentes concepções. Ele contrasta isso com as teorias perfeccionistas, que incluem uma visão específica ou leque de visões, quanto a quais são os atributos que mais vale a pena serem desenvolvidos. [...]

Para Rawls, por outro lado, nossos interesses essenciais são prejudicados por tentativas de impor às pessoas uma visão específica de boa vida. [...] Como a vida tem de ser conduzida do interior, o interesse essencial de uma pessoa em levar uma vida que seja boa não é promovido quando a sociedade penaliza ou discrimina os projetos que, ao refletir, ela sente serem os mais valiosos para si¹⁰⁵.

Contudo, ainda que a dignidade da pessoa humana seja o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, no que concerne à esfera privada da família e, principalmente, à educação, o princípio da neutralidade estatal se mostra

¹⁰⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 259-263.

um tanto problemático quando voltamos nossos olhos para a prática – o Estado está cada vez mais interferindo na vida privada de seus cidadãos¹⁰⁶.

1.4 O papel da família na sociedade

A família pertence à esfera mais íntima da vida privada. Com a expansão da participação política e a consolidação dos ideais da cidadania, a esfera pública emerge no final do séc. XVIII, na busca de transformar uma autoridade arbitrária em uma autoridade “racional”, sujeita às decisões dos cidadãos organizados em um corpo público, sob a lei – momento marcado pelo aparecimento do Estado Liberal de Direito. Anterior à ordem social moderna, havia uma diferenciação entre as esferas do Estado e da vida privada. O surgimento da esfera pública burguesa rompe com essa dicotomia ao construir uma nova instância; distingue-se, então, Estado e sociedade civil¹⁰⁷.

As associações voluntárias dos burgueses formaram as bases para o surgimento da esfera pública e dos interesses em geral dos cidadãos. Essas associações eram livres da ingerência do Estado e foram o suporte de uma teia de relações sociais organizadas. Assim, a participação dos indivíduos se dava como sujeitos conscientes de pertencerem a um determinado grupo social com interesses coletivos¹⁰⁸.

O desenvolvimento dessas associações foi acompanhado do crescimento do capitalismo e dos órgãos de comunicação social – os quais propiciaram o estímulo à interação social entre as esferas públicas burguesas. Esse dinamismo da vida burguesa baseada na associabilidade e nos órgãos de comunicação, propiciou o aparecimento de um espaço para a liberdade de expressão e de opinião sobre demandas de cunho político. Em consequência, deram origem à sociedade civil e à chamada *opinião pública*, que se constituem em espaços ou esferas independentes

¹⁰⁶ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 107.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 106, 114.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 119.

do Estado¹⁰⁹. Ou seja, com a autonomia individual foi possível o exercício da autonomia pública.

Destarte, é certo dizer que a esfera pública oferece a possibilidade do indivíduo mostrar-se capaz como cidadão em torno de uma ideia de racionalidade gerada comunicativamente. Consciente de si, a burguesia substituiu a economia doméstica pela atividade produtiva para o mercado e reconstituiu as relações estado-sociedade com base na distinção entre público e privado¹¹⁰.

O ambiente íntimo da família patriarcal burguesa, por sua vez, faria parte da esfera privada num sentido ainda mais profundo. Ela seria compreendida como um âmbito da vida social resguardado não apenas do controle estatal, mas também da própria economia capitalista: “Na esfera da intimidade da pequena família, as pessoas privadas consideram-se independentes também em relação à esfera privada de suas atividades econômicas¹¹¹”. Essa esfera íntima viria somar à liberdade de arbítrio dos agentes de mercado a comunhão amorosa e o livre desenvolvimento de todas as faculdades que distinguem uma personalidade culta, permitindo que estes, afastados das relações sociais da concorrência, fossem capazes enfim de estabelecer entre si relações ‘puramente humanas¹¹².

Os âmbitos de ação integrados na sociedade adquiriram frente aos âmbitos de ação integrados sistemicamente (economia e Estado) as formas de esfera privada e esfera pública, as quais guardam entre si uma relação de complementaridade. O núcleo institucional da esfera privada era constituído pela pequena família, exonerada de funções econômicas e especializada nas tarefas de socialização e, pela perspectiva do sistema econômico, era definida como economia doméstica. Já o núcleo institucional da esfera pública era composta pelas redes de comunicação, reforçadas inicialmente pelas formas sociais, nas quais se materializa o cultivo da arte pela imprensa e mais tarde pelos meios de comunicação de massa, o que possibilitaram a participação do público consumidor de arte na reprodução da

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 1.

¹¹⁰ Ibidem. p. 121.

¹¹¹ HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 65.

¹¹² Ibidem. p. 65.

cultura e a participação dos cidadãos na integração social mediada pela opinião pública¹¹³.

Consoante ao raciocínio anterior, as esferas públicas culturais e políticas são definidas pela perspectiva do Estado como o entorno relevante para a obtenção de legitimação. Desde essa época, a esfera da família é responsável por capacitar o indivíduo ao convívio social e a sua participação ativa na esfera pública¹¹⁴.

Contudo, com a dominação do espaço público pela classe burguesa¹¹⁵ acarretou em reivindicações políticas e culturais. As mudanças políticas, no sentido da democratização e constitucionalização do poder político do Estado, emergiram com mais força onde tais processos estavam transformando o contexto geral da comunicação social, incorporando novos cenários às relações sociais. O que realmente acontecia era uma mudança sociocultural, sendo as reformas estatais e governamentais efeitos da formação da esfera pública¹¹⁶.

O surgimento do proletariado evidenciou que a esfera pública, até em então, era um espaço de debate político que servia apenas aos interesses dos indivíduos de posse que dispunham de formação educacional. Sem condições de participar desses debates, a classe operária empenhou-se na luta pela emancipação, o que fez aparecer uma nova esfera pública - novos direitos passaram a ser reconhecidos pelo, então, Estado Liberal: os direitos sociais.

Em resposta aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, o Estado que antes era liberal, passa ser intervencionista – *welfare state*. O Poder Público começa a interferir na economia, com a regulação dos mercados e na vida social, pela ampliação dos serviços por ele prestados. Esse momento é marcado por uma “mudança estrutural da esfera pública”¹¹⁷.

Podemos dizer que o Estado representa a esfera pública e a família a esfera privada, na medida em que a primeira é o espaço político em que o princípio do discurso é exercido pelo indivíduo reconhecido como cidadão autônomo e capaz

¹¹³ HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. v. 2. p. 471-472.

¹¹⁴ Ibidem. p. 471-472.

¹¹⁵ Esta impunha obstáculos à integração de outras classes sociais.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 135.

¹¹⁷ Ibidem. p. 327.

de tomar suas próprias decisões; e a segunda se identifica com as relações familiares, pois assume uma concepção de relações sociais fixas

A ampliação dos serviços prestados pelo Estado, acarretou em uma maior intervenção por parte deste, o que levou a degeneração da esfera pública, antes tomada pela burguesia; ao contrário do Estado Liberal, em que as pessoas eram mais autônomas e sofriam menor interferência estatal em sua vida privada.

A “família”, assim, seria identificada como o núcleo principal e exemplar da privacidade, no qual seus membros, isentos das pressões do mercado competitivo e das obrigações de prestar justificações públicas, poderiam desenvolver seus projetos de vida individuais de maneira autônoma¹¹⁸. Com isso, a família passa a ser uma instituição especializada em processos de socialização, protegendo a livre formação de individualidades autônomas, ainda que não a garanta por si mesma¹¹⁹.

Em consequência ao crescimento da economia mercantilista, o Estado precisou intervir na esfera privada da família, pois a classe operária passou a ser alvo de exploração pelos burgueses e novas funções foram adquiridas: manutenção da ordem, política fiscal, forças armadas, funções de configuração e atividades de serviços; mas os domínios sociais ainda distinguem-se dos da esfera pública, por terem sua proteção garantida pela intervenção, enquanto que os da esfera privada apenas são regulamentadas pelo Estado¹²⁰.

Conforme o Estado e a sociedade se interpenetram, a instituição familiar se afasta cada vez mais da economia (ambas pertencentes da esfera privada no Estado Liberal) – “pode-se certamente dizer que a família torna-se cada vez mais privada, e o mundo do trabalho e da organização, cada vez mais público”¹²¹, o que leva o direito de família a desfrutar de garantias especiais¹²².

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 164.

¹¹⁹ HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. v. 2. p. 472-476. “Quando os subsistemas penetram na esfera privada da família e a subordinam a seus imperativos, então o papel de consumidor (marcado pelo respeito às exigências econômicas) passa a predominar sobre os papéis de trabalhador e sobre a solidariedade autônoma como membro da família. A unilateralidade dos estilos de vida que se concentram no consumismo foi um dos principais temas da crítica cultural na década de 1960”. COHEN, J. L. and ARATO, A. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge: MIT Press, 1992., p. 502.

¹²⁰ HABERMAS, op. cit. p. 334.

¹²¹ SCHELSKY apud HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 345.

¹²² Ibidem. p. 341.

Desde a era liberal, com a interferência estatal, acarretou na mudança estrutural da família, que perdeu, juntamente com as funções de formação de capital – que na sociedade burguesa o capital era da família – suas funções de criar, educar, proteger, acompanhar e orientar seus filhos. Ela perde força para moldar comportamentos considerados pela família burguesa o espaço mais íntimo do privado. Por conseguinte, percebe-se que a família é desprivatizada em face de uma garantia pública de seu *status*¹²³.

A família cada vez menos passa a ser requerida como agente principal da sociedade, o que promove uma decadência da autoridade paterna – os membros individuais da família são socializados por instâncias externas ao contexto familiar, ou seja, pela própria sociedade¹²⁴, onde hoje há uma multiculturalidade em que nada está errado e tudo está certo. Não há mais uma base para se ter como parâmetro, nem mesmo a Constituição, que perdeu sua plausibilidade.

A interferência do Estado no âmbito mais íntimo da esfera privada fez com que a família mantivesse apenas a aparência de espaço interno de uma privacidade intensificada. Isto porque, ao perder suas tarefas econômicas para o governo, a família perde também suas funções de proteção, dissolvendo-a em uma privacidade aparente¹²⁵.

Com o avanço da urbanização, ocorreu o que se chama de “polarização progressiva da vida social sob os aspectos da ‘esfera pública’ e da ‘privacidade’”¹²⁶. Ou seja, existe uma relação de reciprocidade entre a esfera pública e a privacidade, no sentido de que sem uma esfera privada que o proteja e sustente, o indivíduo é engolido pela esfera pública.

A reciprocidade entre a esfera pública e a esfera privada está destruída. Mas não está destruída porque o ser humano da grande cidade é per se um ser humano de massa e, por isso, não tem mais nenhuma sensibilidade para cultivar a esfera privada, mas sim porque não consegue mais ter uma visão abrangente da vida, cada vez mais complicada, do todo da cidade, de modo que ela seja pública para ele. Quanto mais a cidade como um todo se transforma em uma selva difícil de ser penetrada, mais ele se retrai para a esfera privada, que continua a ser ampliada, mas por fim, começa a

¹²³ Uma série de funções da vida privada foi substituída por garantias públicas de *status*. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 353.

¹²⁴ Ibidem. p. 353.

¹²⁵ Ibidem. p. 354.

¹²⁶ Ibidem. p. 354.

perceber a decomposição da esfera pública urbana, também porque o espaço público é pervertido em uma superfície mal ordenada de uma circulação tirânica¹²⁷.

Disto isso, para que haja respeito às garantias especiais próprias da família e o consequente respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, inseridos no conceito de Estado Democrático de Direito, há a necessidade de reestruturar a reciprocidade entre ambas esferas.

1.4.1 A legitimidade da autonomia familiar

Como já mencionado, a função primária da família é a perpetuação da sociedade, de forma biológica – por meio da procriação, e cultural – e por meio da educação informal/formal (socialização/instrução). Secundariamente, a família desempenha diversas funções: satisfação das necessidades do homem e da mulher; provimento das necessidades básicas de seus membros, unidade econômica primária (que estabelece a divisão do trabalho de acordo com o gênero e a idade), segurança de seus membros, provimento de um ambiente de afetividade e amor.

O conceito de família adotada pelo Brasil e utilizada em censos e em diversas políticas públicas se encontra definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que diz:

Família – conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas como uma, que residam na mesma unidade domiciliar (domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo)¹²⁸.

Na norma constitucional, a família, assim como qualquer outra instituição, deve ter sua função moldada pelos princípios fundamentais da República, em que se

¹²⁷ BARDT, apud HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: UNESP, 2014. p. 357.

¹²⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Conceito de família**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); pelos objetivos fundamentais da república, principalmente no que diz do *bem de todos* (art. 3º, inc. IV); e com os direitos e garantias fundamentais, em especial sobre a igualdade substancial (art. 5, *caput*).

Em consonância, a família é considerada como um “instrumento de proteção avança da pessoa humana”¹²⁹. Ainda, pode-se afirmar que:

É simples, assim, afirmar a evolução de uma família-instituição, com proteção justificada por si mesmo, importando não rara violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de uma família instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses de seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF/88). [...] Desse modo, avulta afirmar, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como um ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como o alicerce fundamental para o alcance da felicidade¹³⁰.

Do mesmo modo que o Estado, a família tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais de seus membros, para que desfrutem o máximo bem-estar possível. Tais direitos, ainda que encaminhados primeiramente pelo Poder Público, são providos pela família. Exemplos disso são os direitos à vida, à segurança, à alimentação, ao lazer, à moradia, que primeiramente são fornecidos pela família, para então haver atuação estatal (proteção, assistência e intervenção), na ausência da impossibilidade de promovê-lo mediante justificativa, a exemplo de casos em que a família não tem condições de prover ou de alguma forma viole esses direitos, aplicando-se o conhecido princípio da subsidiariedade¹³¹.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2012. v. 6. p. 45.

¹³⁰ Ibidem. p. 47-48.

¹³¹ O princípio da subsidiariedade já estava presente na obra de Altússio, em 1614, mas ganha relevância no contexto da teoria do estado mínimo, sendo convocado de novo, no último quartel do Século XX pelas perspectivas neoliberais como o alijar das responsabilidades do Estado, sob a retórica da autonomização das organizações da Sociedade Civil e da redescentralização. SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade: gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2001. Procura explicar a gênese e as consequências deste conceito, sobretudo nos Estados Democráticos, nos Estados Federados e na União Europeia. Considera-o um conceito equívoco, de raízes já aristotélicas, como referencial de luta contra o organicismo e o despotismo, mas que se consolidou com o liberalismo, sobretudo com Locke Althussius, Kant Proudhon, L. Tocqueville, Von Mohl Stuart Mil, Jellinek e Kuyper. A autora referida sintetiza assim o conceito (p. 17): «A subsidiariedade surge,

O princípio da subsidiariedade serve para enfatizar que o Estado apenas deve interferir quando a família não possui a capacidade suficiente para servir os seus membros. À vista disso, a efetivação dos direitos sociais requer a obediência à esses princípios, entende-se que “cada grupo social e político deve auxiliar grupos menores e locais a alcançar seus objetivos sem, contudo, arrogar esses objetivos para si mesmos”¹³². Ou seja, enquanto os bens indispensáveis puderem ser fornecidos pelos cidadãos e associações voluntárias, a atuação estatal dependerá de consentimento e terá sempre caráter auxiliar e assistencial. Sobre isso:

[...] há que recordar – de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas. Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família¹³³.

Voltando os olhos para o direito social fundamental à educação, a Constituição em seu art. 205 determina que duas são as instituições responsáveis por providenciar esse direito: o Estado e a família – com a colaboração da sociedade, que deverá viabilizar e incentivar no que for necessário.

Conquanto o dever do Estado na educação ser minuciosamente detalhado no art. 208, não há nenhum registro na Carta Constituinte que determine o modo de efetivação do dever da família para com a educação. Mais ainda: sendo a educação um dever comum ao Estado e à família, não foi definido expressamente

neste contexto, como base fundamental da ordem jurídica do moderno Estado Social de Direito: a sociedade politicamente organizada estrutura-se à semelhança de uma pirâmide com uma base larga de indivíduos, seguida de corpos intermédios e pelo Estado no topo, mas sem o monopólio da decisão por questões de necessidade e de eficácia. Assim, o interesse público é perseguido, de preferência, quando possível, pelos níveis mais próximos dos cidadãos, assegurando a democracia porque participativa.

¹³² CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 1, p. 38-79, jan. 2003. p. 38. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitlesubsidiarity-as-a-structural-principle-of-international-human-rights-lawdiv/E7CE150E892CF4593B950F4F308AE12F>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹³³ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 10 out. 2014.

quais são as relações entre uma e outra instituição no tocante ao provimento desse serviço¹³⁴.

Ademais, no que diz respeito à responsabilidade pelo exercício do poder e à determinação das competências dessas autoridades, há previsão expressa sobre o tema. Além da Constituição Federal detalhar a distribuição do poder político entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e estabelecer deveres apenas para essas duas instituições – o Estado, juntamente com seus agentes públicos, e a família, representada pelos pais – o Código Civil¹³⁵ e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁶ definem a competência daqueles que exercem o poder familiar, isto é, o pai e a mãe.

Os pais têm o dever da educação (art. 205, CF); de assegurarem

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.

Amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.¹³⁷

Aos pais ainda cabe o dever de “assistir, criar e educar os filhos menores” e dos filhos maiores “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹³⁸.

¹³⁴ A CF somente define deveres para mais de uma instituição no art. 205 e no art. 227. Em ambos os casos, refere-se ao Estado, à família e à sociedade. Apesar disso, ainda não foi desenvolvida pela doutrina brasileira uma teoria jurídica das interações entre o Estado, a família e as associações, que constituem a forma organizada da sociedade.

¹³⁵ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. [...]. Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...]. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹³⁶ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

Ao analisarmos o art. 226 da CF, no que diz respeito à expressão “base da sociedade”¹³⁹, de acordo com os princípios fundamentais do art. 1º da CF/88, a família é o fundamento e o suporte de todas as demais estruturas sociais, não sendo possível “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, inc. I) sem que ela tenha força suficiente para formar indivíduos capazes de conduzir adequadamente as demais estruturas sociais, inclusive o próprio Estado. Conta, ainda, com a proteção de documentos internacionais de direitos que a qualificam da seguinte forma¹⁴⁰:

- Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, dispõe que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade” (Artigo 16, inciso III);
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada também em 1948, dispõe que a família é “elemento fundamental da sociedade” (Artigo VI);
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pela ONU em 1966, dispõe que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade” (Artigo 23, inciso I); exatamente nestes termos também dispuseram:
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pela ONU em 1966;
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pela ONU em 2007 e recepcionada no Brasil com status de emenda constitucional¹⁴¹;e,

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 49.

¹⁴¹ A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 5º da CF o § 3º, que dispôs: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Até o momento, o único ato aprovado com base nessa norma foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), promulgada pela Organização dos Estados Americanos em 1967 e adotada no Brasil em 1992;
- Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pela ONU em 1989, dispõe que a família é o “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças”¹⁴².

A incomparável importância conferida à família faz com que ela tenha poderes e atribuições de mais notável relevância, merecendo a mais acentuada proteção *do* e *contra* o Estado, principalmente quando na própria Constituição consta que somente a família possui “especial proteção do Estado” (art. 226 da CF)¹⁴³. Sua centralidade nas políticas sociais não é algo novo, determinando que:

Ao discutir a centralidade da família nas políticas públicas é importante salientar que no Brasil, segundo Pereira, “a instituição familiar sempre fez parte integral dos arranjos de proteção social”, e acrescenta ainda que, “os governos brasileiros sempre se beneficiaram da participação autonomizada e voluntarista da família na provisão do bem-estar de seus membros” (2006, p.29). Assim, não é algo novo a participação da família, mas o que se coloca hoje é o novo papel que está sendo atribuído. Se antes a família (principalmente a mulher) participava através do cuidado aos dependentes e na reprodução de atividades domésticas não remuneradas, como bem coloca Potyara (2004), hoje ela passa a ser centralidade nas políticas públicas (saúde, educação, assistência social). Chegando a ser um eixo estruturante da gestão do Sistema Único de Assistência social – SUAS: a matricialidade sociofamiliar¹⁴⁴.

Podemos encontrar ainda, no texto constitucional, direitos fundamentais que legitimam a autonomia do poder familiar. Cuida-se da liberdade de expressão,

¹⁴² Em consonância com esses tratados internacionais, diversas constituições definiram família de forma semelhante à brasileira. Vide, por exemplo, a constituição do Afeganistão: “A família é o principal pilar da sociedade.”, de Andorra: “A família é a fundação básica da sociedade”, e de Angola: “A família é o núcleo básico da organização social”. Lista completa de países disponível em: <<http://worldfamilydeclaration.org/assets/translations/WFD.German.2014.03.28.pdf>>.

¹⁴³ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017, p. 50.

¹⁴⁴ A família como centralidade nas políticas públicas: a constituição da agenda pública da assistência social no Brasil e as rotas de reprodução das desigualdades de gênero. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A família como centralidade nas políticas públicas: a constituição da agenda política da assistência social no Brasil e as rotas de reprodução das desigualdades de gênero**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

da liberdade de associação, do direito à intimidade e à vida privada, e à transmissão de crenças.

a) Direito à liberdade de expressão

A sociabilidade, segundo Aristóteles, é uma característica inerente ao homem; e, para a plena formação de sua personalidade, é necessário que estejam disponíveis meios para que ele reconheça a realidade e as interprete, sendo pressuposto para a participação como cidadão em debates relevantes para o convívio social¹⁴⁵.

A liberdade de expressão permite, por meio do acesso a informações e manifestações de vontade, o pluralismo de opiniões – essencial para a formação da vontade livre e consciente e conseqüentemente atua na preservação do sistema democrático do país, fazendo com que o direito de se comunicar livremente tenha alusão direta com o ser *social* que o homem é.

Com vistas a isso, “quando o indivíduo é tratado como sujeito de valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes” há demonstração de respeito e consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁶.

No direito Brasileiro, esse direito, expressado no art. 5º, dos incisos IV ao XIV e no art. 220 da CF/88, e amparado em diversas outras formas traduzidas pelo ordenamento jurídico, é considerado como um dos mais relevantes e antigos nas reivindicações dos homens quando fala-se de direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, como direito evidentemente negativo – exercido contra o Estado, que tem o dever de abster-se¹⁴⁷ – possui como conteúdo toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa, de interesse público ou particular, de importância ou sem. Ainda que tal liberdade não abraça manifestações que incitam a violência, o desrespeito e o ódio contra o próximo, o fato é que esse direito só poderá ser restringido em

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 278.

¹⁴⁷ Pode ser exercido contra o particular, como no caso de relações internas em empresas de comunicação. Sumúla 221 do STJ.

virtude de lei anterior que o faça¹⁴⁸ ou a depender do direito fundamental posto em colisão, no caso concreto, consoante anotações anteriores.

A família sob o fundamento de constituir-se como base da sociedade¹⁴⁹, possui amparo da liberdade de expressão; aos pais é dado o poder de exercer esse direito. O poder público, portanto, enquanto não houver motivos para praticar o contrário, deve se privar de qualquer forma que interfira na liberdade de expressão dos pais. Casos em que haja cerceamento da liberdade de expressão – a pessoa é tomada como condição de objeto de satisfação de interesse imediato – são considerados como verdadeira afronta do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁰, devendo atuar, por exemplo, nas hipóteses do §8º do art. 226 e 227 da CF/88 – no sentido de proteger, prestar assistência e intervir quando necessário.

Em continuidade ao raciocínio até aqui desprendido, quando houver conflitos envolvendo os interesses da criança e do adolescente, em obediência ao o art. 227 da CF, que assegura “[...] 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 [...]”¹⁵¹, os interesses do menor devem prevalecer, ressalvados os casos em que houver riscos à educação democrática, a exemplo da incitação à violência e exploração da criança.

Com vistas à preservação do maior interessa da criança, amparada pela liberdade de expressão, a família tem o poder de escolha sobre o tipo e o modo pelo qual se dará a educação dos seus filhos.

Do que fora exposto até aqui, a liberdade de expressão, portanto, atua em duas frentes concomitantemente: legitimar a escolha dos pais pelo tipo de educação de que desejam para os filhos; e dos menores para capacitá-los a serem sujeito reconhecidos como cidadãos pelo Estado e pelos seus concidadãos. Tanto os pais têm o direito de exercer sua liberdade expressão na escolha de como vão educar seus filhos, quanto seus filhos têm o direito de receber essas informações, a fim de

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 278.

¹⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

serem cidadãos autônomos e pertencem a uma sociedade democrática, capazes de tomar suas próprias decisões e se responsabilizarem por elas.

b) Direito à intimidade e à vida privada

O direito à privacidade e intimidade encontra sua proteção no que se denominou de “os territórios de si” – lugar reservado para que o indivíduo reivindique “o direito de possuir, controlar, usar, dispor de”¹⁵². Suas raízes estão presentes no direito moderno, devido à atual condição de separação da esfera pública à privada. No Direito Romano o público suplantava sobre o privado, isso porque, quando se falava em público e privado, referia-se à separação entre o que era de interesse geral e particular. Já na Grécia antiga, a distinção que se fazia estava relacionada com aquilo que era secreto e aquilo que era visível a todos, dentro do princípio básico de democracia. Essa distinção entre a esfera pública e privada perde nitidez na era moderna¹⁵³.

Disso extrai-se que o público-político é regido pelo princípio da transparência e da igualdade; o social-privado pelo princípio da diferenciação¹⁵⁴; e a vida individual privada está sob o domínio do princípio da exclusividade¹⁵⁵, sendo que este último visa assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela pressão social e pela imposição do poder político.¹⁵⁶

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 12, traduziu o sentimento da época acerca do que ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado ultrapassou os limites impostos pelos direitos fundamentais, estabelecendo que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem

¹⁵² GOFFMAN, Erving. **Territories of the self**: relations in public. New York: Harper, 1971. p. 28.

¹⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 441. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁵⁴ No sentido do direito de ser diferente, por exemplo: MILL, John Stuart. **On liberty**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1975.

¹⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, op. cit. p. 441.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 441.

ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei”.¹⁵⁷

Ainda que muitos autores não façam distinção entre a privacidade e intimidade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, fez questão de separá-los. Tais direitos considerados subjetivos possuem como conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, sendo a integridade moral do sujeito o bem que esse direito protege¹⁵⁸.

Nesse sentido, atribui-se conceitos distintos para a intimidade e para a vida privada, a saber:

Privacidade, que tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, em melhor expressão, confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Outro, de intimidade, ainda mais restrito que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa interpessoalidade da vida privada¹⁵⁹.

Assim, podemos dizer que a intimidade é algo a mais do que a vida privada se caracteriza por aquele espaço, considerado no íntimo de cada pessoa, dizendo respeito apenas a ela mesma, e que rejeitando qualquer espécie de interferência – pública ou privada e por não envolver direitos de terceiros não exige. Já a vida privada consiste naquelas particularidades que se vinculam à vida particular do indivíduo quando se relaciona com os outros e rechaça a interferência do poder público, tais como relações de família¹⁶⁰.

¹⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 440. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, op. cit. p. 440.

¹⁵⁹ CAVERO apud NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. p. 91

¹⁶⁰ No mesmo sentido, Miranda exemplificou quanto a vida privada e intimidade; quanto a vida privada, apresenta: “informações referentes às opções de convivência, como a escolha de amigos ou convidados ao salão de festas da própria casa, a frequência a lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direito de terceiros ... a intimidade diz respeito ao direito de estar só, aspecto que se acredita ser comum a toda pessoa. Exemplificando: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange, ou ainda, circunstâncias da vida familiar como o nascimento, o matrimônio, divórcio, enfermidade, falecimentos e a vida amorosa.” MIRANDA, Rosangelo Rodrigues. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 81-82:

A privacidade, passando de uma preocupação “tradicional” em manter fora da visão do público certos fatos pessoais, íntimos – ou uma privacidade informacional – para um direito contemporâneo a se engajar em certas condutas sem restrições governamentais, em nome da escolha individual. Mas, para ambos os autores, a questão não está relacionada com a noção de privacidade na esfera íntima, mas sim com a autonomia deliberativa individual que, passando pelas informações, se fundamentam nos valores, tradições e práticas da comunidade¹⁶¹.

Os direitos de privacidade se destinam a assegurar a autonomia decisória para todos os indivíduos; atuam como centro do processo decisório quando estão envolvidos em certos tipos de questões éticas ou existenciais – não determinam a quem se precisa justificar as escolhas éticas nem os tipos de razões que se deve oferecer.

Tais direitos atribuem ao indivíduo uma *persona legal* que serve como um escudo protetor para sua identidade concreta única, seus motivos particulares e suas escolhas pessoais, mas não as prescreve¹⁶². Antes, proporcionam as condições que lhe possibilitam buscar sua concepção do bem sem interferência injusta do Estado ou de outros. Atribuir autonomia decisória aos indivíduos a respeito de certas questões não subordina o conceito de direitos de privacidade a uma concepção de indivíduo desenraizado. Simplesmente não se coaduna com o paternalismo estatal.¹⁶³

Logo, os direitos pessoais à privacidade não designam como devem ser as identidades. Contudo, asseguram a todos os indivíduos as precondições para que desenvolvam identidades íntegras para serem consideradas como suas. Por um lado, ao garantir a todos igualmente personalidade jurídica e autonomia decisória, os direitos à privacidade protegem a demanda de cada indivíduo concreto, a ser tratado com igual consideração e respeito pelos demais. Por outro lado, blindam as dimensões pessoais da vida do indivíduo contra escrutínio ou interferências

¹⁶¹ Sandel e Glendon observam com desalento o desenvolvimento da doutrina da FONTE

¹⁶² ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1951. p. 267-302.

¹⁶³ COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 7, jan./apr. 2012 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 jun. 2018.

indevidas. Como tais, eles protegem os processos de autodesenvolvimento e autorrealização envolvidos na formação da identidade¹⁶⁴.

Como parte essencial do convívio social complexo, “Uma autonomia privada bem protegida contribui para assegurar a geração de autonomia pública tanto quanto, reciprocamente, o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a garantir a gênese da autonomia privada”¹⁶⁵. Assim, a privacidade é parte essencial do convívio social complexo.

No Brasil, a proteção do indivíduo contra interferências ilegítimas por parte do Estado podem estar atreladas com inovações do princípio da proporcionalidade, da liberdade em geral (que não tolera restrições a autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais¹⁶⁶.

c) Direito à liberdade de associação

Associações são agrupamentos humanos que se organizam fora da estrutura estatal, para alcançar determinada finalidade, sem necessidade de personalidade jurídica. A Constituição de 1998 adota o sentido amplo de associação, qual seja:

Seus elementos são: base contratual, permanência (ao contrário de reunião), fim lícito (fim não contrário ao Direito). A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as associações lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico-estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo)¹⁶⁷.

Existem vários tipos de associações – políticas, íntimas, culturais, econômicas, religiosas e expressivas, sendo objeto de estudo a que se refere à

¹⁶⁴ SCHOEMAN, Ferdinand David (Ed.). **Philosophical dimensions of privacy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V.I.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 283.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

família (associação no seu modo mais íntimo). Com previsão nos arts. 5º, inc. XXVII, LXII e LXIII; 7º, inc. IV e XII; 183; 191; 195, § 8º; 201, inc IV e § 12; 203, inc. I e V; 205; 220, §3º, inc. II; 221, caput, incs. II e IV; 226, §7º; 227; 230 da CF¹⁶⁸.

A Constituição optou por deixar explícito o direito da liberdade de associação, ainda que este seja consequência direta do pluralismo político. Ela primeiramente definiu como plena a liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII), sendo absoluta a autonomia conferida aos indivíduos para formarem e definirem seu funcionamento. As únicas espécies de associações cuja existência é proibida são aquelas com finalidades ilícitas ou paramilitares, que têm o objetivo de conquistar o poder político por meio da força¹⁶⁹.

Tal como é declarado nas normas que determinam o modo como a associação deve desenvolver suas atividades internas o art. 5º, inc. XVIII da CF diz que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento¹⁷⁰”. Ou seja, o Estado é proibido não apenas de autorizar ou impedir a constituição de associações, mas também de interferir em seu funcionamento, pois essas atividades são de competência exclusiva da própria associação. O Estado não pode participar da administração da associação, que cabe exclusivamente a seus associados (desta vez, trata-se de um poder executivo interno).¹⁷¹. Portanto, a despeito de a doutrina do filósofo holandês Herman Dooyweerd ser praticamente desconhecida no meio jurídico nacional, percebe-se claramente que o diploma constitucional adotou um paradigma bastante semelhante à teoria das esferas soberanas¹⁷².

Kuyper descreve o Estado como portador de três obrigações primárias¹⁷³:

- a) Assegurar que cada esfera opere dentro das suas próprias finalidades e não interfira com as demais (“resolução de disputas de fronteiras entre as esferas”);

¹⁶⁸ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 126.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 126.

¹⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁷¹ MOREIRA, op. cit. p. 127.

¹⁷² KYUPER, Abraham. **Calvinismo**. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.

¹⁷³ MOREIRA, op. cit. p. 121.

- b) Intervir dentro de cada esfera para reprimir o abuso de poder contra os membros mais frágeis (“resolução de conflitos internos das esferas”);
- c) Assegurar a sua própria unidade, por meio da coação, pessoal ou financeira, para a manutenção do Estado¹⁷⁴.

Como visto, a família é uma espécie de associação íntima. Sua proteção contra interferências estatais indevidas deriva não apenas das garantias constitucionais de associação vistas acima, mas também do direito de autonomia individual (previsto no art. 5º, inc. II), por meio do qual os indivíduos são livres para buscar as relações íntimas que estejam de acordo com seu projeto de vida e sua visão de mundo; do direito de privacidade (protegido pelo art. 5º, inc. X a XII), prerrogativa pela qual é possível evitar o conhecimento e a atuação de pessoas estranhas na vida íntima dos indivíduos; e inclusive dos direitos culturais, uma vez que a família é o principal meio de transmissão de formas de expressão e modos de criar, fazer e viver (art. 216, inc. I e II). Além disso, a Constituição confere diretamente à família prerrogativas específicas em seu art. 226¹⁷⁵.

Consubstanciado nesse artigo, pode-se dizer que não há nenhuma espécie de instituição social para a qual tenha sido conferida tamanha proteção constitucional nas mais diversas áreas. A família é, assim, a mais importante *esfera soberana*, sendo imprescindível a análise de suas relações com a *esfera das esferas*, o Estado¹⁷⁶.

d) Direito à transmissão de crenças

Acerca do direito à transmissão de crenças, a liberdade de pensamento é o núcleo valorativo do tema sob análise, de modo que cada pessoa é livre para manifestar sua escolha individual em relação à fé.¹⁷⁷ A Declaração Universal dos

¹⁷⁴ A respeito da teoria das esferas soberanas, vide KUYPER, Abraham. *A Centennial Reader*. Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 1998. Sobre a aplicabilidade jurídica das teses de Kuyper, vide HORWITZ, Paul. *Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 44, p. 79-131. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol44_1/79-132.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁷⁵ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 127.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 128.

¹⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 3.

Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos descrevem o seguinte:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar a religião, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos¹⁷⁸.

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Esse direito incluirá a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de manifestar sua religião ou crença, individualmente ou coletivamente, pública ou privadamente, por meios de cultos, celebrações, práticas e ensino.

2. Ninguém será submetido a coerções que possam restringir sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias crenças só poderá estar sujeita a limitações estabelecidas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos fundamentais e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados-Partes no presente pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, de tutores legais, de assegurar a educação moral e religiosa de seus filhos, de acordo com suas próprias convicções¹⁷⁹.

Em harmonia com esse raciocínio, o indivíduo pode pensar e acreditar naquilo que deseja crer, configurando-se presentes a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. É um campo que diz respeito à intimidade do indivíduo e somente a ele, não podendo sofrer qualquer interferência do Estado, ligado à própria ideia existente de democracia, a qual preleciona que sem um pensamento livre não há a possibilidade de escolha – esta, sim, basilar da democracia¹⁸⁰.

No que se refere a liberdade de crença, sua introdução no pensamento jurídico deu-se por meio da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia em 1776 – “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo a ordem pública estabelecida pela lei”¹⁸¹.

¹⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁷⁹ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁸⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 3.

¹⁸¹ ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade->

A liberdade religiosa não está somente na ausência de imposição de qualquer religião pelo Estado ou impedir que alguém professe determinada crença. Consiste, igualmente, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, família ou de ensino, por exemplo), desde que não infrinja a lei. Ademais, compreende o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres¹⁸².

Apesar do preâmbulo da Constituição de 1988 não ser considerado norma constitucional pela interpretação do STF, nele fundamenta-se o entendimento de que o Brasil não é um Estado ateu, ou seja, há igualdade entre as diversas e diferentes religiões. O Art. 19, inciso I estabelece a laicidade do Estado – o que não implica em inimizade com a fé – e sua proibição de contestar as manifestações religiosas¹⁸³.

Tendo em vista que é por meio da educação que transmite ao indivíduo o conhecimento geral, o direito à transmissão de crença está intimamente ligado ao aspecto da educação, uma vez que a crença faz parte da cultura de uma sociedade. Tal conexão pode ser observada no Capítulo III do Título VIII da Constituição, “Da educação, da cultura e do desporto” e no art. 210, caput, onde se determina que uma das finalidades da fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental é “assegurar [...] respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”. Nesse sentido, uma cultura somente pode existir como tal se for continuamente transmitida às novas gerações o que feito por intermédio da educação, formal ou informal. Por outro lado, o conteúdo da educação é sempre a transmissão de determinada cultura¹⁸⁴.

Dessa maneira, a família é considerada como a mais importante unidade cultural, pois além de transmitir o patrimônio cultural às novas gerações, garante que aos pais é garantido o direito de transmitir seus valores, suas crenças, sua cultura aos filhos, de modo que, sendo a cultura também um conjunto de valores, crenças e

das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁸² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 409.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 408-409.

¹⁸⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 116.

convicções, a responsabilidade para decidir em qual cultura devem ser educados os filhos é primordialmente dos pais, na legitimação da autonomia familiar¹⁸⁵.

1.4.2 A educação como núcleo da responsabilidade familiar

O ordenamento jurídico brasileiro impõe aos pais o dever de educar seus filhos, assentando-o como núcleo de responsabilidade¹⁸⁶. Com o cumprimento do dever de educar, o Estado não possui legitimidade para impor qualquer sistema de educação, assim como o é com a obrigação da educação escolarizada, uma vez que a prerrogativa de criar e educar os filhos menores pertence ao poder familiar¹⁸⁷.

Nesse mesmo sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe que “Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (art. XXVI, item 3). Ademais, o direito de liberdade de associação desobriga os pais de se associarem contratualmente a escolas para o provimento de instrução a seus filhos, sendo esta de sua livre escolha¹⁸⁸.

O princípio da subsidiariedade limita a atuação estatal quanto ao provimento do direito social à educação, fazendo com que haja respeito e reconhecimento da autonomia do poder familiar pela escolha da educação que os pais compreenderem como melhor para seus filhos. O Estado somente atuará em situações que esse direito não for capaz de prover adequadamente esse direito fundamental. Havendo conflito entre diversas associações da sociedade civil, dar-se-á preferência àquelas que estejam mais próximas do titular do direito. Portanto, se a família recusar-se a utilizar a educação escolar, estatal ou privada, caberá ao Estado respeitar essa opção, a não ser que demonstre, após o devido processo legal, que a família não provê adequadamente esse direito¹⁸⁹.

Tal definição possui amparo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em que é estabelecido que o Estados partes devem se comprometer a respeitar a liberdade dos pais na decisão pelo tipo de educação

¹⁸⁵ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 120.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁸⁷ MOREIRA, op. cit. p. 129.

¹⁸⁸ Ressalte-se a excepcional situação em que os pais podem ser compelidos a se associarem a uma escola por ausência de interesse ou de condições para prover a instrução dos filhos.

¹⁸⁹ MOREIRA, op. cit. p. 129, 131.

que querem dar aos seus filhos; devendo-se atentar, claro, aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado e de fazer com que seus filhos recebam educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções¹⁹⁰.

Por conseguinte, a educação para a formação individual e social do indivíduo é de responsabilidade dos pais, que possuem maior competência para propiciar aquilo que representa o interesse da criança, por, principalmente, estarem mais próximos da criança e, saberem assim com maior propriedade o que de fato interessa para os desenvolvimentos delas.

¹⁹⁰ BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

2 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO PARA O INDIVÍDUO E PARA A SOCIEDADE

No decorrer da história, a educação, assim como a sociedade, passou por mudanças conceituais em suas funções, seus objetivos e em seu procedimento, até chegar ao seu atual conceito: a educação é o meio pelo qual o indivíduo se capacita para exercer seus direitos e deveres como cidadão na esfera pública, de modo a realizar uma análise crítica pessoal e da sociedade em que vive¹⁹¹. Homens como Platão, Aristóteles, Rousseau e Froebel contribuíram demasiadamente para a formação desse conceito, tendo em comum a educação como o meio pelo qual o indivíduo desenvolve sua singularidade¹⁹².

O exercício da cidadania é fundamental, sobretudo por ser um elemento de peso na forma de processar concretamente o poder comunicativo e tornar efetiva a justiça historicamente relevante para um grupo, para toda uma sociedade, ou ainda, para os cidadãos no Estado Democrático de Direito¹⁹³.

Herdado do pensamento iluminista, esse conceito de educação surge na época contemporânea (1789), em que a democracia é retomada – atualizada e expandida – do modelo de organização política já executado na Atenas de Péricles. O cidadão da democracia é o indivíduo que possui autonomia, opinião e bens, sendo, portanto, sujeito político com plenos direitos e deveres¹⁹⁴.

Nesse momento da história, dadas as tensões revolucionárias, as transformações radicais da industrialização e as instâncias de democracia, promoveu-se uma centralização da educação e um crescimento paralelo da pedagogia, que se tornou cada vez mais o cerne mediador da vida social, ocupando um papel específico no sistema social. Por conseguinte, a educação passou a dar subsistência ao político e a se reelaborar segundo um novo modelo teórico, que

¹⁹¹ ADORNO, Theodoro W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

¹⁹² MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 19.

¹⁹³ HABERMAS, Honneth: formação do indivíduo e socialização. **Mente, cérebro, filosofia**, São Paulo, n. 08, 2008. p. 12. Disponível em: <<https://vanessanogueira.wordpress.com/2016/01/11/revista-habermas-e-honneth/>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁹⁴ CAMBI, Franco. **História da pedagogia**. São Paulo: UNESP, 1999. p. 380.

integra ciência e filosofia, experimentação e reflexão crítica¹⁹⁵.

Assim, o pensamento iluminista traduziu a ideia de uma razão instrumental, caracterizada pelo uso construtivo da razão e por questionar o modelo tradicional dominante no pensamento até então imposto pela mitificação. Em seu centro pairava a ideia de que é por meio da matéria que se consegue a felicidade. A racionalidade instrumental visa a dominação, que inicialmente era da natureza, passou a perquirir o controle sobre o próprio homem¹⁹⁶.

Uma clara repercussão dessa filosofia pode ser vista no pensamento Nazifascista, propulsor da Segunda Guerra Mundial e responsável conduzir por levar muitos a crerem que as ideias de Hitler, Mussolini e Stalin eram exatamente as mesmas em que acreditavam. Assim também na construção da bomba atômica que dizimou as cidades de Hiroshima e Nagasaki. Estes marcos históricos demonstram o poder de dominação do homem por meio da educação e são exemplos que revelam o fracasso do pensamento iluminista, que se implementou a ideia de liberdade humana pelo pensamento, resultando em filosofias de aprisionamento de massas sociais, conformadas a argumentos construídos por uma razão logicamente deduzida.¹⁹⁷

Durante todo esse período, a educação se consubstanciava em um processo de formar opinião em massa, contribuindo para elevar ao poder um único homem capaz de dominar toda uma sociedade. A razão instrumental transformou a esfera pública em uma arena de homens econômicos em busca de dinheiro e poder¹⁹⁸, de maneira a não deixar espaço para uma discussão fundada na ética e no discurso.

Naturalmente, nesse contexto o indivíduo não era reconhecido como cidadão pelo Estado, de forma tal que foi possível sua descaracterização de ser humano dotado de dignidade, destinatário de respeito, aparentemente perdendo até seu direito intrínseco à vida, como foi o caso dos deficientes, judeus, negros, homossexuais, assassinados durante a Segunda Grande Guerra¹⁹⁹.

¹⁹⁵ CAMBI, Franco. **História da pedagogia**. São Paulo: UNESP, 1999. p. 381.

¹⁹⁶ Com o escopo de delimitar o estudo, será tratado somente a educação a partir do modernismo.

¹⁹⁷ CAMBI, op. cit. p. 381.

¹⁹⁸ Para fins dessa pesquisa, não faremos a distinção entre capitalismo e socialismo.

¹⁹⁹ CAMBI, op. cit. p. 381.

A sociedade, durante o período que compreendeu o referido episódio bélico, restou convencida, por meio de um raciocínio aparentemente lógico e prático, de que os alvos (pessoas) do holocausto não possuíam o direito à dignidade da pessoa, à vida, à liberdade de professar sua fé, de declarar sua sexualidade. Inclusive características genéticas, como a raça ou mesmo problemas de má-formação, já eram absurdamente consideradas como motivos para a perda desses direitos²⁰⁰.

Esse cenário traz à memória o tempo da Roma Antiga, quando na cidade de Esparta (por volta de 480 a.c.) aos pais era outorgada a deliberação acerca da continuidade ou não da vida de seus filhos considerados fracos ou deficientes, visto que, em seu pensamento, atrapalhariam o andamento *saudável* da sociedade, sendo autorizados a jogá-los do monte Taigeto, a mais de 2.400 metros de altura – o que demonstra que a essas crianças sequer seria concedido o direito à vida e a liberdade de lutar pela sobrevivência. Eram simplesmente descartadas²⁰¹.

Durante a Idade Média não foi diferente. Os deficientes, por exemplo, eram considerados como aqueles que estavam debaixo da ira de Deus, de modo que também viviam sob severa privação de seus direitos e excluídos da sociedade²⁰².

Percebe-se que o Iluminismo surgiu como resposta ao conceito da teoria política do absolutismo, na busca de reformular esse pensamento e retirar das mãos de um único homem o poder absoluto de decidir o futuro de uma nação. Porém, se tornou, na verdade, apenas uma outra maneira de dominação singular, distinguindo-se tão somente pelo processo para sua construção final, justificando-se por uma razão instrumental²⁰³.

Ao contrário do que é apresentado pelo pensamento iluminista, tentar utilizar-se de um conceito para captar o que se deseja estudar, gera uma violência cognitiva epistemológica. Não é possibilidade de a reforma da razão seja feita por meio do raciocínio científico. Através do conceito não há como entender a realidade,

²⁰⁰ CAMBI, Franco. **História da pedagogia**. São Paulo: UNESP, 1999. p. 381.

²⁰¹ Ibidem. p. 381; ADORNO, T.W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

²⁰² CAMBI, op. cit. p. 381; ADORNO, op. cit.

²⁰³ Ibidem.

que é dinâmica, sendo rapidamente transformada e afastando-se daquilo que é real²⁰⁴.

Surge, então, a busca de uma linguagem mais humana, com o fito de trazer a arte como uma alternativa à linguagem científica – este tipo de linguagem assimila melhor a realidade, a essência das coisas – em virtude de não tentar enclausurá-las em um conceito, o que permite, principalmente, o respeito ao outro e a formação de uma sociedade capaz de realizar a autocrítica e, conseqüentemente, adentrar na esfera pública, retirando-se da situação consumista e mercadológica²⁰⁵.

Agora regida sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a educação torna-se fundamental para a formação da personalidade do indivíduo, para o desenvolvimento de seu papel enquanto cidadão, sendo cada vez mais centralizado e fortalecido. De forma, ainda, que seu objetivo se torna o de fornecer subsídios que os capacitem para a auto avaliação. É dizer, não é apenas uma mera ampliação do saber, mas intenciona emancipar o homem de uma situação escravizadora²⁰⁶.

Portanto, dotado de personalidade, o indivíduo recupera seu *status* de sujeito reconhecido pelo Estado e identificado como igual perante o outro, sendo detentor de direitos fundamentais a serem resguardados e garantidos pelo Estado fundamentado sob os pilares da democracia e, finalmente, da dignidade da pessoa humana.

2.1 A educação como instrumento de emancipação social

A educação, com o fim de capacitar o sujeito a exercer sua cidadania, proporciona-lhe a oportunidade de atuar em um espaço de liberdade real, por meio da outorga do direito à participação na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, nesse sentido, parâmetro para sua legitimidade²⁰⁷.

²⁰⁴ CAMBI, Franco. **História da pedagogia**. São Paulo: UNESP, 1999. p. 381; ADORNO, T.W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter et. al. *Textos escolhidos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 156.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Não é aleatoriamente que a Constituição Federal de 1988 inicia o Capítulo III – da educação, da cultura e do desporto – com a seção I intitulada “da educação”, estabelecendo em seus artigos 205 e 206 o objetivo principal da educação, bem como seus princípios, conforme abaixo:

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:

- I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - Gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - Garantia de padrão de qualidade.
- VIII - Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal²⁰⁸.

A educação busca, *a priori*, dotar o indivíduo de conhecimento suficiente para torná-lo um ser que raciocina e que, por meio dessa instrução adquirido, não se submete ao pensamento que lhe foi passado como correto, sendo, então, plenamente capaz de discutir e opinar como igual perante outros e lutar pelo que acredita ser o melhor para a sociedade. Fundamental para a transformação individual e social do ser humano, a educação é o meio pelo qual o Estado o reconhece como ser dotado de plenos direitos²⁰⁹.

Ter consciência que a construção de um sujeito racional e livre é condição de possibilidade de uma sociedade democrática é essencial para sua transformação. Assim, a educação, fundamentada no uso da razão objetiva, na autonomia e na autolegislação, é o foco, não somente para ampliar o saber, mas, sobretudo, para

²⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017

²⁰⁹ ADORNO, Theodoro W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

emancipar o homem, admitindo que a existência humana é contraditória e buscando diminuir as distorções sociais²¹⁰.

Esse processo, que leva o Estado a identificar o indivíduo como alguém capaz de deliberar sobre sua própria vida, de participar ativamente na esfera pública e exercer sua cidadania, dá-se quando são transmitidas as crenças para as novas gerações e por meio das experiências vivenciadas individualmente, pois se tem a educação como “o processo de reconstrução e reorganização da experiência, pelo qual lhe percebemos mais agudamente o sentido, e com isso nos habilitamos a melhor dirigir o curso de nossas experiências futuras”²¹¹. Trazer esse conceito para a educação é dizer que, por meio da formação da consciência dos indivíduos e, por conseguinte, a transformação da sociedade é que se constrói uma sociedade democrática.

Até aqui, infere-se que a educação possui duas principais funções: a) no indivíduo, buscando desenvolver seu caráter baseado na moral e na autorreflexão crítica; e b) na sociedade, promovendo a atuação do cidadão para a transformação do mundo em sua volta, auxiliando as crianças em seu desenvolvimento²¹².

2.1.1 Interesse da criança na educação: formação da personalidade e exercício pleno da cidadania

Importante iniciar este tópico assumindo que nenhuma prática educativa é neutra. A personalidade humana é continuamente influenciada pelo tipo de educação recebida no contexto familiar, na escola, pelos meios de comunicação e todos os tipos de relacionamentos em que as pessoas se envolvem²¹³.

Logo, toda e qualquer atividade educativa desempenha um papel relevante na formação da pessoa, sendo, muitas vezes, o resultado daquilo que se aprende²¹⁴. Ou seja, é o aprendizado que impulsiona o desenvolvimento; a educação (ou ensino-aprendizagem) é propulsora do desenvolvimento humano, com vistas, primordialmente, à participação futura na esfera pública. Nesse sentido:

²¹⁰ ADORNO, T. W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

²¹¹ WESTBROOK, Robert B.; TEIXEIRA, Anísio. **John Dewey**. Recife: Massangana, 2010.

²¹² ADORNO, op. cit. p. 91.

²¹³ BORGES, Augusto Inez. **Educação e personalidade: a dimensão sócio-histórica da educação cristã**. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2014. p. 21.

²¹⁴ VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p. 118.

Aprendizado não é desenvolvimento. Entretanto, o aprendizado adequadamente organizado resulta em desenvolvimento mental e põe em movimento vários processos de desenvolvimento que, de outra forma, seriam impossíveis de acontecer. Assim o aprendizado é um aspecto necessário e universal do processo de desenvolvimento das funções psicológicas culturalmente organizadas e especificamente humanas²¹⁵.

O interesse da criança na educação está fortemente amparado na dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana, como explanado no capítulo anterior. Isso significa que o direito à educação compreende, além da tutela do interesse da criança, a preservação de elementos da personalidade, da sociedade e da identidade do indivíduo.

Reconhecida pela Constituição e por inúmeras declarações internacionais, a educação é responsável pelo desenvolvimento da personalidade da criança, a fim de que exerça sua cidadania e adquira qualificação para o trabalho. Dito isto, o art. 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança assim prevê:

Artigo 29. 1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.²¹⁶

²¹⁵ VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 118.

²¹⁶ BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018

Destaca-se que, no processo de desenvolvimento da educação na criança, além de priorizar o seu interesse particular (desenvolver sua personalidade) e social (conscientizar para o exercício de sua cidadania), deve-se considerar os valores dos pais antes de iniciar o plano que dará seguimento a esse processo.

Ainda sobre o interesse privado da criança na educação, o parágrafo 1º do art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹⁷, prevê, conforme descrito abaixo, que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana:

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Fundamentado nesses preceitos, o direito à educação abarca não só os direitos à ela implícitos (liberdade infantil de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), como também o pluralismo de ideias e a garantia de que se terá um padrão de qualidade de ensino. Assim, o processo de aprendizagem se realiza na constante troca de experiências entre o educador e o aluno, de modo que este se desenvolva como indivíduo capaz de traduzir o conhecimento adquirido, utilizando-se para isso do princípio do discurso, para a esfera pública²¹⁸.

Importante destacar que a educação influencia diretamente no pleno desenvolvimento da dignidade humana, do pluralismo de ideias e do exercício da cidadania considerados, simultaneamente, pressupostos, garantias e instrumentos do princípio democrático da autodeterminação do povo, exercido por cada indivíduo²¹⁹.

Desenvolvida e reconhecida pelo Estado sua capacidade para a liberdade de participação política como cidadão, gozará do seu direito de intervir no processo decisório e, em decorrência do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto,

²¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

²¹⁸ WESTBROOK, Robert B.; TEIXEIRA, Anísio. **John Dewey.** Recife: Massangana, 2010. p. 19.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 426.

igual acesso aos cargos públicos etc), constituirá, a toda evidencia, complemento indispensável das demais liberdades e efetiva garantia da liberdade-autonomia²²⁰.

A educação, portanto, como agente de formação do indivíduo e transformação da sociedade, possibilita reformar a razão, que antes era de linguagem científica e retirava do sujeito direitos a ele intrínsecos, em um elemento que dialoga com a arte e permite que esse sujeito seja respeitado e participe efetivamente nas discussões levadas à esfera pública.

2.1.2 Interesse dos pais na educação: transmissão de crenças

Dentro da esfera privada em que se encontra o poder familiar e, por conseguinte, a autonomia e responsabilidade dos pais sobre a maneira como querem levar sua família – especificamente a escolha do meio pelo tipo de educação que darão aos seus filhos – reside também o interesse particular na transmissão de suas crenças e valores.

Como visto, a educação é o meio utilizado para disseminar o saber. Nesse meio se fazem presentes as crenças do responsável por essa transmissão, ou seja, ao mesmo tempo em que o conhecimento científico é comunicado à criança, junto a ele é também transferido todo um conjunto de valores.

Mesmo quando o objetivo final do educador não é imprimir no aluno suas convicções particulares, é impossível se desviar desse ato. Isto porque os valores do ser humano são intrínsecos a ele, de modo que é demasiadamente difícil separá-los.

Nesse sentido, como principais responsáveis pela educação dos filhos, os pais, além de exercerem sua autonomia e liberdade sobre a escolha da educação deles, possuem o direito de transmitir seus valores e crenças – ideologia político-social, religião, moral, entre outros. É natural que os genitores assim procedam e, partindo do pressuposto de que o instrumento de transformação individual e social – processo realizado por meio da troca de experiências e pela transmissão de crenças e valores – é a educação, os pais se servirão dela para exercerem aquele referido direito, conferido pelas normas nacionais e internacionais.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 62.

A concretização desse direito de difusão reflete diretamente na formação da personalidade do indivíduo e na sua emancipação para o exercício da cidadania. Ao passo que se dá esse processo, as crenças transmitidas integrarão, concomitante às experiências vividas, o *sistema* particular de parâmetros desse sujeito, na análise crítica pessoal e do ambiente em que vive.

O interesse dos pais no repasse de suas crenças aos filhos está amparado na Convenção sobre Direitos da Criança, em seus artigos 5º e 12, *in verbis*:

Artigo 5. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções²²¹.

Pela previsão acima, a Convenção relembra que no século XIX não era permitido ao cidadão educar seus filhos baseado nessa amplitude de experiência, de modo que a educação era manipulada, subtraindo do educando a capacidade de se deleitar com as trocas de experiências reais e livre de coerção; retirando, ainda, a possibilidade de realizar uma análise crítica pessoal e social, a qual interfere diretamente na transformação da sociedade com vistas ao autogoverno.²²²

²²¹ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018

²²² HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Rio de Janeiro: Editorial do Brasil, 1976. p. 81.

Assim sendo, compete aos pais a escolha pelo processo em que essa transmissão será realizada, seja por meio da educação formal (escola convencional), seja por meio da domiciliar, em que os pais se comprometem diretamente com a instrução dos filhos ou através da contratação de professores particulares, seja pelo ensino a distância.

Além desse entendimento estar alinhado com as leis internacionais, a Constituição de 1988, cultural da pessoa”²²³. Uma vez que ela é comunicada à criança pela família, privar os pais dessa transmissão, com a obrigação de matricular o filho em uma escola ao tratar em seu Capítulo III, Título VIII “Da educação, da cultura e do desporto”, e no caput do art. 210 assegurar como conteúdo mínimo para o ensino fundamental “o respeito aos valores culturais e artísticos”, estabelece que uma cultura somente pode existir se for continuamente propagada de geração em geração, o que é feito por meio da educação formal ou informal, o que significa que ao conteúdo da educação deve estar vinculada a transmissão de determinada cultura²²⁴.

Portanto, a educação importa aos pais, pelo fato de que esta é o instrumento pelo qual ocorre o “desenvolvimento integral da identidade c convencional, por exemplo, é um desrespeito à norma constitucional elencada, cominando em desobediência aos objetivos fundamentais da educação infantil²²⁵.

2.1.3 Interesse do Estado na educação: cidadania e democracia

²²³ UNIVERSITÉ DE FRIBOURG. **Os direitos culturais**: declaração de Friburgo. Disponível em: <<https://unifr.ch/iiedh/assets/files/Declarations/port-declaration2.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²²⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 116. Ainda, segundo o dicionário de filosofia, “cultura” é “Conceito que serve para designar tanto a formação do espírito humano quanto de toda a personalidade do homem: gosto, sensibilidade, inteligência”. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 47. Ainda, a Declaração de Freiburg, adotada em 2007, art. 2.b define a identidade cultural como “a soma d todas as referencias culturais através das quais uma pessoa, sozinha ou em comum com os outros, se define ou se constitui, se comunica e deseja ser reconhecida em sua dignidade”. UNIVERSITÉ DE FRIBOURG. **Os direitos culturais**: declaração de Friburgo. Disponível em: <<https://unifr.ch/iiedh/assets/files/Declarations/port-declaration2.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018. Assim, quando a CF/88 **assegura** o direito à cultura entende-se que inserida a ela estão as crenças e valores.

²²⁵ MOREIRA, op. cit. p. 121.; UNIVERSITÉ DE FRIBOURG. op. cit.

O Estado brasileiro se constitui em uma democracia de direito firmado em fundamentos próprios (art. 1º da CF/88), que busca garantir efetivamente as liberdades individuais de forma igualitária entre os cidadãos – persegue a constante transformação da condição social com a participação pública nesse processo.

Assim, o objetivo do Estado em promover a educação consiste no papel que ela desempenha na sociedade, qual seja, o de servir como mecanismo de mudança particular do cidadão e da transformação social, visando a formação de uma sociedade, que mediante o uso da cidadania e da democracia, caminhe sozinha.

Ao assumir o importante papel de concretizar valores constitucionais tutelados e considerar como um patamar mínimo de dignidade aos cidadãos, a educação é capaz de promover a sobrevivência do Estado Democrático de Direito²²⁶, uma vez que possibilita o desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo, conseqüentemente promovendo os fundamentos da República.

Contudo, como já mencionado, a sociedade democrática deve constantemente ser transformada para que possa regular as relações (empresariais, individuais, familiares, nacionais, internacionais, de mercado e câmbio, pública e privada). Contudo, nem sempre foi assim; nem sempre o Estado se fundamentou em uma democracia de direito.

A mudança se deu a partir da Revolução de 1789, resposta ao absolutismo monárquico. O indivíduo que era tido como subalterno do rei, foi proclamado titular do *status* de cidadania²²⁷, de modo que, após um longo processo de transformação e acontecimentos históricos (descritos acima), começou a gozar de capacidade real para exercer plenamente seus direitos – políticos, econômicos, sociais e culturais – em uma democracia²²⁸.

Em virtude da necessidade de regulamentar a importância da educação nesse processo de transformação, o art. 26 do Pacto San Jose da Costa Rica diz em seu Capítulo III o seguinte:

²²⁶ SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

²²⁷ CANOTILHO, J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 56-57.

²²⁸ ARNAULT, Antônio. Cidadania e Liberdade. In: ZENHA, Francisco Salgado **Liher Amicorum**, Coimbra: Coimbra, 2003. p. 322.

CAPÍTULO III – PACTO SAN JOSE
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados²²⁹.

A emancipação não se refere apenas ao indivíduo como entidade isolada, mas primariamente como um ser social. Ela é pressuposto da democracia e se funda na autonomia particular de cada um. É um processo para a formação da autonomia pública (um processo que se dá coletivamente). Nesse contexto, a educação surge como meio de contribuir para o processo de formação, criando condições em que os indivíduos, socialmente, conquistem sua autonomia²³⁰.

A seguir, e assumindo o risco, gostaria de apresentar minha concepção inicial de educação. Evidentemente não a assim chamada modelagem de pessoas, porque não temos o direito de modelar as pessoas a partir do seu exterior; mas também não a mera transmissão de conhecimentos, cuja característica de coisa morta já foi mais do que destacada, mas a produção de uma consciência verdadeira. Isto seria inclusive da maior importância política; sua ideia [de H. Becker – NV], se é permitido dizer assim, é uma exigência política. Isto é: uma democracia com o dever de não apenas funcionar; mas operar conforme seu conceito, demanda pessoas emancipadas. Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado²³¹.

Diz-se, portanto, que a emancipação, por meio da educação, leva à conscientização e racionalidade – a educação deve conformar-se à realidade, caso contrário, a busca pela emancipação se tornaria impotente e ideológica²³². Nesse sentido, o indivíduo supera sua menoridade por meio da experiência e reflexão. A

²²⁹ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²³⁰ ADORNO, T. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 141-142.

²³¹ Ibidem. p. 141-142; VIANA, Nildo. Adorno: Educação e Emancipação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/5478>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²³² ADORNO, op. cit. p. 145.

primeira é condição da segunda. O significado da formação é mais amplo do que a simples introjeção de valores existentes e pré-determinados²³³.

2.2 Abrangência e aplicabilidade da educação enquanto direito fundamental

O direito à educação está sobre o sustento principiológico dos direitos fundamentais. Diante do histórico descaso do Estado proporcionar uma educação de qualidade, constatou-se a necessidade de consolidar tal direito como fundamental, motivo pelo qual o tema foi amplamente discutido no processo constituinte. Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo III, Seção II trata especificamente do direito social à educação.

Uma vez assumido esse importante papel, relacionado a concretização dos valores constitucionais tutelados, e por ser considerada como um patamar mínimo de dignidade aos cidadãos, a educação é capaz de promover a sobrevivência do Estado Democrático de Direito²³⁴.

Destarte, é um direito que possui a função de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de concederem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. A norma da aplicabilidade imediata não incidiria consoante a lógica do *tudo-ou-nada*, como se regra fosse restando o seu alcance na dependência das peculiaridades da norma basilar em questão. O que não significa que os direitos fundamentais não demandem, em nenhuma hipótese, regulamentação infraconstitucional (são normas de eficácia plena), uma vez que quaisquer deles, independentemente da sua natureza, pode reclamar uma concretização para a produção dos seus efeitos²³⁵.

Ainda que se trate de norma de eficácia plena, não implica dizer que a Constituição determina responsabilidade solidária à família e ao Estado, quando os responsabiliza pela garantia e promoção da educação. A legislação infraconstitucional (interna e externa) aqui já descrita demonstra que, primariamente, cabe aos pais provê-la, sendo subsidiária a atuação do Estado.

²³³ VIANA, Nildo. Adorno: Educação e Emancipação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/5478>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²³⁴ SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva 2010. p. 19.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 288.

Ao escolher o tipo de ensino de seus filhos, os pais, além de exercerem o direito à liberdade, à transmissão de crenças, devem, notadamente, atentarem para que o direito à educação de fato seja o centro nesse processo de decisão. Portanto, antes de se preocuparem com o exercício de sua liberdade, devem engendrar esforços para a concretização da educação sob a perspectiva do melhor interesse para a criança.

2.2.1 Direito à educação no Brasil na esfera protetiva da criança

Em virtude de sua vulnerabilidade, a criança tem especial proteção quanto aos seus direitos; diversas normas nacionais e internacionais buscam garantir e protegê-los. Dentre tais, o direito à educação é tratado com prioridade por essas normas.

A preocupação do Estado com a efetividade desse direito é percebida, além de outras maneiras, principalmente pelas normas jurídicas que versam sobre o tema. Além da Constituição tratar com seriedade o assunto, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal buscam assegurar à criança o acesso à educação.

a) Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nasceu com o propósito de proteger integralmente seus destinatários. Conhecido internacionalmente como um dos mais avançados diplomas legais dedicados à garantia dos direitos da população infanto-juvenil, a partir dele, crianças e adolescentes brasileiros passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, considerados em sua condição de pessoas em desenvolvimento e a quem se deve prioridade absoluta, a formulação das políticas públicas e destinação privilegiada de recursos das diversas instâncias político-administrativas do país²³⁶.

A busca pelo efetivo exercício dos direitos e garantias legais e constitucionais e, em consequência, assegurar o acesso à cidadania plena, visa a proteção integral da criança e do adolescente, desde sua expressa previsão do

²³⁶ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

direito, no plano material, até a responsabilização nas esferas civil, administrativa e criminal daqueles que, por ação ou omissão, o violam. Sobre isso, o art. 3º do ECA diz:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Depreende-se do dispositivo transcrito que é fundamental proporcionar oportunidades para que [aos pais] se faculte o desenvolvimento integral do jovem, asseguradas a liberdade e dignidade, seja por meio de vagas nas escolas públicas, seja concedendo à empresa privada a criação de escolas particulares, seja pela da educação domiciliar.

Quanto àquele último meio mencionado, importa destacar a necessidade vista pelo legislador (cujo papel é o de representar os interesses da população) de nele prestigiar as diferentes correntes ideológicas. Tal fato se verifica na existência de inúmeros projetos de lei, abaixo descritos, que pretendem regularizar a educação domiciliar (mundialmente conhecida como *Homeschooling*) e, ao mesmo tempo, oportunizar a todos o acesso à educação.

- PL 3179/2012, de autoria do Deputado Federal Lincoln Portela (PMDB), acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica²³⁷.
- PL 2350/2015, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL), altera a Lei nº 6.202, de 17 de abril de 1975, que atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para

²³⁷ BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.179 de 2012.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

assegurar os direitos educacionais às mulheres gestantes, em estado de puerpério e lactantes²³⁸.

- PL 3261/2015, de autoria do Deputado Eduardo Bolsonaro, autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências²³⁹.

Ainda sobre o ECA, seu art. 6º trata da autonomia social do indivíduo que visa, por meio da sua autonomia privada estabelecida, o exercício de ambas na esfera pública. Senão, vejamos:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No que concerne ao direito à educação, o ECA discorre, a partir do art. 53, que:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

- I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - Direito de ser respeitado por seus educadores;
- III - Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- IV - Direito de organização e participação em entidades estudantis;
- V - Acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais

²³⁸ BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.350 de 2015.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1579163>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²³⁹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.261 de 2015.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2017117>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

A educação, de acordo com o dispositivo, não se trata apenas de “ensino” das disciplinas tradicionais, mas deve estar fundamentalmente voltada ao preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho qualificado. Tarefa essa que corrobora com o art. 205 da CF e art. 4º do ECA, a ser desempenhada pela família, pela sociedade de modo geral e pelo poder público²⁴⁰.

Ainda, o direito ao respeito, além de expressamente assegura-lo em seus arts. 15 e 17²⁴¹, o referido Estatuto destaca que toda e qualquer intervenção pedagógica deve ser baseada no respeito aos direitos fundamentais constitucionais, à individualidade de cada educando, suas diferenças e a sua peculiar condição como pessoa em desenvolvimento, sendo adequadamente orientado, amparado e preparado para que possa desenvolver e exercer sua cidadania. Caso contrário, incidirá no crime previsto no art. 232 do ECA²⁴².

O preparo para o exercício da cidadania significa dizer que será apresentado ao educando seus direitos e deveres, de modo a conscientizá-lo da importância de sua formação política para seu próprio futuro e de seu país, fomentando o questionamento e o debate, o raciocínio e a participação na esfera pública²⁴³.

Dessa forma, quando a deliberação familiar sobre o modelo educacional dos filhos começa no entendimento do interesse destes, para depois considerar o interesse particular dos pais, tem-se a efetiva garantia dos direitos das crianças.

b) Lei de Diretrizes e Bases da Educação

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) é fruto de um longo processo de tramitação que começou com a primeira Lei de Diretrizes (Lei n.

²⁴⁰ DIGIÁCOMO, José Murillo; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013. p. 74.

²⁴¹ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

²⁴² Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos. DIGIÁCOMO, op. cit. p. 76.

²⁴³ Ibidem. p. 76.

4024/1961), proposta pelo então Ministro de Estado da Educação Clemente Mariani, cujo objetivo era oferecer uma educação igualitária como direito de todos. Após ser modificada por emendas e artigos, acabou reformada pelas leis 5.540/68, 5.692/71.

A LDB é responsável por direcionar e efetivar o desenvolvimento da educação no país, principalmente ao estipular como finalidade da educação o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho²⁴⁴. Suas principais características garantem que todo cidadão brasileiro tem o direito ao acesso gratuito ao Ensino Fundamental; apontam para que este direito seja, gradativamente, levado também ao Ensino Médio; determinam a função do Governo Federal, Estados e Municípios no tocante a gestão da área de educação; estabelecem as obrigações das instituições de ensino (escolas, faculdades, universidades, etc); indicam a carga horária mínima para cada nível de ensino; apresentam diretrizes curriculares básicas; estipulam funções e obrigações dos profissionais da educação (professores, diretores, etc.).

Como meio de proteger a criança, a LDB assegura seu acesso à escola convencional, pública ou privada, imputado ao Estado a responsabilidade de garantir esse acesso.

Em seu art. 1º, §1º, estabelece que Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias²⁴⁵. Ou seja, ela regulamenta especificamente a educação escolar. Contudo, a escolarização não é apenas a educação institucionalizada (isto é, conduzida por estruturas burocráticas altamente reguladas, as escolas), mas também envolve ideologias, religiões e é um processo educacional²⁴⁶. Quer-se dizer que a educação não se limita a escolarização.

Por isso, repise-se, à criança (e aos pais) deve ser oportunizada e facilitada a escolha dentre diversas formas de educar, o que não alude em apenas entre duas opções: a escola pública e a privada.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 21.

c) Código Penal

O Código Penal prevê em seu art. 246²⁴⁷ a tipificação do crime de abandono intelectual – se os pais não promoverem, exceto por justa causa, a instrução primária do filho em idade escolar, estarão incorrendo nesse tipo penal. O bem juridicamente tutelado é o direito à educação infantil. Ainda que muitos doutrinadores insistam em mencionar a obrigatoriedade da matrícula em escola regular, o artigo não traz essa exigência, apenas alerta para a promoção da instrução primária daqueles que estão em idade escolar (aquela definida pelo ECA e pela LDB), seja qual for o meio empregado para isso.

Dessa forma, o art. 246 do CP incidirá apenas nos agentes – pais ou responsáveis – que, concomitante à omissão em realizar a matrícula dos seus filhos em escolas regulares, não forneceram outros meios de instruí-los. Logo, se por meio do *Homeschooling* o direito à educação for efetivamente garantido, optar por ele não será considerado como passível de penalidade da esfera criminal.

Importa dizer que o Código Penal estabelece claramente que o crime reside no fato dos pais ou responsáveis, sem justa causa, deixarem de promover a instrução primária dos filhos em idade escolar. Ou seja, em momento algum o legislador priva os pais de educarem as crianças em casa, não considerando, portanto, a educação domiciliar como tipo penal²⁴⁸.

A missão do Estado é disponibilizar e incentivar o ensino, oportunizando a criação de diferentes meios para isso, cabendo aos pais cumprir os deveres inerentes ao poder familiar na condução da criação e educação dos filhos menores, como estabelece o art. 1.634 do Código Civil²⁴⁹.

²⁴⁷ **Art. 246 do CP:** Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês ou multa. BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁴⁸ CARVALHO, Olavo de. **Abandono intelectual.** 2008. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/abandono-intelectual/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁴⁹ GRECO, R. **Curso de direito penal:** parte especial. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 684.

2.2.2 A proteção do direito social à educação assegurado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

No âmbito do ordenamento jurídico internacional a proteção do direito à educação é versada em inúmeros tratados e convenções, o que assevera a importância do acesso a ele.

A educação que promove a dignidade humana e confere proteção estatal à liberdade fundamental do indivíduo, fornece-lhe condições de exercer sua singularidade e individualidade ao capacitá-lo para definir seus valores, modo de vida e suas escolhas, bem como defendê-los perante a interferência estatal.

Relacionar o direito à autonomia com a dignidade humana da criança significa dizer que a educação é responsável por desenvolver, ao longo do tempo e sem cessar sua capacidade para exercê-la. Sobre isso, o art. 5º da Convenção sobre Direitos das Crianças destaca que:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de **proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade** no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção²⁵⁰. (grifo nosso).

A Convenção também confere aos pais a responsabilidade originária de proporcionar esse direito. Ainda, possibilita o entendimento de que a capacidade jurídica passa a ser adquirida de forma gradual, levando-se em consideração a maturidade moral, intelectual e emocional da criança.

Quanto a isso, o Fundo das Nações Unidas para a Infância se manifestou no seguinte sentido:

Este princípio – novo no Direito Internacional – tem profundas implicações para os direitos humanos da criança, pois estabelece que à medida em que as crianças adquirem competências aprimoradas, existe uma necessidade reduzida de direção e uma maior capacidade de assumir a responsabilidade por decisões que afetam as suas vidas. A Convenção reconhece que crianças em diferentes ambientes e culturas que são confrontados com experiências de vida diversas adquirirão competências em diferentes

²⁵⁰ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

idades, e sua aquisição de competências irá variar de acordo com as circunstâncias. Ela também reconhece o fato de que as capacidades das crianças diferem de acordo com a natureza dos direitos a serem exercidos. As crianças, por conseguinte, requerem vários graus de proteção, participação e oportunidade para autonomia de decisão em diferentes contextos e em diferentes áreas de tomada de decisão.

O conceito de capacidades em desenvolvimento é central para o equilíbrio consagrado na Convenção entre o reconhecimento das crianças como agentes ativos em suas próprias vidas, o direito de ser ouvido, respeitado e concedida ampliação da autonomia no exercício de direitos, enquanto também ter direito a proteção de acordo com sua relativa imaturidade e juventude. Este conceito fornece a base para um adequado respeito pelas atitudes das crianças sem expô-las prematuramente às responsabilidades completas normalmente associadas com idade adulta. É importante reconhecer que não é o respeito pelos direitos, como tal, que é influenciado pela capacidade de desenvolvimento das crianças: os direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança estendem-se a todas as crianças, independentemente da sua capacidade. O que está em questão é onde a responsabilidade para o exercício dos direitos se encontra²⁵¹.

Ainda, em seu art. 18, a Convenção estabelece que os Estados Partes não devem medir esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigação comum com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, *in verbis*:

Artigo 18. 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças²⁵².

À criança, quando estiver capacitada, deve ser assegurado o direito de se expressar. Além disso, proporcionada a oportunidade de ser ouvida em processo judicial ou administrativo que seja de seu interesse, fortalecendo os ditames dos dispositivos acima citados no art. 12 da Convenção, consoante o que se segue:

²⁵¹ LANSDOWN apud MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 129-131.

²⁵² BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

Artigo 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Por sua vez, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, em seu princípio 7, garante à criança o direito à educação, de forma gratuita, vejamos:

Princípio 7. A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais²⁵³.

Por fim, da doutrina do professor e advogada, Dr. Alexandre Magno, se extrai o manifesto *“O direito da criança ao respeito”* de Janusz Korczak, pedagogo polonês que defendeu a condição de ser humano integral da criança, ao afirmar que elas merecem o mesmo respeito e consideração que os adultos, sendo documento de suma importância para a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, destacando os seguintes pontos²⁵⁴:

É como se existissem duas vidas. Uma é séria e respeitável; a outra vale menos, é apenas tolerada com indulgência. Costumamos dizer: o futuro homem, o futuro trabalhador, o futuro cidadão. Eles passarão um dia a existir de verdade, sua real trajetória ainda está por começar, só mais tarde virão a ser levados a sério. Damos licença para que fiquem zanzando por aí, mas sem eles tudo é mais cômodo.

Pois bem: não é verdade. As crianças existem e não de existir sempre. Não caíram de repente do céu, para um rápida visitinha. Uma criança não é um vago conhecido, de quem nos podemos

²⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Criança/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁵⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 87.

desvencilhar, num encontro ao acaso, com um simples alô e um sorriso.

[...]

Na Antiguidade da Grécia e de Roma, uma lei cruel mas franca permitia matar uma criança. Na Idade Média os pescadores achavam nas suas redes cadáveres de bebês afogados nos rios. No século XVII as crianças maiores eram vendidas a mendigos, enquanto as menorzinhas eram distribuídas de graça em frente à catedral de Notre Dame. E isso foi ainda outro dia. E até hoje muitas crianças continuam a ser abandonados quando começam a incomodar.

Aumenta cada vez mais o número de crianças ilegítimas, largadas, desprezadas, exploradas, depravadas, maltratadas. Bem entendido, a lei as protege, mas será que lhes oferece suficientes garantias? Num mundo que evolui, as velhas leis precisam ser revistas.

[...]

Renunciar a hoje em nome de amanhã? O que o futuro nos prenuncia de tão sedutor assim? Pintamo-lo com cores exageradamente sombrias; e eis que chega o dia em que nossas previsões se concretizam: o telhado desaba, porque a construção das fundações foi feita com negligência²⁵⁵.

Diante da demasiada proteção interna e externa e da importante função individual e social da educação, não é coincidência que o direito a ela tem tratamento especial por parte do Estado; garantir e promover de forma eficaz esse direito é fundamental para capacitar a população para o exercício pleno da cidadania em um Estado Democrático de Direito.

²⁵⁵ DALLARI; KORCZAK, 1986 apud MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 87-88.

3 HOMESCHOOLING COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Como já demonstrado, o direito à educação não aquiesce mitigações, uma vez que está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e diretamente conectado ao mínimo existencial, sendo responsável pela efetivação em satisfazer o que se encontra envolto dela – da dignidade. Como seria possível deixar de promover-lo a fim de satisfazer seus objetos e determinações? Deixar de promover, de forma a satisfazer seu objetivo e determinações, redundaria em negá-lo, originando uma eventual fragilidade da garantia desse direito²⁵⁶.

Ainda, o *Homeschooling*, reprise-se, é um instrumento à disposição dos pais para que estes, como principais responsáveis pela educação dos filhos, garantam-na de forma consciente e responsável. O papel do Estado é subsidiário, ou seja, a ele cabe fiscalizar, regulamentar e acompanhar o andamento desse processo para atestar que a educação está, de fato, sendo provida, ou, em casos excepcionais, atuar verticalmente nessa relação²⁵⁷.

Desse modo, o *Homeschooling* cumpre, ao mesmo tempo, duas importantes funções como legítima via de educação: a) ser um instrumento de liberdade de escolhas dos pais pela educação que desejam propiciar aos seus filhos; b) como meio de garantir e promover os objetos da educação no atual Estado Democrático de Direito, qual seja o de emancipar o indivíduo para o exercício da cidadania.

Concernente à liberdade de escolhas dos pais, como já debatido nos capítulos anteriores, a educação doméstica se constitui no meio de efetivação daquela, visto que, ao realizarem o arbítrio sobre o modelo educativo, os pais estão a exercer a cidadania que lhes foi passada. Mas este não é o único direito fundamental que está em pauta nesta discussão.

A Constituição de 1988 concede à iniciativa privada a prestação do serviço educacional, o que não afasta o caráter de serviço público, porquanto está

²⁵⁶ CHIARELLO, Felipe; JUNQUEIRA, Michelle Asato. **Homeschooling**: o início do retrocesso? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=085ebbec4e5bc8d8>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²⁵⁷ Alguns casos excepcionais serão tratados adiante.

sujeita à fiscalização e obediência às diretrizes impostas pelo Poder Público que é, também, responsável pela prestação do serviço com qualidade.

Em se tratando de educação, toda criança tem o direito de recebê-la, de modo que aos pais cabe sua concretização, seja matriculando seus filhos em escola convencional, pública ou privada, escolas de período integral, internatos ou a promovendo diretamente. É nesse contexto que surge o *Homeschooling*.

3.1 Definindo o termo

A instrução dirigida pelos pais denominada Educação Domiciliar (ED) – conhecida como *Homeschooling* e educação familiar desescolarizada²⁵⁸, consiste na assunção pelos pais ou responsáveis do efetivo controle sobre os processos instrucionais de crianças ou adolescentes²⁵⁹. Ainda,

O termo homeschooling, de língua inglesa, usual nos Estados Unidos da América, é usado internacionalmente para identificar uma modalidade de educação específica que é organizada e implementada pelos próprios pais como alternativa de escolarização de seus filhos em casa e não na escola²⁶⁰.

A Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) identifica outras denominações para essa modalidade de ensino utilizada por distintos países: Ensino Doméstico; Ensino em casa; Educação no lar; Escola em casa; Educação doméstica; Educação não institucional²⁶¹.

O *Homeschooling* (re)surgiu na década de 1970, no Estados Unidos, baseando-se em um movimento de reforma da educação proposto pelo professor e escritor John Holt. Influenciado pelo pensamento de Ivan Illich e sua obra *Sociedade sem Escolas*, Holt defendia a necessidade de transformação da escola, sendo esta um lugar em que as crianças fossem capazes de se desenvolver de acordo com suas curiosidades e com as experiências que lhes fossem apresentadas. Com o tempo, Holt passou a defender a ideia de educar as crianças em casa, retirando-as

²⁵⁸ ANDRADE, Édison Prado de. **A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente**: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2014.

²⁵⁹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 57.

²⁶⁰ ANDRADE, op. cit. p. 19.

²⁶¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Conceito**. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

dos problemas e vícios presentes nas instituições escolares. Nos anos de 1980, o movimento ganhou força com a adesão de milhares de famílias e comunidades²⁶².

No Brasil, a educação em casa iniciou nos anos 90, sendo a maioria por famílias estrangeiras. Em 1994, de iniciativa do Deputado Federal João Teixeira, nasce o Projeto de Lei n. 4.657/94, com o objetivo de regulamentar a prática desse ensino. Outras proposições surgiram posteriormente e estão em tramitação no Congresso, como exemplo os mencionados alhures²⁶³.

A ANED, para facilitar a compreensão do que seja o *Homeschooling*, listou em seu site o que não seria Educação Domiciliar. Segundo ela, a ED:

Um método de ensino; a utilização de um material didático específico; o simples ato de tirar uma criança da escola; uma ideologia/filosofia fechada; foco no conteúdo; um saber para poder ensinar tudo; superioridade do currículo sobre o aluno; divisão rígida em séries e nem o ensino de matérias compartimentalizadas; utilizar as mesmas técnicas e equipamentos da escola; escola em casa²⁶⁴.

A Educação Domiciliar ocorre quando os pais, como principais responsáveis, ao por ela optarem, assumem por completo o controle do processo global de educação dos filhos. Portanto, trata-se de uma modalidade de educação, na qual os pais se colocam no papel de direcionadores do ensino-aprendizagem dos filhos, ao invés de delegá-lo a instituições escolares²⁶⁵.

Ainda, como principais características do Ensino Doméstico, destaca-se:

a) educação integral, em que os pais se responsabilizam por todos os aspectos da educação dos filhos – valores, condutas, formação de caráter, questões afetivas e a instrução formal; b) educação em todo o tempo, ainda que haja um período específico dedicado aos estudos, por ser uma educação integral, a educação domiciliar se prolonga no tempo; e c) treinamento para o aprendizado, para que o conteúdo seja passado ao educando – os pais são mediadores entre os filhos e o conhecimento, de modo que não precisam entender todo o conteúdo, mas estar

²⁶² Ibidem.

²⁶³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Histórico**. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-historico>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

mais adiante do que os filhos e levá-los ao questionamento, à pesquisa, enfim, a buscar o conhecimento e a autonomia²⁶⁶.

Portanto, a atribuição do *Homeschooling* é ser um instrumento que leve o educando a ser sujeito de conhecimento e, além de adquirir saberes, desenvolver seu intelecto, formar suas habilidades, obter equilíbrio emocional, buscar a sociabilidade e espiritualidade. Desta feita, a criança será preparada para o conviver em sociedade e atuar, satisfatoriamente, como cidadã, cumprindo, então, as exigências que emanam do direito à educação

3.2 Aspectos normativos

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não há nenhuma lei específica que regularize a prática do *Homeschooling*, mas também não há alusão a norma que o proíba.

A carta Constitucional, em seu art. 215, determina que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”²⁶⁷. Sobre isso, a Declaração de Freiburg sobre direitos culturais, adotada em 2007, menciona que tais direitos decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, por visar a proteção da identidade cultural, definida como “a soma de todas as referências culturais através das quais uma pessoa, sozinha ou em comum com os outros, se define ou se constitui, se comunica e deseja ser reconhecida em sua dignidade” (art. 2.b). O mesmo documento auxilia quanto a definição do que vem a ser cultura, abrangendo “os valores, crenças, convicções, línguas, conhecimento e as artes, tradições, instituições e modos de vida através do qual uma pessoa ou um grupo expressa sua humanidade e os significados que eles dão à sua existência e ao seu desenvolvimento”²⁶⁸ (art. 2.a)²⁶⁹.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ A importância da expressão “pleno exercício dos direitos culturais” não pode ser subestimado, uma vez que não há nenhuma outra espécie de direitos na CF para a qual o Estado deva garantir o “pleno exercício”. UNIVERSITÉ DE FRIBOURG. **Os direitos culturais**: declaração de Friburgo. Disponível em: <<https://unifr.ch/iiedh/assets/files/Declarations/port-declaration2.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁶⁸ UNIVERSITÉ DE FRIBOURG. **Os direitos culturais**: declaração de Friburgo. Disponível em: <<https://unifr.ch/iiedh/assets/files/Declarations/port-declaration2.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁶⁹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 118.

Disso, depreende-se a existência de uma inevitável tensão entre o sistema escolar regulado ou provido pelo Estado e o pleno exercício dos direitos culturais. A educação escolar garante que a transmissão de culturas de cada região seja passada aos alunos, por meio de uma unificação nacional dos currículos, livros didáticos, formação dos professores e avaliação de ensino.²⁷⁰

Fora das escolas e das instituições oficiais, o patrimônio cultural é transmitido às novas gerações fundamentalmente pela família, utilizando como recurso a educação domiciliar. Na verdade, *a família é a unidade cultural* mais importante, pois não apenas transmite cotidianamente o patrimônio cultural aos filhos, como também garante que, devido às mais diversas formações culturais familiares, cada cultura específica deve ser devidamente preservada por meio da transmissão às novas gerações. Não por acaso, os pais têm garantido o direito de transmitir seus valores. Mais ainda: sendo a cultura um conjunto de valores, crenças e convicções, a responsabilidade para decidir em qual cultura devem ser educados os filhos recai primordialmente sobre os pais²⁷¹.

Ademais, no que diz respeito ao *Homeschooling*, nada diz a Constituição Federal, havendo uma lacuna legislativa – não há proibição e nem permissão expressa pela norma constitucional quanto à possibilidade dessa prática. Isso porque, no momento de sua promulgação, não era preocupação e nem caso de debate jurídico a educação em casa, tratando-se de um tema de recente discussão no meio legislativo, jurídico e executivo²⁷².

Enquanto essa prática não for expressamente proibida, sua omissão é suficiente para declarar como válido o ensino domiciliar, pois segundo o inciso II do art. 5º da CF, é lícita qualquer conduta que não seja expressamente proibida por lei. Ante a abstenção do legislativo e a provocação do tema no judiciário, o art. 4º da LINDB²⁷³ determina que, em caso de omissão, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito²⁷⁴.

²⁷⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O Direito à Educação Domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017, p. 120.

²⁷¹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017. p. 120.

²⁷² MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁷³ BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-

As normas infraconstitucionais no ordenamento, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e o Código Penal, auxiliam na interpretação e compreensão da legitimidade dessa modalidade.

Consoante a Constituição, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, estabelece em seus primeiros artigos²⁷⁵ que a educação se desenvolve em vários meios, colocando as instituições de ensino e o meio familiar no mesmo patamar; e, impõe à família e ao Estado o dever de desenvolver o educando, com base nos princípios da liberdade e nos ideais da solidariedade humana, tendo por finalidade o preparo da criança para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Veja-se:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os princípios educacionais são norteadores na interpretação das normas que se referem à educação e de modo algum colidem com ensino doméstico; pelo contrário, evidenciam essa possibilidade. A lei demonstra respeito pelas práticas de ensino que não estão previstas em seu corpo normativo, estabelecidas pelo art. 206 da CF e também previstos na LDB, em seu art.3º, conforme abaixo descritos²⁷⁶:

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

- I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

lei/Del4657compilado.htm?TSPD_101_R0=c8e7d9043554cf68cae70ecdef18a7abks0000000000000000481206bdffff0000000000000000000000000000005b35e476003ca36fa8>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²⁷⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁷⁵ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁷⁶ Ibidem.

III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - Gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - Garantia de padrão de qualidade.

VIII - Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

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

III – Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV - Respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - Coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - Valorização do profissional da educação escolar;

VIII - Gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - Garantia de padrão de qualidade;

X - Valorização da experiência extra-escolar;

XI - Vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

Dessa relação de princípios, pode-se extrair dois como sendo elementares, os quais serão objeto deste estudo: a) liberdade educacional, prevista no inciso II de ambos os artigos; e b) o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, previsto no inciso III dos dois artigos.

No que diz respeito à liberdade educacional, possui como destinatários os educandos (liberdade de aprender), os educadores (liberdade de ensinar) – aqui incluem-se os pais e responsáveis – os pesquisadores (liberdade de pesquisar) e todos aqueles que de alguma forma contribuem para a educação, transmitindo conhecimento por meio escrito ou oral (liberdade de divulgar o pensamento, a arte e o saber). Dentre, seus principais destinatários são os alunos e suas famílias ocupam lugar principal, e esta última possui o direito de escolher a forma mais adequada de educação, tendo em vista suas necessidades e convicções morais e religiosas, e

toda decisão deve estar de acordo com o princípio da primazia dos interesses do educando²⁷⁷.

Quanto ao princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, devido ao extenso território e à diversidade cultural, teórica, doutrinária, filosófica e educacional presentes na sociedade, o Estado não deve apenas permitir que os diferentes pensamentos, métodos e modelos de ensino coexistam e façam parte da educação, mas também deve promovê-los e apoiá-los. É nesse sentido que está disposto tal princípio se concretiza na existência de escolas particulares, ensino público e educação domiciliar. Ainda, tal princípio se caracteriza por limitar a atuação reguladora do Estado na educação, uma vez que não pode restringir a liberdade pedagógica das famílias e das escolas, o que traz maior autonomia às instituições de ensino e aos pais²⁷⁸.

Importante mencionar que o objetivo da ILDBei é disciplinar acerca da educação escolar desenvolvida de forma predominante em instituições próprias. Ou seja, a obrigatoriedade dos pais em matricularem seus filhos a partir dos 4 anos de idade em escola regular, não atinge os pais que praticam o *Homeschooling*.

Ainda que seja aplicada a referida norma a qualquer modalidade de ensino, não se exige escolarização anterior quando o aluno ingressar em algum nível de educação, pois a escola irá aplicar avaliação que definirá o grau de desenvolvimento e experiência do aluno, de modo a permitir sua inscrição no ano adequado (art. 24 da LDB)²⁷⁹.

Esse foi o mesmo raciocínio adotado pelo Governo Federal na norma contida nos arts. 1º a 4º da Portaria Normativa n. 4, de 11 de fevereiro de 2010, em que estabeleceu que a aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) emitirá certificado de conclusão do ensino médio.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a LDB, disciplina que o menor tem o direito à educação, com o objetivo de desenvolvimento pessoal, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, sendo

²⁷⁷ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Manual de direito educacional**. [2018, no prelo]. p. 46.

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 45.

²⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar ao menor esse direito²⁸⁰.

Há no referido Estatuto a presença do art. 55 o qual “obriga” aos pais ou responsáveis a matrícula do melhor em escola regular. Sobre isso, o professor Alexandre Magno diz que:

O art. 55 do ECA contém uma norma, à primeira vista, bastante peremptória: ‘os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino’. Em uma interpretação isolada, parece não haver opções para os pais: mesmo a contragosto, estariam obrigados a matricular os filhos na escola. [...] Neste caso, há uma peculiaridade, pois o ECA tem um artigo que determina um modo especial de interpretação de suas normas: “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Trata-se da doutrina da proteção integral, que requer prioridade absoluta à criança e ao adolescente, considerando a efetivação de seus direitos como o norte para a interpretação do ECA. A questão, assim, torna-se bastante simples: qualquer norma dessa lei deixa de ser obrigatória se for demonstrado que, no caso concreto, sua aplicação não reflete o melhor interesse do menor. Além disso, a lei contém o vício já examinado em outros casos: a educação domiciliar nem chegou a ser discutida durante a sua tramitação. Mais ainda: à época de sua promulgação, nem se sabia, no Brasil, da existência dessa modalidade de educação. Nesse sentido, a opção era muito clara: deveria ser imposta a matrícula em estabelecimento escolar porque a alternativa conhecida à época era, simplesmente, a ausência de instrução. Pois bem. O art. 55 do ECA deve ser interpretado restritivamente, ou seja, **somente estão obrigados a matricular os filhos na escola, os pais que não quiserem ou não puderem prover adequadamente o ensino domiciliar.**²⁸¹ (grifo nosso)

Ainda, corroborando com o entendimento empregado pelo advogado, o art. 22 do ECA, imputa aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, autorizando, sob o interesse destes, a obrigação de cumprir e descumprir as determinações judiciais²⁸².

²⁸⁰ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁸¹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁸² MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Frise-se, por fim, que o Estado, ao quebrar o princípio de garantia de padrão de qualidade do ensino, estabelecido pela Lei de Diretrizes e Bases, propicia o direito da família de promover a educação dos filhos, dadas suas responsabilidades para com a educação dos filhos, instituídas tanto pela norma constitucional, quanto pelas normas infraconstitucionais, compelindo os pais a promoverem a educação daqueles.

Por sua vez, como já mencionado anteriormente, o Código Penal prevê em seu art. 246²⁸³ a tipificação do crime de abandono intelectual – caso os pais deixam de promover, exceto por justa causa, a instrução primária do filho em idade escolar, incorrerá no ilícito. O bem juridicamente tutelado pelo tipo penal é o direito à educação primária. O artigo nada menciona acerca de efetivação de matrícula em escola regular, apenas alerta para a promoção da instrução básica daqueles que estão em idade escolar.

Dessa forma, o art. 246 do CP incidirá apenas nos agentes – pais ou responsáveis, que, concomitante a omissão em realizar a matrícula dos seus filhos em escolas regulares, não fornecerão meios de instruí-los em casa. Diante da capacidade jurídica do *Homeschooling* promover educação àqueles que estão em idade escolar, demonstra que também na esfera criminal não é passível de penalidades.

Contudo, como já afirmado a ausência de lei específica que trate acerca da educação domiciliar, importa dizer que, aparentemente alheio ao conhecimento das entidades que lidam direta e indiretamente com o assunto, encontra-se presente no sistema de leis brasileiro o Decreto-Lei n. 1.044 de 1969²⁸⁴ e a Lei n. 6.202 de 1975²⁸⁵, ambos sob o regime da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969²⁸⁶, abaixo transcritos:

DECRETO-LEI Nº 1.044, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969.

²⁸³ Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês ou multa. BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁸⁴ BRASIL. **Decreto-lei n. 1.044, de 21 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

²⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 6.202, de 17 de abril de 1975.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm>. Acesso em 20 mar. 2018.

²⁸⁶ A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 tratam no mesmo título a família, a educação e a cultura, conforme transcrito no Anexo I, página... deste trabalho.

Dispõe sobre tratamento excepcional para os alunos portadores das afecções que indica.

OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e

CONSIDERANDO que a Constituição assegura a todos o direito à educação;

CONSIDERANDO que condições de saúde nem sempre permitem freqüência do educando à escola, na proporção mínima exigida em lei, embora se encontrando o aluno em condições de aprendizagem;

CONSIDERANDO que a legislação admite, de um lado, o regime excepcional de classes especiais, de outro, o da equivalência de cursos e estudos, bem como o da educação peculiar dos **excepcionais**;

DECRETAM:

Art 1º São considerados merecedores de tratamento **excepcional** os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados, caracterizados por:

a) incapacidade física relativa, incompatível com a freqüência aos trabalhos escolares; desde que se verifique a conservação das condições intelectuais e emocionais necessárias para o prosseguimento da atividade escolar em novos moldes;

b) ocorrência isolada ou esporádica;

c) duração que não ultrapasse o máximo ainda admissível, em cada caso, para a continuidade do processo pedagógico de aprendizado, atendendo a que tais características se verificam, entre outros, em casos de síndromes hemorrágicas (tais como a hemofilia), asma, cartide, pericardites, afecções osteoarticulares submetidas a correções ortopédicas, nefropatias agudas ou subagudas, afecções reumáticas, etc.

Art 2º Atribuir a êsses estudantes, como compensação da ausência às aulas, exercício domiciliares com acompanhamento da escola, sempre que compatíveis com o seu estado de saúde e as possibilidades do estabelecimento.

Art 3º Dependerá o regime de exceção neste Decreto-lei estabelecido, de laudo médico elaborado por autoridade oficial do sistema educacional.

Art 4º Será da competência do Diretor do estabelecimento a autorização, à autoridade superior imediata, do regime de exceção.

Art 5º Êste Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 21 de outubro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD

AURÉLIO DE LYRA TAVARES
 MÁRCIO DE SOUZA E MELLO
 Tarso Dutra

LEI Nº 6.202, DE 17 DE ABRIL DE 1975.

Atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei nº 1.044, de 1969, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei número 1.044, 21 de outubro de 1969.

Parágrafo único. O início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola.

Art. 2º Em casos **excepcionais** devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 17 de abril de 1975; 154º da Independência e 87º da República.

Ernesto Geisel

Ney Braga

(grifo acrescido).

Da leitura destas normas, extrai-se que o Estado reconhece a modalidade de ensino denominada como “exercício domiciliar” que nada mais é do que educação domiciliar. Apesar das normas serem anteriores à Constituição de 1988, foram recepcionadas; de modo que possuem validade no contexto atual. Ainda que não se possa alegar desconhecimento da lei para se imiscuir do seu cumprimento, na prática é o que ocorre quando o assunto é educação domiciliar²⁸⁷.

O destaque dado para a “excepcional” visa cristalizar o entendimento de que seu emprego no texto normativo indica que prover essa modalidade de ensino é

²⁸⁷ Eu mesma levei quase três anos de constante e profunda pesquisa até, coincidentemente, me deparar com tais normas jurídicas.

um ato extraordinário praticado pelo Poder Público, tendo em vista que o comum é o Estado oferecer como meio de promoção da educação a escola convencional, desviando-se da ideia de uma modalidade que deve ser praticada apenas em casos trazidos na Lei.

Desse modo, ainda que se intente pela interpretação de que não há possibilidade para o *Homeschooling* no Brasil, o Decreto-Lei evidencia o contrário, frisando a possibilidade jurídica dessa modalidade de ensino e, concomitantemente, a importância deste para promover a todos a educação que lhes é de direito.

CONCLUSÃO

Da presente dissertação, conclui-se que: a) ao Estado é limitada a atuação nos assuntos que compete à família; b) a educação compõe o núcleo da responsabilidade familiar; c) considerando os interesses dos envolvidos na educação (criança, pais e Estado), a partir de uma ideia de política pública, o *Homeschooling* é um instrumento legítimo que visa garantir, de um lado, a liberdade de expressão dos pais e de outro, o direito à educação, com vista a uma sociedade regida sob os princípios fundamentais da República.

A Constituição estabeleceu à família, além dos deveres de proteger a vida e a saúde dos filhos, autonomia para decidir questões que estão a ela relacionadas, como o caso da educação dos filhos, atribuindo aos pais a responsabilidade primordial pelo seu provimento, não podendo o Estado interferir nessa seara, salvo quando, por parte dos pais, algum direito da criança seja violado ou esteja sob a ameaça de o ser.

Tendo como pressuposto que o objetivo da educação é emancipar o indivíduo para que ele exerça sua cidadania e instruí-lo intelectual e profissionalmente, importa, no caso, à criança, tanto em seu aspecto privado quanto público, concomitantemente a formação de sua personalidade e a aquisição de conhecimentos gerais suficientes – e conseqüentemente ser reconhecido pelo Estado e por seus concidadãos – para se tornar capaz de atuar como cidadão na esfera pública. Quanto aos pais, seu maior interesse reside no exercício dos seus direitos relativos às liberdades e à transmissão de crenças. Ao Estado, convém a formação enquanto cidadão e o efetivo exercício da democracia.

Desse modo, conclui-se – corroborando com a hipótese inicial apresentada – que, não desvinculado de uma ideia de política pública que o regularize, o *Homeschooling* é uma modalidade de ensino capaz de, ao mesmo tempo em que é meio legítimo do exercício da expressão de autonomia dos pais sobre a educação dos filhos frente ao Estado, ser um instrumento que garante e promove o direito à educação às crianças. Desta feita, o *Homeschooling* é mais uma maneira de ensinar que atende aos mandamentos previstos no texto constitucional, alinhando-se com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ainda, tem-se que anterior à própria Constituição Federal de 1988, atinente à liberdade, o *Homeschooling* foi reconhecido como válido, estando em perfeita consonância com ela, dada sua recepção e, portanto, é um modelo de ensino incontestável em sua legitimidade e eficiência. Além de que jamais fora proibida sua execução no Brasil. E nem o poderia, considerando que perfeitamente alinhado com os princípios e direitos fundamentais presentes na Lei Maior.

Por fim, a despeito de inexistir regulamentação aprofundada – que de fato o instituto (*Homeschooling*) carece – mantém-se a possibilidade dele como opção educacional legítima aos pais, principalmente pelo exercício de sua cidadania que suplanta a ausência regulatória, a qual só é uma realidade não porque a Constituição o queira, mas por exclusiva responsabilidade laboral do Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ADORNO, Theodoro W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1951.

ARNAULT, Antônio. Cidadania e Liberdade. In: ZENHA, Francisco Salgado **Liher Amicorum**, Coimbra: Coimbra, 2003.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. *In*: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.). **Direito à Educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Augusto Inez. **Educação e personalidade: a dimensão sócio-histórica da educação cristã**. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.044, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.350 de 2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1579163>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.179 de 2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.261 de 2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2017117>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CAMBI, Franco. **História da pedagogia**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

CANOTILHO, J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 1, p. 38-79, jan. 2003. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitlesubsidiarity-as-a-structural-principle-of-international-human-rights-lawdiv/E7CE150E892CF4593B950F4F308AE12F>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CARVALHO, Olavo de. **Abandono intelectual**. 2008. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/abandono-intelectual/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CAVERO apud NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 7, jan./apr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 jun. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo: Summus, 1986.

DIGIÁCOMO, José Murillo; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2012. v. 6.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 88, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1975.

GOFFMAN, Erving. **Territories of the self: relations in public**. New York: Harper, 1971.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GÜNTER, Klaus. Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis. In: ROSENFELD, M., ARATO, A. (Eds.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkley: University of California Press, 1998.

HABERMAS, Honneth: formação do indivíduo e socialização. **Mente, cérebro, filosofia**, São Paulo, n. 08, 2008. Disponível em: <<https://vanessanogueira.wordpress.com/2016/01/11/revista-habermas-e-honneth/>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. São Paulo: UNESP, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria y Praxis**. Madrid: Tecnos, 1987.

HORKHEIMER apud BENJAMIN, Walter et. al. **Textos escolhidos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Rio de Janeiro: Editorial do Brasil, 1976.

HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista Informação Legislativa**, Ano 20, n. 79, jul./set. 1983.

HORWITZ, Paul. Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 44, p. 79-131. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol44_1/79-132.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Conceito de família**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/>>

populacao/condicao-de-vida/indicadores-minimos/conceitos.shtm>. Acesso em: 5 jun. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A família como centralidade nas políticas públicas**: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade**: o direito à vida, a eutanásia e o aborto. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

KIRSCHMAN, A. O. **Exit, voice and loyalty**: decline in firms, organizations and states. New York: Harward University Press, 1980.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYUPER, Abraham. **Calvinismo**. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.

LANSDOWN, Garison. **The evolving capacities of the child**. 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Os direitos fundamentais**. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181862/000439758.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Rosangelo Rodrigues. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

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

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2016. v.1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation**. Boston: Beacon Press, 1957.

PRADO, Caroline do. **Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao-7wvulatmkslzdhwncstr7tco>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

REIDY, David A. Pluralism, liberal democracy and compulsory education. **Journal of Social Philosophy**, v. 32, n. 4, 2001.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid. España. 2003.

SCHOEMAN, Ferdinand David (Ed.). **Philosophical dimensions of privacy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva 2010.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Nildo. Adorno: Educação e Emancipação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/5478>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

VIEIRA, José Ribas. Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, ano 26, n. 104, out./dez. 1989.

VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WESTBROOK, Robert B.; TEIXEIRA, Anísio. **John Dewey**. Recife: Massangana, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANEXO A - CONSTITUIÇÃO DE 1967

TÍTULO IV

DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

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

§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

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

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

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

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

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

Art 169 - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

§ 2º - Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Art. 170 - As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes.

Parágrafo único - As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

Art 171 - As ciências, as letras e as artes são livres.

Parágrafo único - O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art 172 - O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

ANEXO B – EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

TÍTULO IV

DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel.

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.

Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 1º O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Podêres Públicos.

§ 2º Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Podêres Públicos, inclusive mediante bôlsas de estudos.

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

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

II - o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais;

III - o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos;

IV - o Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bôlsas de estudos, mediante restituição, que a lei regulará;

V - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio;

VI - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependerá, sempre, de prova de habilitação, que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial; e

VII - a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154.

Art. 177. Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, que terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º A União prestará assistência técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal para desenvolvimento dos seus sistemas de ensino.

§ 2º Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional, que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Art. 178. As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter o ensino primário gratuito de seus empregados e o ensino dos filhos destes, entre os sete e os quatorze anos, ou a concorrer para aquele fim, mediante a contribuição do salário-educação, na forma que a lei estabelecer.

Parágrafo único. As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a assegurar, em cooperação, condições de aprendizagem aos seus trabalhadores menores e a promover o preparo de seu pessoal qualificado.

Art. 179. As ciências, as letras e as artes são livres, ressalvado o disposto no parágrafo 8º do artigo 153.

Parágrafo único. O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico.

Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.