

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

**PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO À
EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA CORTE A PARTIR DO CASO
DO ENSINO DOMICILIAR**

FERNANDO ROMANI SALES

SÃO PAULO

2021

FERNANDO ROMANI SALES

**PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO À
EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA CORTE A PARTIR DO CASO
DO ENSINO DOMICILIAR**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

Área de concentração: Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político e Social.

Orientação: Professor Dr. José Garcez Ghirardi.

SÃO PAULO

2021

Sales, Fernando Romani.

Processo decisório do Supremo Tribunal Federal e direito à educação: uma análise das funções da corte a partir do caso do ensino domiciliar / Fernando Romani Sales. - 2021.

163 f.

Orientador: José Garcez Ghirardi.

Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Processo decisório. 3. Argumentação jurídica. 4. Ensino básico domiciliar. 5. Direito à educação. I. Ghirardi, José Garcez. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.991(81)

FERNANDO ROMANI SALES

**PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO À
EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA CORTE A PARTIR DO CASO
DO ENSINO DOMICILIAR**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

Área de concentração: Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político e Social.

Data de Aprovação: 29/04/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Garcez Ghirardi (Orientador) –
FGV Direito SP

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis – FGV Direito SP

Prof^a. Dr^a. Thais Novaes Cavalcanti –
Faculdade de Direito de São Bernardo do
Campo (FDSBC)

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento e a conclusão de um programa de mestrado não é tarefa simples, empreitada que só foi possível realizar com o auxílio de familiares, amigos, professores e pesquisadores. Deste modo, agradeço imensamente pelo apoio que recebi de tantas pessoas ao longo da jornada, fundamentais para a execução dessa pesquisa.

Aos meus pais, Regina e Ricardo, por apoiarem e incentivarem minhas escolhas e serem meu lar nos momentos de tormenta e calmaria. A dedicação de vocês enquanto professores é minha inspiração diária na busca pelo conhecimento. Aos meus irmãos, Vitor e Lara, por tornarem o percurso mais doce. À minha vó querida, Maria José, por sempre me estimular e demonstrar interesse em saber da minha pesquisa, mesmo se tratando de universo tão distante de sua realidade. Às minhas tias incríveis, Claudia e Silvia, pelo carinho e cuidado que sempre me envolvem.

Ao meu grande amigo, Leonardo, por me apoiar e ouvir nos momentos de incerteza e me incentivar com sua força. À minha grande amiga, Júlia, por me conceder tantas oportunidades na Academia, por me ajudar diretamente na definição do meu tema de pesquisa, por me ouvir, torcer e ajudar incondicionalmente. O carinho e a lealdade de vocês permitem que eu tente ser e fazer sempre o meu melhor.

Ao professor José Garcez Ghirardi, meu orientador, mentor e amigo. Por me acolher quando ainda era um jovem estudante do segundo ano da graduação e me dar a oportunidade de ser seu estagiário no Núcleo de Metodologia de Ensino da FGV. Por me apresentar ao universo da pesquisa, da docência, do ensino jurídico e da literatura, me encantar com sua maestria intelectual e, principalmente, com sua sensibilidade e afeto no trato com todas as pessoas. Por me acompanhar tão de perto e tão prontamente em todo o percurso do mestrado, desde a elaboração do projeto de pesquisa, amadurecimento da ideia, escrita e reescrita. Essa pesquisa não seria possível sem seus conselhos, atenção, ajuda e apoio incansável. Para além do seu conhecimento e experiência na arte da docência, agradeço por ser o grande exemplo de cuidado e gentileza dentro e fora da Academia.

Ao professor Dimitri Dimoulis, por oferecer contribuição analítica valiosíssima para essa pesquisa, por todos os comentários e indagações ao trabalho, e por me instigar ao estudo do Direito Constitucional. À professora Thais Novaes Cavalcanti, por sua cordialidade e sugestões imprescindíveis ao aprimoramento da pesquisa, e por me

encantar pelo universo do Direito Constitucional desde meu primeiro ano da graduação, quando ainda era seu aluno na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Aos meus amigos e colegas de mestrado, por suas contribuições valiosas em nossas aulas e discussões de pesquisa, pelos cafés, sucos e bolos, pelos projetos e artigos acadêmicos. O mestrado não seria o mesmo sem vocês, especialmente Ana Lídia, Larissa, Gabriel e Luiz.

Aos professores e professoras do programa de Mestrado Acadêmico da FGV Direito SP, por seu incentivo, instigação e auxílio ao longo de todo programa, seja nas disciplinas, nos textos ou nas conversas entre os corredores da Escola.

Agradeço especialmente à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas pela oportunidade de estudo e formação, aprimoramento intelectual e amadurecimento acadêmico, através da Bolsa de Estudos Mario Henrique Simonsen, bem como à todas as pessoas – bibliotecárias, secretárias, seguranças e equipe de limpeza – que tornam o ambiente universitário tão estimulante e agradável pelo constante apoio e infraestrutura.

Finalmente, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) por ter sido agraciado com a bolsa CAPES PROSUP e pelo incentivo de fazer pesquisa em um país marcado por tantas desigualdades educacionais. Investir em educação é o primeiro grande passo para o desenvolvimento e aprimoramento do Estado e redução das desigualdades sociais.

RESUMO

A pesquisa explora o processo decisório do Supremo Tribunal Federal (STF) e avalia o desempenho das funções judicante, de interlocução institucional e deliberativa da Corte a partir da decisão sobre o ensino domiciliar (Recurso Extraordinário nº 888.815). Sustenta-se existir fragmentação argumentativa na Corte e que esta impacta o desempenho das funções de interlocução institucional e deliberativa do tribunal. Sugere-se também que a decisão sobre o ensino domiciliar representa ponto de inflexão na jurisprudência do STF sobre o direito à educação. A análise da decisão revela multiplicidade de compreensões dos Ministros do Supremo acerca (i) da posição do *homeschooling* no arcabouço normativo brasileiro – se constitucional ou inconstitucional –; (ii) dos sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chave para a resolução da controvérsia; (iii) de estruturas argumentativas; e (iv) de visões do Estado no desempenho do dever educacional. As conclusões sugerem que a dinâmica decisória do STF limita sua capacidade de contribuição para a formulação de políticas públicas, e que em decisões do Supremo que tratem de direitos fundamentais e políticas públicas, observar as visões de Estado que informam os votos individuais e o pronunciamento colegiado é categoria analítica imprescindível para investigar a argumentação jurídica da corte e as ponderações realizadas pelo tribunal. Os principais referenciais teóricos adotados são oferecidos por BARROS, NASSAR, GLEZER, 2014; BONAVIDES, 2004; BUCCI, 2002; DIMOULIS, LUNARDI, 2013; MENDES, 2012; RANIERI, 2017; RODRIGUEZ, 2013; SILVA, 2003; SILVA, 2009.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Processo decisório; Argumentação jurídica; Direito à educação; Ensino domiciliar.

ABSTRACT

This M.A. thesis examines the decision-making process of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and assesses the performance of its judicial, institutional dialogue and deliberative functions when deciding the Extraordinary Appeal No. 888,815 (right to homeschooling). It is argued that there is an argumentative fragmentation in the Court and that such fragmentation impacts the performance of its institutional dialogue and deliberative functions. It is additionally suggested that this decision represents a turning point in STF's understanding of the constitutional right to education. The analysis of the decision reveals varying interpretations by the Justices of the Supreme Court on (i) the position of homeschooling within the Brazilian normative framework - whether it is constitutional or unconstitutional -; (ii) the meaning attributed to key legal concepts needed to adjudicate the case; (iii) the role of the State in the performance of its constitutional duty to provide education. The findings suggest that the STF's decision-making process limits its capacity to contribute to the formulation of public policies. The results also indicate that in STF decisions on fundamental rights and public policies, a key analytical category is the court views on the role of the State and the way they inform individual opinions and collegiate decisions. The main theoretical framework is provided by BARROS, NASSAR, GLEZER, 2014; BONAVIDES, 2004; BUCCI, 2002; DIMOULIS, LUNARDI, 2013; MENDES, 2012; RANIERI, 2017; RODRIGUEZ, 2013; SILVA, 2003; SILVA, 2009.

KEYWORDS: Brazilian Federal Supreme Court; Decision-making process; Legal reasoning; Right to education; Homeschooling;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
METODOLOGIA	18
ANÁLISE INDIVIDUAL DOS VOTOS	23
I. Análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso	23
II. Análise do voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	38
III. Análise do voto do Ministro Edson Fachin.....	49
IV. Análise do voto da Ministra Rosa Weber	60
V. Análise do voto do Ministro Luiz Fux.....	61
VI. Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski	77
VII. Análise do voto do Ministro Gilmar Mendes.....	88
VIII. Análise do voto do Ministro Marco Aurélio	101
IX. Análise do voto do Ministro Dias Toffoli.....	110
X. Análise do voto da Ministra Cármen Lúcia	111
 ANÁLISE DA DECISÃO	 120
1. Função judicante e desdobramentos.....	120
2. Função de interlocução institucional.....	123
3. Função deliberativa externa.....	126
4. Função deliberativa interna.....	131
Disputas entre teses centrais.....	132
Disputas interpretativas de fundamentos jurídicos centrais.....	134
Disputas entre visões de Estado na educação.....	135
Estruturas argumentativas semelhantes, substâncias diversas.....	141
Conclusões.....	144
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 147
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 158

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo explorar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da decisão sobre o ensino domiciliar (Recurso Extraordinário nº 888.815), de modo a investigar o desempenho das *funções* do tribunal neste caso específico.

A pesquisa parte do pressuposto de que cortes constitucionais desempenham funções no regime democrático, de modo que cabe ao Supremo desempenhar funções na ordem normativa instaurada pela Constituição Federal de 1988.

A literatura sobre processo decisório de cortes constitucionais costuma identificar *funções* variadas que podem ser desempenhadas por instâncias decisórias dessa natureza (MENDES, 2012), como as funções judicante ou jurisdicional (BONAVIDES, 2004), a de instância de veto (TSEBELIS, 2002), a de guardião (CARVALHO FILHO, 2014), a de fórum de princípio (DWORKIN, 1985), a de interlocução institucional (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014), e a deliberativa (SILVA, 2009).

A função *judicante* ou *jurisdicional* trata da competência dos tribunais constitucionais de apreciar e solucionar os litígios, casos concretos, que se apresentam na sua esfera de jurisdição (BONAVIDES, 2004, p.128). No caso do STF, a Constituição Federal de 1988 estipula sua função *judicante* no artigo 102, ao prever a competência do tribunal para processar e julgar diferentes ações constitucionais, de modo a oferecer uma resposta concreta aos casos apreciados.

Já a função de *instância de veto* entende que as cortes constitucionais possam expressar um contraponto às decisões dos poderes Executivo e Legislativo, dentro da ideia de ‘freios e contrapesos’ que a noção clássica de separação de poderes estabelece (MENDES, 2012, p.3). Nessa lógica, a competência do Supremo de realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos públicos e a possibilidade de declará-los inconstitucionais representa a função de *veto* a partir da técnica de hermenêutica constitucional (TSEBELLIS, 2002, p.329).

A função de *guardião*, por sua vez, compreende que os tribunais constitucionais têm a responsabilidade de zelar pela ‘vontade do constituinte’, na medida em que a aplicação do Direito é compreendida como um mero processo lógico-dedutivo da norma ao caso concreto, sem espaço para a interpretação e criação normativa (MENDES, 2012,

p.4). Essa concepção é baseada na visão dos juízes enquanto ‘boca de lei’, isto é, meros aplicadores das normas jurídicas a partir de um raciocínio de subsunção prática (CARVALHO FILHO, 2014, p.160).

As funções de *fórum de princípio*, de *interlocução institucional* e *deliberativa* partem do pressuposto de que a capacidade argumentativa das cortes constitucionais é a principal forma de justificação do controle de constitucionalidade por elas exercido (MENDES, 2012, p.4).

A função de *fórum de princípio*, por seu turno, visualiza as cortes como responsáveis pela construção e exteriorização da razão pública, por se tratarem de um *locus* privilegiado de debate e desenvolvimento argumentativo (MENDES, 2012, p.4). Nesse sentido, o controle constitucional permite que as cortes se utilizem de princípios para fundamentar suas decisões a partir de uma lógica de justificação (DWORKIN, 1985, p.66).

Já a função de *interlocução institucional* parte da ideia de que as conclusões obtidas na prática do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais visam estabelecer um diálogo com as demais instituições e poderes do Estado (MENDES, 2012, p.5). Nesse sentido, a capacidade argumentativa das cortes constitucionais também tem por função ‘guiar condutas’ dos demais atores que com ela se relacionam (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23).

Finalmente, a função *deliberativa* pode ser compreendida tanto num aspecto *interno* quanto *externo* (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p.1.692). A *deliberação interna* diz respeito a troca de argumentos e razões entre os membros da própria Corte na resolução dos casos, enquanto a *deliberação externa* se refere ao diálogo argumentativo entre a Corte e atores externos, isto é, as demais instituições e poderes do Estado e a sociedade em geral (SILVA, 2009, p.210).

A função *deliberativa* das cortes constitucionais tem uma importância de destaque para o regime democrático na medida em que representa uma das formas de legitimar a atuação de uma instituição que não tem seus membros diretamente escolhidos pelo povo (SILVA, 2013, p.557). Diferentemente dos poderes Executivo e Legislativo, cuja escolha de seus membros parte da participação ativa dos cidadãos, o poder Judiciário carece desse pressuposto. Dessa forma, a argumentação jurídica tem implicações para a avaliação da qualidade do processo decisório das cortes, de modo que a exposição e justificação das

razões que sustentam as decisões judiciais devam estar sujeitas ao acompanhamento público e ao controle político-social (RAMOS, 2014, p.98).

Enquanto as funções de *instância de veto*, de *guardião*, e de *fórum de princípio* partem de uma compreensão de supremacia judicial e de que as cortes constitucionais oferecem ‘a última palavra’ sobre as questões jurídicas que lhes são apresentadas, as funções de *interlocução institucional e deliberativa* rejeitam essa premissa (MENDES, 2012, pp.4-5).

O presente trabalho busca verificar o desempenho das funções *judicante*, de *interlocução institucional* e *deliberativa* (interna e externa) do Supremo Tribunal Federal, partindo da análise de um caso específico: a decisão sobre o ensino domiciliar (Recurso Extraordinário nº 888.815).

Essa escolha se relaciona com outro pressuposto de pesquisa, qual seja, de que a educação é uma política pública central para o desenvolvimento do Estado brasileiro (SILVA, 2003, pp.199-200) e das capacidades individuais de seus cidadãos (SEN, 1979, p.186). Nesse sentido, a formulação de políticas públicas e a expansão das capacidades individuais é compreendida como uma relação intrínseca e complementar: por um lado, as capacidades individuais podem ser valorizadas e expandidas pela execução das políticas públicas; por outro lado, a formulação das políticas públicas levam (ou deveriam levar) em conta a possibilidade de expansão do desfrute efetivo das capacidades individuais (CAVALCANTI; TREVISAM, 2019, p.186).

A relação entre o Direito e o campo das políticas públicas tem sido cada vez mais estudada pelos juristas, tendo em vista a positivação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 – como é o caso do direito à educação – e a busca por sua efetividade e concretização, processo que muitas vezes depende da formulação e execução de ações estatais (BUCCI, 2002, p.241)¹.

Tendo isso em vista, a análise das funções de *interlocução institucional* e *deliberativa* de uma corte constitucional permite avaliar como se dá a interação do poder

¹ “Cada vez mais o tem a das políticas públicas vai se infiltrando entre as preocupações do jurista, tendo merecido, no entanto, pouco trabalho sistemático nessa área. Não obstante, num a época em que o universo jurídico se alarga — em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade —, não seriam as políticas públicas um foco de interesse juridicamente pertinente, como “esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos”?” em: BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. Cap. IV. São Paulo: Saraiva, 2002, p.241.

Judiciário com os demais poderes e instituições do Estado e, como um dos possíveis desdobramentos dessa interação, o desenho de políticas públicas. No que tange a presente pesquisa, a análise dessas funções da Suprema Corte e os reflexos gerados na interação com demais atores políticos pode afetar a formulação de políticas públicas educacionais, mais especificamente no que toca a figura do ensino domiciliar.

Assim, a pergunta que guiará esta pesquisa é: *Como o STF desempenhou suas funções judicante, de interlocução institucional e deliberativa na decisão do caso do ensino domiciliar?*

Adota-se como hipótese de pesquisa a ideia de que a função *deliberativa* do Supremo é prejudicada por conta da fragmentação argumentativa da decisão final da Corte, isto é, da dificuldade de reconstruir com clareza as *razões* e *argumentos* do Tribunal que embasaram não só a resolução do caso (provimento ou desprovimento da ação), mas também a resolução da controvérsia em torno do *homeschooling* (sua posição no ordenamento jurídico brasileiro). Esta hipótese da fragmentação tem respaldo na literatura² sobre o processo decisório do STF e no modo como este desempenha sua função *deliberativa*:

“Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores.” (RODRIGUEZ, 2013, p.15)

O caso do ensino domiciliar: breve histórico processual e razões da escolha

O direito ao ensino domiciliar³ foi questionado em mandado de segurança impetrado por menor incapaz contra ato da Secretaria de Educação do Município de Canela/RS que, em resposta à solicitação dos pais, impediu a prática do *homeschooling* e recomendou a imediata matrícula do menor na rede regular de ensino (BRASIL, 2018, p.7).

² Essa percepção da fragmentação argumentativa das decisões do STF também já foi observada por Mendes (2010) em ‘Onze ilhas’.

³ Sobre argumentos jurídicos, sociais, políticos e econômicos que costumam aparecer no debate envolvendo o *homeschooling* enquanto direito educacional, ver MOREIRA, 2017 e XAVIER, 2019.

Em primeiro grau, o julgador rejeitou o direito ao ensino domiciliar por considerar pedido juridicamente impossível, na medida em que não haveria permissão expressa do *homeschooling* na legislação brasileira. Em decorrência disso, foi apresentada apelação cível ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) objetivando reformar a sentença primária.

O Tribunal, por sua vez, confirmou a decisão de primeira instância ao entender que não haveria direito líquido e certo de amparo ao pedido da recorrente de ser educada em regime domiciliar. A partir disso, foi impetrado Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em face do acórdão do TJ-RS.

O Plenário da Suprema Corte, por maioria, reconheceu existir repercussão geral no caso a partir do seguinte entendimento: “*Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (homeschooling) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988.*” (BRASIL, 2018, p.1).

Desse modo, o caso do ensino domiciliar serve de bom exemplo para verificar como o Supremo desempenhou suas funções *judicante*, de *interlocução institucional* e *deliberativa*.

A função *judicante* na medida em que foi solicitada resposta do STF sobre o litígio apresentado, isto é, o provimento ou desprovimento do recurso extraordinário.

Já a função de *interlocução institucional* na medida em que, a partir do reconhecimento de repercussão geral no caso, foi demandado ao Supremo indicar às demais instâncias judiciais e poderes do Estado a posição jurídica do *homeschooling* no arcabouço normativo brasileiro, isto é, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

A função *deliberativa*, por sua vez, na medida em que também é esperado do STF indicar as *razões* e *argumentos* que sustentam tanto a resolução do caso (função *judicante*) como da controvérsia em torno da posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico (função de *interlocução institucional*).

A escolha por analisar a decisão do *homeschooling* demanda a exposição de algumas razões. Em primeiro lugar, conforme já exposto anteriormente, pela compreensão de que a educação é uma política pública central para o desenvolvimento do Estado brasileiro (SILVA, 2003, pp.199-200). Nesse sentido, a figura do ensino

domiciliar se insere no debate sobre políticas públicas educacionais e no dever do Estado na prestação educacional a partir da Constituição Federal de 1988⁴.

Em segundo lugar, tratando-se de ação do controle *difuso* de constitucionalidade exercido pelo STF, o recurso extraordinário teve reconhecimento de repercussão geral por entender que o caso trata de matéria constitucional (direito à educação) com alta relevância social, econômica, política e jurídica⁵:

“O debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico: social, em razão da própria natureza do direito pleiteado; jurídico, porque relacionado à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação; e econômico, tendo em conta que, segundo estudos o reconhecimento do homeschooling poderia reduzir os gastos públicos com a educação.” (BRASIL, 2018)

Nesse sentido, o ensino domiciliar se tornou ainda mais relevante na atual conjuntura política brasileira, tendo em vista representar uma das pautas do atual governo⁶, ser objeto de Projetos de Lei no Congresso Nacional sobre o assunto⁷, e de demandas por setores da sociedade civil.⁸

Em terceiro lugar, a matéria representa temática inédita na pauta de julgados da Suprema Corte, de modo a se tratar do primeiro posicionamento jurídico-institucional sobre o *homeschooling* pelo tribunal de cúpula do Poder Judiciário.

Em quarto lugar, pela constatação de que o STF cumpre com suas funções *judicante* e de *interlocução institucional* no caso, mas apresenta problemas para desempenhar sua função *deliberativa*. Isso ocorre, conforme pretende-se demonstrar ao

⁴ O direito à educação é previsto na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos, destacando-se, para os fins deste trabalho, sua inserção no rol de direitos sociais do artigo 6º e sua previsão enquanto dever do Estado, família e sociedade no artigo 205.

⁵ O instituto da repercussão geral prescinde da demonstração de relevância social, econômica, política e/ou jurídica no caso para que a apreciação da matéria seja discutida. Esse foi o entendimento do Supremo no caso do *homeschooling*.

⁶ Presidente Jair Bolsonaro assinou Projeto de Lei para disciplinar o ensino domiciliar, concebido como uma das prioridades dos seus 100 primeiros dias de governo: OLIVEIRA, E. *Bolsonaro assina projeto de lei que pretende regulamentar a educação domiciliar no Brasil*. G1. 11/04/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/04/11/bolsonaro-assina-projeto-de-lei-que-pretende-regulamentar-a-educacao-domiciliar-no-brasil.ghtml>>

⁷ Exemplos de projetos de lei (PL) que tratam do ensino domiciliar: PL 6001/2001; PL 6484/2002; e o mais recente, PL 2401/2019.

⁸ A Associação Nacional da Educação Domiciliar (ANED), admitida no caso como *amici curiae*, aponta que mais de 3.200 famílias brasileiras já se utilizam da prática domiciliar como método de ensino.

longo do trabalho, por conta de divergências da Corte sobre: o posicionamento do *homeschooling* no arcabouço normativo brasileiro; as teses centrais dos votos; os sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chaves para a resolução do caso e controvérsia; as visões de Estado no dever da prestação educacional; e as estruturas argumentativas dos votos.

A análise desses elementos possibilita identificar como se deu o desempenho das funções *judicante*, de *interlocução institucional* e *deliberativa* do Supremo, a partir da metodologia de pesquisa traçada neste trabalho.

Em quinto lugar, pela compreensão de que a decisão sobre o *homeschooling* representa um ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito à educação⁹. Essa constatação foi traçada por Ranieri (2017, pp.164-165), que sustenta que as decisões da Suprema Corte no âmbito educacional¹⁰, dos anos 2000 a 2015, trataram de demandas que exigiam prestações positivas do Estado, como o acesso e a permanência na educação básica – através da solicitação, por exemplo, de vagas em escolas e creches–; e a inserção de ações afirmativas em universidades públicas:

“Como vimos, até então, a jurisprudência do STF vinha se debruçando sobre problemas coletivos, em matéria de acesso e permanência na educação básica, particularmente em relação à Educação Infantil. A jurisprudência que solidamente se firmou estabeleceu que direitos educacionais são direitos subjetivos, com ampla justiciabilidade, a exigir a prestação pelo Estado em caso de sua não garantia.” (RANIERI, 2017, p.163)

Já a decisão sobre o ensino domiciliar, juntamente com a decisão sobre ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4.439), representa ponto de inflexão na jurisprudência educacional do Supremo por versarem sobre demandas de prestação negativa por parte do Estado, vale dizer, assegurar que a família possa ser a titular direta da prestação educacional; e impedir que o Estado se comprometa com a oferta de disciplinas religiosas em escolas públicas:

“Por todas essas razões, o julgamento da ADI n.º 4.439 e o do RE n.º 888.815 poderão assinalar um ponto de inflexão na jurisprudência educacional do STF. A tendência, a se confirmar, elevará as decisões da Corte a níveis mais

⁹ Sobre análises dogmáticas, empíricas e jurisprudências de questões envolvendo o direito à educação na égide da Constituição Federal de 1988, ver RANIERI, 2009.

¹⁰ Sobre decisões expressivas do STF no âmbito do direito educacional, ver RANIERI, 2009, pp.183-200.

complexos de proteção e promoção do direito à educação.” (RANIERI, 2017, p.142)

Essa constatação demonstra não só a relevância em se analisar a decisão sobre o *homeschooling*, por representar uma outra dimensão na jurisprudência educacional do Supremo com o potencial de complexificar as compreensões da corte sobre a natureza e os modos de concretização do direito à educação, mas também por permitir identificar possíveis leituras do papel do Estado – ora complementares, ora antagônicos – diante do dever de prestação educacional (artigo 205, Constituição Federal de 1988).

Por conta da natureza do caso do ensino domiciliar, e da demanda de uma postura abstencionista do Estado na educação, é possível discutir diferentes visões de atuação estatal no âmbito educacional a partir de possíveis interpretações diversas do texto constitucional: uma decisão que permita o *homeschooling* poderia representar, desse modo, um tipo de visão de Estado mais aproximada do modelo liberal, por priorizar a autonomia individual (no caso a autonomia familiar) frente à prestação pública. Já uma decisão que permita o *homeschooling*, desde que avaliado e fiscalizado pelo poder público, poderia ser índice de uma leitura da atuação estatal compatível com o modelo regulador, em que a concretização de direitos fundamentais seja realizada pela iniciativa privada, desde que regulamentada pelo Estado. Uma decisão que proíba o *homeschooling*, por sua vez, tendo por base o entendimento de que a prestação educacional é dever do Estado e que ele não pode ser afastado da concretização desse direito, poderia ser lida como índice de uma perspectiva compatível com o modelo estritamente provedor, uma vez que busca por impedir que outros atores assumam um papel que se entende eminentemente estatal.

Essas indagações demonstram que a análise do caso sobre o *homeschooling* se torna também relevante para discussões que envolvam a formulação e a execução de políticas públicas educacionais, uma vez que as políticas públicas são influenciadas pelo(s) modelo(s) de atuação estatal, conforme pontuados nas indagações acima.

Muito embora se entenda a impossibilidade de uma afirmação causal taxativa entre visão de Estado e substância dos votos – uma vez que, como qualquer decisão judicial, sobretudo das cortes constitucionais, tendem a ter motivações e fundamentos de natureza diversa – anda assim parece relevante trazer essa dimensão analítica para a compreensão do papel do STF no campo das políticas públicas. Sem algum tipo de

conceituação, mais ou menos explícita, de Estado e de suas funções, não é possível enfrentar, consistente e coerentemente, controvérsias que têm por objeto o “dever do Estado”.

Essa preocupação se conecta, portanto, com um dos pressupostos da presente pesquisa, qual seja, o de que a reflexão sobre diferentes formas de concretizar o direito à educação contribui para a compreensão dos modos de se desenhar e implementar políticas públicas centrais ao desenvolvimento do Estado brasileiro: no presente caso, políticas públicas educacionais.

Mencionada preocupação já foi observada por estudiosos da relação entre Direito e Políticas Públicas e do modo como concepções individuais de atuação estatal podem impactar tal dinâmica:

“Uma primeira dificuldade em se trabalhar com a noção de política pública em direito diz respeito à relação entre o direito e o modelo de Estado. Pois, se se concebe a política pública como criação do Estado de bem-estar, expressa sempre corno forma de intervenção do Estado, e se adota corno premissa a exaustão do Estado de bem-estar – o que é urna constatação não apenas de autores neoliberais –, seria discutível definir o Estado contemporâneo como “fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas”. Teria sentido falar em Estado implementador de políticas públicas no ocaso da era do Estado de bem-estar?

Este é um ponto a discutir, se as políticas públicas são uma forma de intervenção do Estado – típica do Estado de bem-estar dos anos 50 e 60, caracterizadas pelo forte intervencionismo estatal, pelo planejamento e pela presença do direito público, para a promoção de “programas normativos finalísticos” “ – ou se embora “inventadas” sob a égide do dirigismo estatal, o seu esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, numa época que se pretende marcada não mais pela subordinação de indivíduos e organizações ao Estado, mas pela coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado.” (BUCCI, 2002, pp.244-245)¹¹

Bucci aponta, com clareza, a importância de se pensar a relação entre o Direito e as Políticas Públicas e como essa relação é influenciada pelo modelo de Estado em que tal dinâmica se insere. A conclusão da provocação é de que, ainda que ocorram mudanças

¹¹ Diagnóstico parecido quanto às transformações contemporâneas do Estado, no sentido deste deixar de ser a única fonte política de organização social, dada a expansão na atuação de outros sujeitos políticos, e o impacto que o Direito tem nessas transformações – ora como agente causador, ora como agente legitimador – também foi apontado por CHEVALLIER, 2009; HELD, 1995; MAJONE, 1997; MARTINUSSEN, 1997; MORAN, 2002; OST; KERCHOVE, 2002; ROSANVALLON, 1992.

na forma da atuação estatal, a importância de se pensar tal relação permanece incontornável.¹²

A escolha por analisar a decisão do STF sobre o *homeschooling* se justifica, portanto, a partir de diversas razões. O caso é especialmente relevante por conter elementos que apontam para um possível novo momento na jurisprudência da Corte no âmbito do direito à educação e permite discutir diferentes leituras da atuação do Estado para a concretização do direito fundamental à educação, fator que também desagua em discussões envolvendo a dinâmica relacional entre o Direito e as Políticas Públicas.

¹² “Mesmo assim, a noção de política pública é válida no esquema conceitual do Estado social de direito, que absorve algumas das figuras criadas com o Estado de bem-estar, dando a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado.” Em: idem BUCCI, 2002, p.247.

METODOLOGIA

Tratando-se de uma pesquisa de jurisprudência, o objeto de análise deste trabalho é o inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário nº 888.815 (BRASIL, 2018), no qual consta a íntegra de todos os votos escritos dos ministros e ministras da Suprema Corte no caso do ensino domiciliar.

Deste modo, a pesquisa se vale do método de análise documental (REGINATO, 2017, pp.189-224) e de seleção da literatura sobre processo decisório de cortes constitucionais¹³, técnicas de argumentação jurídica¹⁴, e concepções de modelos de Estado¹⁵, capazes de oferecer suporte teórico para as análises pretendidas.

Para identificar o desempenho da *função judicante* do STF no caso do ensino domiciliar é necessário verificar o pronunciamento da Corte sobre a ação, ou seja, se pelo provimento ou desprovimento do recurso extraordinário. Isso é possível através da identificação da somatória dos votos, tendo em vista que se espera dos ministros uma resposta ao litígio apreciado.

Já para identificar o desempenho da função de *interlocução institucional* da Corte é necessário verificar se o Supremo apresenta uma resposta clara acerca da posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro (constitucional ou inconstitucional), bem como avaliar a redação da tese de repercussão geral fixada no caso.

Já para identificar o desempenho da função *deliberativa* do Supremo é preciso examinar as teses centrais, a mobilização dos fundamentos jurídicos e as estruturas argumentativas dos votos.

Por *teses centrais* entende-se os argumentos e fundamentos jurídicos que apresentem uma resposta direta tanto ao caso (recurso extraordinário) como à controvérsia do ensino domiciliar (constitucionalidade ou inconstitucionalidade).

¹³ A exemplo de: BONAVIDES, 2004; DIMOULIS, CUNHA, RAMOS, 2014; FEREJOHN, PASQUINO, 2004; KLAFKE, PRETZEL, 2013; MENDES, 2010; MENDES, 2012; OLIVEIRA, 2012; RODRIGUEZ, 2013; SILVA, 2009; SILVA, 2013; VIEIRA, 2008; VOJVODIC, MACHADO, CARDOSO, 2009.

¹⁴ A exemplo de: ALEXY, 2007; ALTIENZA, 2006; BUSTAMANTE, 2008; DAMELE, MASTROAOLO, PALLANTE, RADICONI, 2011; DIMOULIS, LUNARDI, 2013; GUNTHER, 2011; MACCORMICK, 2006; ROESLER, SANTOS, 2014.

¹⁵ A exemplo de: CARNEIRO, 2016; CHEVALLIER, 2009; HELD, 1995; MAJONE, 1997; MARTINUSSEN, 1997; MORAN, 2002; OST; KERCHOVE, 2002; ROSANVALLON, 1992; STRECK, 2003; ZANARDI, 2007.

Por *fundamentos jurídicos* toma-se como referência cinco elementos: (i) dispositivos constitucionais; (ii) dispositivos infraconstitucionais; (iii) jurisprudência do STF; (iv) convenções e tratados internacionais; (v) jurisprudência de tribunais internacionais.

A escolha por esses cinco elementos partiu da identificação, numa primeira leitura dos votos, de que ao longo da decisão do ensino domiciliar foram estes *fundamentos jurídicos* mobilizados pelos ministros para resolver o caso e a controvérsia. Assim, se mostra pertinente analisar os sentidos atribuídos, por cada ministro, para cada um desses elementos que compõe a noção, aqui adotada, de *fundamentos jurídicos*.

Por *estruturas argumentativas* compreendem-se os tipos de argumentos que são mobilizados pelos ministros e ministras. Neste sentido, a argumentação jurídica é objeto de diversos estudos e abordagens, ora com foco mais normativo (ALEXY, 2007), (ATIENZA, 2006), (BUSTAMANTE, 2008), (GUNTHER, 2011), (MACCORMICK, 2006), ora a partir de perspectiva mais empírica-pragmática (DAMMELE, MASTROAOLO, PALLANTE, RADICONI, 2011), (DIMOULIS, LUNARDI, 2013), (ROESLER, SANTOS, 2014).

Para o presente trabalho, a pesquisa se valerá de adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013) sobre categorias identificadas pela teoria da argumentação jurídica, que partem de dois grandes eixos: argumentos de teoria da interpretação jurídico-constitucional; e argumentos de teoria do direito.

Na primeira categoria, aparecem argumentos baseados nos quatro elementos ou métodos de interpretação definidos por Savigny, aceitos pela doutrina e jurisprudência como formas de interpretação constitucional (DIMOULIS, LUNARDI, 2013), quais sejam:

Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.143), isto é, argumentos baseados em constatações empíricas ou na “realidade”. De acordo com tais argumentos, aquilo que realmente acontece na sociedade deve servir de base para a tomada de decisão pela Corte.

Para este trabalho, também valerá na identificação desse tipo de argumento a apresentação de fatos e dados empíricos por parte dos ministros no intuito demonstrar como seu argumento pode afetar a realidade.

Argumentos literais (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.144), ou seja, argumentos fundados na estrita redação das normas jurídicas. Vale dizer, a explanação por parte dos ministros dos significados (semântica) mais “puros” e expressos das regras legais.

Argumentos sistemáticos (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.144), isto é, aqueles em que a Constituição implícita ou sistematicamente permite/fornece base para a defesa de determinada compreensão.

Diferentemente dos argumentos literais, que examinam os sentidos mais diretos e específicos das normas, os sistemáticos buscam os sentidos mais amplos e decorrentes da análise do ordenamento jurídico como um todo.

Argumentos da vontade do legislador constituinte (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.146), ou melhor, argumentos que defendem ou procuram investigar a real vontade do legislador na elaboração e aplicação de determinada norma. Sobre esse tipo de argumento, serão consideradas argumentações baseadas tanto na vontade do legislador constituinte como do legislador ordinário.

Já na segunda categoria, são agrupados argumentos derivados de teorias sobre a estrutura e as formas de aplicação do sistema jurídico. Os argumentos de teoria do direito costumam ser apresentados para justificar determinadas interpretações em relação a outras, podendo ser considerados como meta-argumentos ou argumentos de segundo nível (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, pp.147-148).

Argumentos neoconstitucionalistas (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, pp.147-148), ditos os que derivam de uma visão moralista, rejeitando o positivismo legal e exaltando uma atuação mais expansiva por parte do Judiciário e a relevância prática de princípios abstratos como meios de modificação e superação das normas jurídicas decorrente de visão estritamente positivista.

Para este tipo argumentativo, serão consideradas afirmações que remetam a compreensões filosóficas dissonantes ao positivismo legal. A mera aparição de princípios nas fundamentações, por si só, poderá não indicar necessariamente compreensões neoconstitucionalistas.

Argumentos dos precedentes judiciais (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.149), isto é, precedentes que a Corte costuma invocar no intuito de preservar a segurança

jurídica, manter a coerência de suas decisões e possibilitar a previsibilidade de opiniões futuras.

Aqui, serão igualmente considerados argumentos dos precedentes judiciais não tão somente os apresentados em referência a decisões pretéritas do Supremo Tribunal Federal, mas também decisões de outros Tribunais que sejam invocadas para sustentar determinada posição pelos ministros.

Além disso, será compreendido como argumento dos precedentes judiciais a mobilização de julgados pretéritos pelos ministros tanto para sustentar a *fundamentação* como também o *resultado final* do precedente invocado.

Argumentos de teoria da jurisdição constitucional/função do tribunal constitucional (DIMOULIS, LUNARDI, 2013, p.149), ou seja, tratam da delimitação da competência da Corte Constitucional no ordenamento jurídico, bem como sua relação com os demais Poderes do Estado. É comum a invocação da função do Tribunal como elemento central da revisão judicial. Tal forma de justificação das decisões da Corte tem caráter fortemente retórico, objetivando o fortalecimento e a legitimidade da revisão judicial.

Sobre esse argumento, serão igualmente consideradas fundamentações com caráter “negativo”, ou seja, no sentido de não caber ao Supremo Tribunal Federal a tomada de decisão sobre determinada matéria.

Estrutura do trabalho

Além dessa *Introdução* e da seção sobre *Metodologia*, o trabalho se divide em dois grandes capítulos, a *Análise individual dos votos* e a *Análise da decisão*, e conclui com a exposição de *Considerações finais*. No próximo capítulo, pretende-se explorar individualmente cada um dos ministros do STF votantes no caso do ensino domiciliar (Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Cármen Lúcia).

A *Análise individual dos votos* terá três eixos centrais: (i) apresentação do voto, que pretende expor a *tese central* do voto e os principais argumentos mobilizados pelos ministros para resolver o caso e a controvérsia; (ii) fundamentos jurídicos do voto, que busca apresentar o *sentido* atribuído aos fundamentos utilizados pelos ministros nos seus votos; (iii) estrutura argumentativa do voto, que pretende analisar os tipos argumentativos

presentes nos votos a partir de adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013).

Já o capítulo da *Análise da decisão* busca avaliar o pronunciamento geral da Corte no caso do *homeschooling* a partir dos referenciais teóricos utilizados neste trabalho, de modo a apresentar respostas para a pergunta que guia esta investigação (*Como o STF desempenhou suas funções judicante, de interlocução institucional e deliberativa na decisão do caso do ensino domiciliar?*) e verificar a hipótese de pesquisa estabelecida (problemas no desempenho da função deliberativa por conta de uma fragmentação argumentativa que dificulta visualizar, com clareza, o posicionamento da Corte a respeito da controvérsia sobre o ensino domiciliar).

As *Considerações finais* visam apontar como as conclusões obtidas na análise da decisão do ensino domiciliar sobre as funções desempenhadas pelo STF podem impactar o *jogo democrático* e o *desempenho da própria Corte* nas suas atuações.

ANÁLISE INDIVIDUAL DOS VOTOS

I. Análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso

1. Apresentação do voto

O Ministro Barroso votou pelo provimento do recurso extraordinário por entender que o ensino domiciliar é compatível com os valores e finalidades da Constituição, tendo em vista contribuir para o desenvolvimento normal das crianças e adolescentes, respeitar os interesses dos pais, e incentivar a formação de ‘bons cidadãos’.

Ele entendeu que apesar da Constituição não ter expressamente disciplinado o *homeschooling* a interpretação das normas que regulam o direito à educação leva a conclusão de que o texto constitucional permite aos pais a escolha do método domiciliar. Assim, o Ministro sustentou que a constitucionalidade do *homeschooling* não impede a legislação infraconstitucional de regular seu funcionamento, cabendo ao poder público fiscalizar o cumprimento das normas gerais da educação e avaliar a qualidade do ensino ministrado pelos pais.

Para solucionar o mérito do caso, o voto do Ministro partiu de duas grandes abordagens: (i) ‘o *homeschooling* no Brasil e no mundo: expansão e prática do ensino domiciliar’; e (ii) ‘o *homeschooling* e o direito à educação na Constituição de 1988’.

No primeiro tópico, o Ministro traçou um panorama do ensino domiciliar no Brasil e no mundo, justificando sua necessidade por se tratar de matéria inédita debatida no Supremo. Assim, ele apresentou definições conceituais da prática domiciliar e a distinguiu do *unschooling*, que rejeita a adoção de conteúdos programáticos e avaliações periódicas. Ele explicitou motivos que poderiam ser mobilizados pelos defensores do ensino domiciliar, como, por exemplo, o desejo de conduzir diretamente a educação dos filhos, o descontentamento com a eficácia do ensino formal, e dificuldades de acesso às instituições oficiais por questões financeiras ou geográficas.

O Ministro, ainda, mencionou dados de famílias adeptas ao ensino domiciliar ao redor do mundo, destacando estimativa de que no Brasil seriam mais de 3 mil famílias. Ele mencionou decisões de tribunais internacionais sobre a matéria, com ênfase para julgados da Suprema Corte dos EUA que entenderam pela possibilidade do *homeschooling*, e

concluiu o tópico alegando que, apesar de existirem divergências legislativas e jurisprudenciais sobre o tema, existe certo consenso mundial para a autorização do ensino domiciliar.

Já no segundo grande tópico de seu voto, o Ministro explorou principalmente os fundamentos jurídicos que, em sua concepção, levam a conclusão pela permissão do ensino domiciliar. Nesse sentido, ele argumentou que a verificação da compatibilidade do *homeschooling* com a Constituição exige identificar os objetivos e interesses educacionais previstos no texto, de modo que ele agrupou três conjuntos de propósitos: (a) o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente; (b) a consideração das concepções e interesses dos pais na criação de seus filhos; (c) a formação de ‘bons cidadãos’.

A partir desses três nortes, o Ministro sustentou que tais objetivos foram incorporados nas principais normas internacionais de direitos humanos, mencionando, para tanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com base nesse raciocínio, ele defendeu que os mesmos propósitos foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988, ao abordar os artigos 6º, 205, 206, 227 e 229. Para cada um dos três propósitos, o Ministro abordou fundamentos específicos para justificar sua compreensão. Em relação ao propósito (a), ele defendeu que o *homeschooling* contribui para o desenvolvimento normal e pleno dos educandos pois os motivos de retirada dos alunos do ensino formal – seja o descontentamento com sua eficácia ou a personalização do ensino – visariam o melhor interesse da criança e adolescente, conforme princípio previsto no artigo 227 da Constituição.

No que se refere ao propósito (b), o Ministro defendeu que o ensino domiciliar considere as concepções e interesses dos pais na criação dos filhos por compreender que os agentes estatais não são capazes de melhor identificar os interesses dos alunos do que seus próprios pais, mobilizando a noção de autonomia familiar prevista no artigo 226 da Constituição para sustentar seu raciocínio. Ele defendeu, ainda, que a modalidade domiciliar é amparada pelo pluralismo de concepções pedagógicas previsto no artigo 206, III da Constituição.

O Ministro sustentou que a escolarização não é o único método pedagógico adotado pela Constituição, de modo que a exigência de matrícula e frequência à rede regular de

ensino, prevista nos artigos 208, §3º da Constituição, 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e 55 do Estatuto da Criança e Adolescente, só seria aplicável aos pais optantes pelo ensino formal (escolarização) como método pedagógico. Ele sustentou, ainda, que o crime de abandono intelectual previsto no artigo 246 do Código Penal não dialoga com o ensino domiciliar, pois tal modalidade é oposta à noção de abandono, uma vez que os pais assumem diretamente o dever educacional.

Já no que diz respeito ao propósito (c), o Ministro sustentou que o ensino domiciliar contribui para a formação de ‘bons cidadãos’, isto é, pessoas comprometidas com virtudes cívicas, convivência democrática e defesa da dignidade da pessoa humana. Para sustentar essa compreensão ele apresentou pesquisas realizadas nos EUA, país praticante do *homeschooling*, que comprovariam a integração dos alunos na modalidade domiciliar com a sociedade e participação ativa em interesses comunitários.

Com base na compreensão de que o *homeschooling* atende esses três conjuntos de propósitos educacionais (a, b, c) previstos na Constituição que o Ministro Barroso entende pela constitucionalidade da modalidade domiciliar. Essa é a tese central de seu voto, na medida que oferece resposta objetiva ao caso. O Ministro aborda variados fundamentos jurídicos para sustentar seu raciocínio sem, no entanto, destacar um fundamento específico para sua conclusão.

Ele defendeu que a constitucionalidade do *homeschooling* não impede sua regulação pela legislação infraconstitucional, mencionando projetos de lei existentes visando isso. Nesse sentido, ele abordou o artigo 209 da Constituição para transportar raciocínio aplicado às instituições privadas de ensino ao *homeschooling*, no que tange o cumprimento de normas gerais da educação e avaliação do ensino pelo poder público. Em sua compreensão, a regulação visaria estabelecer concordância prática entre o direito dos pais de dirigirem a educação dos seus filhos, com base no artigo 229 da Constituição, e o dever do Estado de contribuir para o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente, com base nos artigos 205 e 208.

A partir desse raciocínio, o Ministro defendeu que para evitar eventuais ilegalidades de famílias já praticantes do ensino domiciliar, ele apresentou parâmetros de regulação do *homeschooling* em sua sugestão de tese de repercussão geral, até que seja editada legislação específica sobre o tema. O Ministro Barroso foi o único dos votantes no caso do ensino domiciliar a apresentar sugestão de regulação da matéria.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apresentar (quadro sinóptico) e explorar os fundamentos jurídicos mobilizados pelo Ministro para resolução do caso, levando a conclusão da constitucionalidade do ensino domiciliar e provimento do recurso extraordinário.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
<ul style="list-style-type: none"> - art. 6º - art. 205 art. 206, II e III - art. 208, §3º - art. 226 - art. 227 - art. 229 	<ul style="list-style-type: none"> - art. 1º, §1º, LDBE - art. 6º, LDBE - art. 6º, ECA - art. 22, ECA - art. 55, ECA - art. 58, ECA - art. 246, CP 	-	<ul style="list-style-type: none"> - PIDESC - CDC - arts. 26.2 e 26.3, DUDH 	<ul style="list-style-type: none"> - SC EUA (caso <i>Pierce v. Society of Sisters</i>) - SC EUA (caso <i>Wisconsin v. Yoder</i>) - CEDH (caso <i>Konrad v. Germany</i>) - TCEsp (sentenç. 13/2010)

Ao investigar o fenômeno do *homeschooling* ao redor do mundo, a partir de legislação e jurisprudência pertinentes a matéria, o Ministro Barroso expõe decisões emblemáticas sobre o ensino domiciliar para sustentar o argumento de que existe certo consenso mundial a favor da permissão de sua prática.

Assim, duas decisões da Suprema Corte dos EUA são abordadas: julgado em que o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que exigia a matrícula escolar

de crianças entre 8 e 16 anos, sob fundamento de que as liberdades previstas na 14ª Emenda Constitucional abrangem a liberdade dos pais dirigirem a educação dos filhos (caso *Pierce v. Society of Sisters*, 1925); e julgado em que a Corte permitiu que três famílias de comunidade amish não matriculassem seus filhos na rede regular de ensino, em respeito à liberdade religiosa prevista na 1ª Emenda Constitucional (caso *Wisconsin v. Yoder*, 1972).

O Ministro sustenta que na mesma linha dos EUA a maioria dos países europeus permite a prática do *homeschooling*, e que alguns outros Estados ‘na contramão’ do consenso geral proíbem a modalidade. Nesse sentido, decisões dos Tribunais Constitucionais Alemão e Espanhol são mobilizadas pelo Ministro para ilustrar essa contrariedade: julgado alemão que restringiu o direito dos pais conduzirem a educação dos filhos, sob fundamento de que tal restrição seria proporcional para a integração de minorias e prevenção do desenvolvimento de sociedades paralelas (caso *Konrad v. Germany*, 2003). O Ministro afirma que esse precedente foi bastante criticado, mas não expõe as críticas ou motivações por trás da afirmativa. E julgado espanhol que entendeu pela incompatibilidade entre o ensino domiciliar e disposição constitucional que prevê o dever do Estado de fornecer acesso gratuito à educação básica, no qual se assentou que os pais tem liberdade de escolha da instituição de ensino, mas não o direito de retirada da escolarização formal.

Aqui é importa observar que as decisões alemã e espanhola são mobilizadas pelo Ministro Barroso para ilustrar entendimento oposto ao que seria o consenso mundial sobre a prática domiciliar, enquanto em outros votos da decisão do STF as mesmas duas decisões são utilizadas como fundamentos jurídicos para proibir a prática do *homeschooling*. Ou seja, os dois precedentes são mobilizados de formas diferentes pelos ministros do Supremo: ora para defender que a prática é proibida em cortes constitucionais emblemáticas, reforçando a compreensão da inconstitucionalidade do *homeschooling* (Fux e Mendes), ora para sustentar que essa proibição estaria em desacordo com o consenso jurisprudencial mundial, de modo que a compreensão ‘correta’ do ensino domiciliar deveria ser a sua permissão (Barroso).

Já ao investigar o *homeschooling* a partir do direito à educação previsto na Constituição Federal de 1988, o Ministro afirma que para determinar a compatibilidade ou não do ensino domiciliar com o texto constitucional seria necessário identificar os propósitos educacionais ‘em jogo’, apresentando três conjuntos predominantes: (a)

desenvolvimento normal e pleno dos educandos; (b) consideração das concepções e interesses dos pais na formação de seus filhos; (c) formação de ‘bons cidadãos’.

A partir dessa compreensão, diplomas internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) são mobilizados pelo Ministro para sustentar o argumento de que os três conjuntos de propósitos (a, b, c) foram incorporados nesses diplomas. A título exemplificativo, o Ministro menciona os artigos 26.2 e 26.3 da DUDH para reforçar seu argumento. Note-se:

“Todos esses objetivos e interesses foram incorporados aos principais diplomas internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A título exemplificativo, este último documento, prevê que a “instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”, e deve promover “a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz” (art. 26.2) e que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (art. 26.3)” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p. 43)

O raciocínio do Ministro parte do abstrato para o concreto: ele primeiro apresenta valores que, em sua compreensão, norteiam o direito à educação para, posteriormente, argumentar que tais valores estão presentes nas normas. Esse mesmo exercício pode ser visualizado quando o Ministro aborda disposições constitucionais relativas à educação. Veja-se:

“Tais valores e propósitos foram, ainda, integralmente acolhidos pela Constituição de 1988. Na ordem constitucional brasileira, a educação é reconhecida como direito fundamental social (art. 6º), “*direito de todos e dever do Estado e da família*”, que “*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. 205). Em sintonia com esse propósito, a Constituição Federal define que o ensino será ministrado com base em diversos princípios, entre os quais se destacam (art. 206): (i) o acesso universal e gratuito à educação de qualidade, (ii) a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (inc. II); e (iii) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (inc. III, 1ª parte). Especificamente em relação à educação infanto-juvenil, a Carta de 1988 ainda estabelece, em seu art. 227, o dever da família, da

sociedade e do Estado de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à educação, (...) à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, bem como “de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Também determina, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp. 43-44)

Aqui é possível notar que os artigos 6º, 205, 206, 227 e 229 da Constituição são mobilizados pelo Ministro no intuito de demonstrar o argumento de que os propósitos norteadores da educação (a, b, c) – que são apresentados como a forma de responder objetivamente a constitucionalidade ou não do *homeschooling* – estão presentes no texto constitucional. O próximo movimento que o Ministro faz é argumentar que tais propósitos são também concretizados pela prática domiciliar, levando a conclusão de sua permissibilidade.

O artigo 227 da Constituição é mobilizado pelo Ministro para defender que o ensino domiciliar atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, segundo o Ministro, as motivações que levam os pais a retirar seus filhos da rede regular de ensino para dirigir diretamente sua educação teriam por base essa preocupação. O Ministro parte do pressuposto de que o tratamento conferido aos educandos na modalidade domiciliar é benéfico – não abordando o argumento levantado por outros ministros de que a escolarização formal pode servir como meio de afastar os alunos de ambientes familiares violentos. Esse dispositivo é mobilizado para justificar o atendimento do *homeschooling* ao propósito educacional (a) do normal desenvolvimento dos educandos.

Para demonstrar a compatibilidade entre o *homeschooling* e o propósito educacional (b) da consideração das concepções e interesses dos pais na formação de seus filhos são mobilizados diversos fundamentos jurídicos pelo Ministro. O artigo 226 da Constituição é abordado pelo Ministro para defender que a noção de autonomia familiar pressupõe que os pais são mais capazes de identificar as necessidades de seus filhos do que agentes estatais. Esse argumento reforça a visão do Ministro de que o ambiente familiar é benéfico aos educandos, partindo da compreensão de uma relação harmoniosa entre pais e filhos.

Já o artigo 206 da Constituição é abordado pelo Ministro para sustentar o argumento de que o *homeschooling*, compreendido por ele como um método alternativo ao ensino formal, é amparado pela liberdade de aprender e ensinar (inciso II) e pelo pluralismo de concepções pedagógicas (inciso III). O Ministro afirma que da mesma forma que não existem questionamentos pela escolha de determinados métodos utilizados em instituições oficiais (como o construtivismo, por exemplo), também não deveria existir questionamento acerca do método domiciliar.

Por sua vez, o artigo 208, §3º da Constituição é mobilizado pelo Ministro para defender que a escolarização formal não é o único método pedagógico permitido pelo texto constitucional. Ele sustenta que a exigência de matrícula e frequência escolar prevista nesse dispositivo e replicada pelos artigos 6º da LDBE e 55 do ECA não determina que a escolarização formal seja o único método permitido, mas que somente os *optantes* dessa modalidade têm o dever de fiscalizar a frequência escolar.

A partir dessa compreensão o Ministro defende que o *homeschooling* não é proibido pelo artigo 208, §3º, pois a norma trataria de um ‘reforço’ ao dever estatal e das famílias *optantes* pelo ensino formal de acompanhar a frequência dos alunos matriculados nas instituições oficiais. Ele estende esse mesmo raciocínio para outros dispositivos infraconstitucionais, conforme se observa:

“A interpretação adequada dos dispositivos infraconstitucionais também corrobora esse raciocínio. Por um lado, o art. 1º, §1º, da Lei no 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – esclarece que o diploma legislativo “*disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias*”, o que leva à conclusão de que a lei não regulamenta outras formas de ensino não escolar, como é o caso da educação domiciliar. Logo, a obrigação de matrícula está diretamente relacionada a opção pela educação escolar, predominantemente escolhida pelos pais brasileiros, mas não uma proibição a outro método de ensino formal. Por outro lado, a Lei nº 8.069/1996 – Estatuto da Criança e do Adolescente – também afirma que a interpretação do diploma deve levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 6º), que os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos seus filhos (art. 22) e que, no processo educacional, devem ser respeitados os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (art. 58). Como já afirmado, considero que os pais são mais aptos a definirem se o estudo domiciliar ou escolar é a melhor opção para os seus filhos. A opção pelo ensino escolar, porém, exige a matrícula em instituição da rede regular de ensino, conforme disposto no art. 55 do ECA.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp. 48-49)

Deste modo, o Ministro mobiliza os artigos 1º da LDBE, e 6º, 22, 55 e 58 do ECA para defender que a interpretação adequada é de que a matrícula e frequência escolar só dizem respeito ao ensino formal e são uma opção educacional e não uma obrigação. Esse argumento é alvo de intensas disputas interpretativas ao longo dos votos, variando compreensões entre o caráter facultativo (conforme defendido pelo Ministro Barroso) e obrigatório (sustentado, por exemplo, pelo Ministro Fux) da matrícula e frequência escolar.

Já o artigo 246 do Código Penal é abordado pelo Ministro para sustentar que não há de se falar na possibilidade de configuração do crime de abandono intelectual pelos optantes do ensino domiciliar, uma vez que, na sua compreensão, o *homeschooling* é tido como um meio de garantir a prestação educacional através da responsabilização direta dos familiares, e não uma forma de isenção do dever à educação.

Para demonstrar a compatibilidade entre o ensino domiciliar e o propósito educacional (c) da formação de ‘bons cidadãos’ o Ministro não se utiliza de fundamentos jurídicos, apresentando pesquisas realizadas em contextos que permitem o *homeschooling* e que comprovariam a integração social e senso comunitário dos educandos domiciliares. Ele conclui a partir da sua tese central de que o *homeschooling* é compatível com os três conjuntos de propósitos educacionais (a, b, c), e que apesar da inexistência de norma constitucional expressa que preveja a modalidade domiciliar, a interpretação das normas reguladores da educação possibilitam a sua prática.

Finalmente, o artigo 209 da Constituição é mobilizado pelo Ministro para transportar raciocínio aplicado às instituições privadas de ensino ao *homeschooling*: ele defende que a regulação do ensino domiciliar deva observar o cumprimento das normas gerais da educação nacional e avaliação de qualidade pelo poder público. A regulação, na visão do Ministro, cumpre duas funções, quais sejam, garantir o direito dos pais de dirigir a educação dos filhos (art. 229 da Constituição) e assegurar o dever estatal de contribuir ao desenvolvimento dos educandos (arts. 205 e 208 da Constituição).

Nesse sentido, com fundamento no artigo 209 da Constituição, o Ministro apresenta sugestão de regulação do ensino domiciliar na sua proposição de tese de repercussão geral, sob argumento de evitar ilegalidades das famílias já praticantes da modalidade até que norma específica seja editada pelo Poder Legislativo.

3. Estrutura argumentativa do voto

Esse item pretende explorar a estrutura argumentativa do voto do Ministro Barroso, tendo em vista adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013). Em sua fundamentação foi possível observar a preponderância de argumento sistemático para solucionar o cerne do caso, enquanto argumentos neoconstitucionalista, de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, dos precedentes judiciais e da função do tribunal constitucional também apareceram no voto.

Na antecipação de seu voto, o Ministro apresenta a controvérsia do caso a partir de um argumento sistemático, na medida em que questiona se a leitura da Constituição como um todo leva a conclusão pela admissibilidade ou não do *homeschooling*. Note-se:

“A Constituição só trata do ensino oficial, e o fato de a Constituição só tratar do ensino oficial dá margem, também aqui, para duas leituras diversas. A primeira: se a Constituição somente se referiu ao ensino oficial, é porque somente admite esse tipo de ensino. Essa é uma leitura possível. A segunda é: se a Constituição não veda o ensino domiciliar, deve-se então respeitar a autonomia dos pais. Assim é, como bem sabemos, a vida num tribunal constitucional; para muitas situações, não existe, na Constituição, claramente uma solução pré-pronta. Portanto, cabe ao intérprete procurar construir argumentativamente a melhor solução para a situação que se lhe apresenta.”
(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp. 11-12)

Essa constatação dá indícios de que o modo como o Ministro irá estruturar seu voto parte de uma premissa sistemática: ele pretende investigar as normas constitucionais pertinentes ao direito à educação para verificar se a conclusão ‘geral’ dessas normas permite ou não o ensino domiciliar. Este percurso é realizado ao longo de seu voto, sendo mobilizados vários fundamentos jurídicos para sustentar a visão de constitucionalidade defendida pelo Ministro. Note-se:

“Os argumentos, Presidente, pelos quais, à luz da Constituição, eu considero constitucional, compatível com o texto constitucional o ensino domiciliar é que a Constituição, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, têm normas muito abstratas sobre essa matéria, princípios relativamente vagos que têm que ser densificados pelo intérprete. Passo a ler os princípios, os mandamentos constitucionais que considero relevantes. Primeiro: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família" - portanto, a família é uma das partes essenciais no processo de formação da criança ao lado do Estado. Além disso, o art. 206, em outra regra abstrata, a meu ver, diz: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o

saber; A educação domiciliar é perfeitamente compatível com esse dispositivo, sobretudo com a parte que fala em liberdade de aprender. Ainda no mesmo art. 206: "III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; (...) V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;". Para além disso, o art. 227 da Constituição, sempre em disposições vagas, diz o seguinte: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à educação, (...)". [...] Esses são os artigos da Constituição que tangenciam esta situação. Eu não consigo fazer nenhuma leitura desses artigos no sentido de ser vedada a opção dos pais pelo ensino domiciliar." (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp. 19-20)

A forma como o argumento sistemático é apresentado e construído pelo Ministro também denota um caráter *neoconstitucionalista* em sua compreensão, uma vez que ele rejeita a possibilidade de uma compreensão expressa das normas, mais próxima do *positivismo legal* - talvez ante a inexistência de uma norma específica que discipline o ensino domiciliar, e sustenta caber ao intérprete, a partir dos princípios educacionais, ‘construir argumentativamente a melhor solução’ para o caso. A estrutura sistemática é central no voto do Ministro, na medida que apresenta uma resposta concreta a controvérsia discutida. Na parte conclusiva de seu voto ele faz a seguinte constatação:

“Diante disso, parece-me que o ensino domiciliar comporta e harmoniza as finalidades diversas da educação expressas na Constituição, considerando que: (i) preenche o interesse das crianças e adolescentes de que lhes sejam transmitidos os conhecimentos e as ferramentas necessários para o pleno desenvolvimento de suas capacidades (art. 205, CF/88); (ii) respeita as concepções e interesses dos pais na criação dos seus filhos (arts. 206, II e III; e 229, CF/88); e (iii) contribui para a formação de “bons” cidadãos, imbuídos de valores cívicos, que pratiquem a tolerância e o respeito mútuo e tenham condições de participar ativamente da vida pública. Em síntese, embora a Constituição de 1988 não tenha tratado expressamente do ensino domiciliar, a interpretação das normas que regulam o direito à educação leva à conclusão de que o texto constitucional permite os pais e responsáveis a escolherem o método pedagógico pelo qual seus filhos receberão a educação formal, o que, a meu ver, inclui a possibilidade de educação doméstica como alternativa à matrícula na rede regular de ensino.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.52)

Outros tipos argumentativos são observados no voto de modo a sustentar a tese central do Ministro, isto é, de que o ensino domiciliar é constitucional a partir de uma compreensão sistemática da Constituição. Ao explorar o fenômeno do *homeschooling* ao

redor do mundo, o Ministro apresenta argumento dos precedentes judiciais para sustentar o argumento de que existe um consenso mundial pela permissão do ensino domiciliar. Veja-se:

“Decisões importantes da Suprema Corte dos Estados Unidos também ajudaram a consolidar o homeschooling naquele país. Em *Pierce v. Society of Sisters* (1925), a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Oregon que exigia a matrícula escolar de todas as crianças entre oito e dezesseis anos, tendo sustentado que as liberdades protegidas pela Décima Quarta Emenda Constitucional incluem o direito dos pais de dirigirem a educação dos seus filhos.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.39)

[...]

“Na contramão dos demais países europeus, Suécia, Grécia, Alemanha e Espanha proíbem a educação domiciliar. Na Alemanha e na Espanha, a vedação ocorreu por meio de interpretação constitucional realizada pelas Cortes Superiores.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.40)

[...]

“A breve exposição feita até aqui permite afirmar que a educação domiciliar é tema debatido em todo o mundo, com soluções legislativas e jurisprudenciais distintas. Apesar da controvérsia, e de entendimentos contrários de importantes Cortes Constitucionais, como a alemã e a espanhola, é possível concluir que há certo consenso mundial em direção à autorização do ensino domiciliar.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.40-41)

O argumento dos precedentes judiciais fortalece a compreensão da constitucionalidade da modalidade domiciliar no voto do Ministro Barroso, mas é acessório ao núcleo de sua fundamentação uma vez que ele mesmo sustenta que a visualização de uma tendência mundial a favor do *homeschooling* não é suficiente para permitir a prática no direito brasileiro, sendo necessário investigar se a prática é compatível com os propósitos educacionais do texto constitucional.

Outro argumento que aparece na fundamentação do Ministro para solidificar sua compreensão pela admissão do *homeschooling* é o de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social. Ele apresenta constatações da realidade para defender que o sistema educacional formal é deficitário, levando a compreensão de que o ensino

domiciliar pode ajudar na empreitada educacional, e que pesquisas empíricas comprovam aspectos benéficos da prática domiciliar, conforme se observa nas passagens:

“A primeira: o Estado brasileiro é grande demais, é extremamente ineficiente e, com frequência, pratica políticas públicas inadequadas e sem qualquer tipo de monitoramento. Acho que essa é uma primeira observação que considero relevante. A segunda: os resultados de 2017, divulgados essa semana, da Prova Brasil, que integra o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, foram desoladores. No teste de matemática, apenas 5% dos alunos se situam na faixa adequada; e, em português, que alguém poderia ter esperança de que fosse melhor, os resultados foram piores: apenas 1,7% dos alunos se situam na faixa adequada.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.12)

[...]

“A característica do direito, diferentemente de outros domínios, é que você não pode fazer experiências em laboratórios para ver se alguma política pública vai dar certo, você não tem como fazer testes clínicos em matéria de Direito. Portanto, a alternativa é verificar como as fórmulas que você cogita adotar são praticadas no mundo e que efeitos elas produziram. E aqui, com todas as vênias, eu não considero que se trate da importação de um instituto jurídico. Nós estamos discutindo como lidar com um fato social que ocorre em diferentes partes do mundo e, portanto, como ele ocorre no Brasil, nós temos que tomar decisão e fazer escolha a respeito dele.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.14)

[...]

“O terceiro e último argumento, Presidente, que eu considero relevante - e foi destacado na bela sustentação do Doutor Luciano Maia - é a questão da socialização. [...] a verdade é que pesquisas empíricas realizadas predominantemente nos Estados Unidos documentam que não há problemas de socialização com as crianças que se encontram no ensino domiciliar. E eu acho que, hoje em dia, mais valor do que as valorações puramente abstratas ou ideológicas têm aquelas que se baseiam em pesquisas empíricas - e a virada empírico-pragmática que eu gosto de defender para a interpretação do Direito, desde que não haja um direito fundamental em jogo sendo prejudicado.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.18)

Esse tipo de argumento reforça, mais uma vez, a compreensão do Ministro a favor do *homeschooling* sem, no entanto, representar o argumento central para a sua conclusão. Chama atenção a defesa que o Ministro faz de uma interpretação do Direito ‘empírico-pragmática’, o que parece novamente apontar um caráter *neoconstitucionalista* em sua compreensão, ao se afastar do *positivismo legal* e privilegiar abordagem pragmática.

Essa compreensão é reforçada pelo modo como o voto do Ministro propõe uma postura de ativismo judicial em seu voto. Ao concluir a controvérsia do caso e apresentar redação para a tese de repercussão geral, o Ministro se utiliza de argumento da função do tribunal constitucional para defender que, visando reparar eventuais ilegalidades de famílias já praticantes do ensino domiciliar, se faz necessário apresentar regulação do *homeschooling* no seu próprio voto enquanto não seja editada norma específica pelo Poder Legislativo. Note-se:

“Para evitar eventuais ilegalidades, garantir o desenvolvimento acadêmico das crianças e adolescentes e avaliar a qualidade do ensino, até que seja editada legislação específica sobre o tema, na linha das principais legislações internacionais sobre o homeschooling e com fundamento no art. 209 da Constituição, proponho os seguintes parâmetros a serem seguidos para a adoção do ensino domiciliar como método de ensino infanto-juvenil: (i) os pais e responsáveis devem notificar às secretarias municipais de educação a opção pela educação domiciliar, de modo a manter um cadastro e registro das famílias que adotaram essa opção de ensino naquela localidade; (ii) os educandos domésticos, mesmo que autorizados a serem ensinados em casa, devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas; (iii) as secretarias municipais de educação, a partir do cadastro, devem indicar a escola pública em que a criança em homeschooling irá realizar as avaliações periódicas, com preferência para os estabelecimentos de ensino mais próximos aos locais de suas residências; (iv) as secretarias municipais de educação podem compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ou o Conselho Tutelar; e (v) em caso de comprovada deficiência na formação acadêmica, verificada por meio do desempenho nas avaliações periódicas anuais, cabe aos órgãos públicos competentes notificarem os pais e, na hipótese em que não haja melhoria do rendimento nos testes periódicos do ano seguinte, determinar a matrícula das crianças e adolescentes submetidas ao ensino doméstico na rede regular de ensino”. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.53-54)

Assim, a compreensão da Corte Constitucional defendida pelo Ministro é de que, na omissão legislativa, cabe ao Supremo apresentar resposta jurídico-regulatória ao tema. Esse entendimento reforça o caráter *neoconstitucionalista* de seu voto, ao afastar uma postura de contenção judicial defendida pelo *positivo legal*.

O voto do Ministro Barroso, portanto, é estruturado a partir de argumento sistemático na medida em que a interpretação sistêmica da Constituição pelo Ministro oferece resposta objetiva ao caso, levando a conclusão da constitucionalidade do *homeschooling*. Argumentos dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva reforçam a tese central. Ao longo do voto é possível observar abordagem neoconstitucionalista em diferentes tipos argumentativos, isso sendo especialmente evidenciado no modo como o Ministro desenha o argumento da função do tribunal constitucional para o caso do ensino domiciliar, ao propor visão ativa do Judiciário através de sugestão de regulação da matéria.

II. Análise do voto do Ministro Alexandre de Moraes

1. Apresentação do voto

O ministro estruturou seu voto a partir de três questões: (i) se haveria ou não vedação constitucional, expressa ou implícita, ao ensino domiciliar; (ii) caso não existisse vedação absoluta, quais modalidades de ensino domiciliar seriam permitidas; (iii) não havendo vedação absoluta, se o ensino domiciliar seria autoaplicável ou se necessitaria de regulamentação por parte do Congresso Nacional, com consequente permissão de efetividade de uma ou mais modalidades.

Para responder a primeira questão (i), o ministro afirmou que a análise conjunta dos artigos 226, 227 e 229 da Constituição Federal, que tratam da família, criança e adolescente como principais sujeitos de direito, e dos artigos 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, levaria a conclusão de que não existe vedação absoluta ao ensino domiciliar no Brasil. Assim, em seu entendimento, apesar da Constituição não prever expressamente a modalidade do *homeschooling*, tampouco a proibiria expressa ou implicitamente. Seu voto pode ser lido como uma reflexão sobre o sentido dessa possibilidade e os modos ou condições em que pode ser implementada.

O Ministro alega, inicialmente, que, existe solidariedade entre família e Estado no dever de fornecer educação às crianças e adolescentes. destacando para isso os artigos 205, 226, 227 e 229 da Constituição. Além disso, tal solidariedade exige, em seu entender, o cumprimento de princípios, preceitos e regras expressas pela Constituição que valeriam tanto para o ensino ofertado pelo poder público como pela iniciativa privada. Dentre esses, o Ministro destacou: *a.* ensino básico obrigatório entre 4 a 17 anos, invocando o artigo 208, I; *b.* núcleo mínimo curricular a ser regulamentado pelo Congresso Nacional através de lei, invocando o artigo 210; *c.* convivência comunitária enquanto dever da sociedade, família e Estado, invocando o artigo 227.

Elaborando sua noção fundamental de solidariedade entre família e Estado no que tange à educação, o Ministro defendeu que a execução do núcleo básico obrigatório não seria exclusividade do poder público, pois a Constituição consagraria a coexistência de instituições públicas e privadas no artigo 206, III, e preveria a possibilidade de destinação de recursos a escolas comunitárias, confessionais, filantrópicas no artigo 213.

Assim, ele concluiu que não haveria exclusividade de fornecimento do ensino básico obrigatório pelo poder público, e sim a obrigação, para o ente que efetivamente oferecer o ensino, seja ele público ou privado, de o fornecer observando todos os princípios, preceitos e regras determinados pelo texto constitucional.

A partir desse entendimento de base, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou como resposta à primeira questão o entendimento de que, a partir das previsões constitucionais, não há vedação expressa ou implícita para a criação do ensino domiciliar, pois a Constituição prevê a coexistência de do ensino público e privado (art. 206). Nada impede assim, em seu entender, que o ensino privado possa ser coletivo, comunitário e até mesmo domiciliar (art. 213).

O mesmo entendimento de solidariedade aparece com clareza na resposta à segunda questão. Nela, o ministro afirma que a Constituição não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas sim aquelas espécies que não respeitassem a solidariedade entre a família e o Estado e os preceitos constitucionais acima mencionados (*a., b., c.*).

Por esse motivo, ele sustenta que as modalidades de *unschooling* ou desescolarização radical¹⁶, *unschooling* ou desescolarização moderada¹⁷, e o *homeschooling* puro¹⁸ seriam inconstitucionais por negarem a possibilidade de participação estatal solidária, a fixação de um núcleo curricular básico e a realização de fiscalização e avaliações.

Assim, a única modalidade permitida pela Constituição seria o *homeschooling* utilitarista ou ensino domiciliar por conveniência circunstancial, que seguiria os mesmos conteúdos básicos do ensino escolar público e privado e permitiria a fiscalização e avaliações periódicas, concretizando o dever solidário educacional da família e do Estado.

¹⁶ Ministro define essa modalidade de ensino ao dizer que se partiria da premissa de que a institucionalização da educação seria prejudicial e somente aos pais seria consagrado o direito de educar os filhos, sendo vedada ao Estado a instituição de escolas e currículos. Tal modalidade seria contrária, inclusive, à existência de lei de diretrizes e bases educacionais ou de qualquer fiscalização do poder público.

¹⁷ Ministro afirma que nessa modalidade a institucionalização seria evitada, mas que não se proibiria o oferecimento de educação escolar pelo poder público. No entanto, caberia exclusivamente aos pais escolher pela educação institucionalizada ou pelo ensino domiciliar, tendo estes plena liberdade de escolha do conteúdo e método, sem qualquer interferência estatal.

¹⁸ Ministro sustenta que essa modalidade aceitaria um patamar mínimo e objetivo quanto à formação das crianças e jovens, mas compreenderia a educação como tarefa primordial da família e subsidiária do Estado, e que as escolas seriam utilizadas de maneira alternativa somente pelos pais que não se considerassem aptos de educar seus filhos.

Vale dizer, em seu entendimento da natureza solidária do dever de oferecer educação, o Ministro parece apontar para a possibilidade de a educação se dar em casa (dimensão familiar) mas dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Estado (dimensão pública).

A responder a terceira pergunta, o Ministro afirma que o ensino domiciliar utilitarista não configuraria direito público subjetivo do aluno ou de seus pais, uma vez que inexistiria previsão constitucional expressa, de modo a não ser autoaplicável. Assim, a modalidade só existiria se houvesse criação e regulamentação pelo Congresso Nacional por meio de lei federal.

Além disso, o Ministro defende o estabelecimento de mecanismos de supervisão, avaliação e fiscalização por lei, e o respeito ao controle e à frequência à escola pela família e Estado – manifestando, mais uma vez, sua perspectiva de dever solidário - conforme previsão do artigo 208, §3º da Constituição. Ele defende que não existe uma única forma de se verificar a frequência, mencionando o ensino a distância como exemplo, e que a frequência visa o alcance da convivência comunitária, conforme o artigo 227, norma que teria a função de evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo.

Em sua conclusão, o Ministro sintetiza as decisões que decorrem de sua perspectiva de base. Ele observa, assim que, apesar de não existir direito público subjetivo ao ensino domiciliar, a Constituição não o proíbe (i) na modalidade utilitária (ii), sendo possível a sua criação e regulação através de lei editada pelo Congresso Nacional que respeite os preceitos estabelecidos pela Constituição (iii).

Apesar de não ser vedado, o Ministro defende que o ensino domiciliar utilitário ainda não foi criado e regulamento por lei, de modo que não poderia ser admitido nesse momento por não ser direito autoaplicável. Assim, o Ministro nega provimento ao Recurso Extraordinário e propõe a seguinte tese de repercussão geral: *“Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”* (BRASIL, 2018, p.15).

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apresentar os fundamentos jurídicos identificados no voto e o modo como o ministro os mobilizou, isto é, a interpretação conferida para cada um dos

fundamentos. Em seu conjunto, as normas utilizadas pelo Ministro compõem uma configuração normativa que enfatiza, como já apontado acima, o aspecto da solidariedade entre Estado e família face o dever de fornecer educação.

A primeira parte dessa seção traz um quadro sinóptico de todos os fundamentos identificados, enquanto a segunda parte expõe sua mobilização individual para a construção da tese desenvolvida pelo Ministro.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções/ Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
Artigos 205; 206, III; 208, I; 208, §3º; 210; 213; 226; 227; 229	-	Ag. Reg. no RE 594.018-7	-	-

O artigo 208, I da Constituição e a decisão do STF no Ag. Rg. no RE 594.018-7 foram invocados pelo Ministro para definir a titularidade do direito por cuja execução são responsáveis, solidariamente, o Estado e a família. A mobilização desses fundamentos ocorreu para indicar que, no caso da educação básica obrigatória (art. 208, I) os titulares do direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar (Ag. Rg. no RE 594.018-7).

Os artigos 226, 227 e 229 da Constituição reforçam para o Ministro a definição da titularidade do direito à educação, ao tratarem da família, criança e adolescente como principais sujeitos de direitos. São esses dispositivos, cominados com os artigos 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, que autorizam na visão do Ministro a conclusão de não existir vedação absoluta ao ensino domiciliar no Brasil.

Para dar lastro a seu entendimento central da solidariedade, o Ministro faz uso de uma extensa série de artigos da Constituição. É possível sugerir que essa estratégia reflete o fato de que esse é o ponto central para o Ministro: o traço de união da leitura de cada

um dos artigos é a existência de uma responsabilidade compartilhada pela educação. Tendo estabelecido a titularidade do direito, é a definição constitucional dos agentes responsáveis e sobre a natureza constitucionalmente solidária de sua obrigação que ele pretende apresentar.

Assim, o artigo 205 da Constituição é abordado pelo Ministro para retomar o argumento da solidariedade entre família e Estado no dever educacional, de modo que ele aponta que a questão do ensino domiciliar estaria compreendida no sentido *lato* da educação.

Já o artigo 227 da Constituição é mencionado pelo Ministro para sustentar que o dispositivo reitera a solidariedade prevista no artigo 205, sendo dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, jovem e adolescente a educação.

O artigo 226 da Constituição, por sua vez, é mobilizado para apontar que o dispositivo estabelece, de forma expressa, a família como base da sociedade, e o Ministro afirma que essa constatação é algo cultural no Brasil. Já o §7º do dispositivo é abordado pelo Ministro para sustentar a garantia da plena liberdade dos casais estabelecerem livremente o planejamento familiar.

O artigo 229 da Constituição, por seu turno, é abordado pelo Ministro para destacar o dever dos pais em assistir e educar os filhos menores. Esses três dispositivos constitucionais (226, 227 e 229) são mobilizados pelo Ministro para atrelar a noção familiar à perspectiva do Estado e da sociedade como sujeitos responsáveis pelo dever educacional, e não de forma estanque – o que poderia levar a conclusão pela possibilidade do ensino ofertado exclusivamente pela família sem a participação dos demais sujeitos.

Após abordar os dispositivos constitucionais que sustentam a conclusão do Ministro de não existir vedação absoluta ao ensino domiciliar e reforçar a solidariedade estatal e familiar no dever educacional, ele passa a abordar as normas constitucionais que estabelecem, em sua visão, os parâmetros mínimos para que o *homeschooling* seja realizável.

O artigo 208, I, trata da obrigatoriedade e gratuidade do ensino básico para crianças e adolescentes entre 4 e 17 anos, primeiro preceito abordado pelo Ministro. Ele reforça que tal previsão seja aplicável para todos os sujeitos envolvidos no processo educacional, sejam instituições públicas ou privadas, pessoas físicas ou jurídicas.

Já o artigo 210 é mobilizado pelo Ministro para apontar a necessidade de um núcleo mínimo curricular, sendo o segundo preceito observável para a execução da prática domiciliar. Ele estipula que o Congresso Nacional tenha competência para determinar esse núcleo curricular, através de regulamentação legal. Aqui, o Ministro parece adotar postura prudente ao preservar a competência legislativa ao invés de sugerir atuação judicial expansiva – que poderia se dar a partir de sugestões, no próprio voto do Ministro, de regulação da matéria.

O artigo 227, por sua vez, é invocado pelo Ministro como o terceiro preceito regulatório por tratar da convivência comunitária das crianças e adolescentes que forem educadas na modalidade domiciliar. Neste ponto o ministro retoma o argumento central da solidariedade entre família, Estado e sociedade para defender que a convivência comunitária só é possível através da conjugação de esforços coletivos.

Apresentados os três preceitos regulatórios, os artigos 206, III e 213 da Constituição são mobilizados para apontar a conclusão mais explícita, por parte do Ministro, para a possibilidade do ensino domiciliar. Ele defende que a coexistência de instituições públicas e privadas, conforme a previsão do artigo 206, III, aliada a possibilidade de ensino comunitário, confessional e filantrópico, previstos no artigo 213, levam a conclusão de não existir exclusividade no fornecimento do ensino básico obrigatório pelo poder público, possibilitando, assim, a prática do *homeschooling*.

O artigo 209 da Constituição é mobilizado pelo Ministro para sustentar que, apesar de não existir vedação absoluta ao ensino domiciliar, este não constitui, no entanto, direito público subjetivo do aluno ou de sua família. Nesse sentido, ele afirma que embora a modalidade domiciliar utilitarista ainda não tenha sido criada, ela pode ser realizada se seguir os preceitos constitucionais que regem o ensino e, além disso, se ocorrer sua fiscalização pelo Estado assim como acontece em relação ao ensino privado, cuja permissão seria obtida justamente através do artigo 209 da Constituição.

Já o artigo 208, §3º da Constituição é um dos principais fundamentos jurídicos na argumentação do Ministro, pelo modo como ele vislumbra a questão da matrícula e frequência à escola: ele entende que existem diferentes formas de se avaliar a frequência escolar, mencionando como exemplo o ensino a distância, para concluir que não existe uma obrigação de matrícula das crianças e adolescentes à rede oficial de ensino, mas sim a necessidade de que os fornecedores do ensino – seja na modalidade tradicional ou na

domiciliar – atendam aos preceitos educacionais mínimos estabelecidos pela Constituição.

Nesse ponto o Ministro retoma o argumento central da solidariedade entre família e Estado enquanto sujeitos responsáveis pelo dever educacional para sustentar que a responsabilidade na verificação da frequência à escola, ou no caso o controle do ensino domiciliar, é dever mútuo e depende da cooperação entre os sujeitos.

Parece importante observar que o Ministro se utiliza somente de dispositivos constitucionais para fundamentar seu voto. Diferentemente de outros Ministros e da parte recorrente, que apresentam a questão do ensino domiciliar também a partir da legislação infraconstitucional – através de disposições da Lei de Bases e Diretrizes da Educação e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministro Alexandre de Moraes não aborda dispositivos legais em sua fundamentação.

De igual modo, o Ministro também não aborda convenções e tratados internacionais e nem a jurisprudência de tribunais internacionais para fundamentar sua decisão – postura diferente dessa foi observada em outros votos da decisão, como nos casos dos ministros Barroso, Fachin, Fux e Mendes.

Por fim, no que tange a jurisprudência do próprio Supremo, o Ministro se utiliza de decisão pretérita (Ag. Reg. no RE 594.018-7) apenas com caráter instrumental para ilustrar o argumento de que a educação é um direito fundamental indisponível.

3. Estrutura argumentativa do voto

Para a análise da estrutura argumentativa dos votos foi utilizada adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis & Lunardi (2013), conforme já apresentado na seção de metodologia. A hipótese que subjaz a escolha dessa estratégia analítica é a de que a compreensão dos mecanismos de interpretação constitucional da definição de direitos amplos como “direito à educação” exige não apenas o exame de seu tecido normativo, mas, também, de sua construção argumentativa e dos valores que ela potencialmente revela.

No voto do ministro foi possível observar argumentos *sistemáticos* e *literais*, bem como argumentos *dos precedentes judiciais* e *de função do tribunal constitucional*, conforme se demonstra abaixo.

Logo de início o ministro se vale de um argumento sistemático para defender que, a partir de interpretação sistêmica da Constituição e, mais especificamente dos arts. 226, 227, 229 e 205, 206, 208, não existiria vedação absoluta ao ensino domiciliar:

“A análise conjunta dos arts. 226, 227 e 229 da Constituição, que tratam da parte de família, criança, adolescente e do jovem, colocando-os como principais sujeitos de direito, com os arts. 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, leva à conclusão de que não há vedação absoluta ao “ensino domiciliar” no Brasil. A Constituição, apesar de expressamente não prever essa modalidade, tampouco, nem expressa, nem implicitamente, proíbe a possibilidade de se aventar o ensino domiciliar.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.65)

É possível levantar a hipótese de que o uso de argumentos sistemáticos seja frequente, e talvez inclusive predominante na decisão sobre o *homeschooling*, tendo em vista que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma norma que discipline expressamente a figura do ensino domiciliar. Deste modo, a estratégia decisória passa a ser investigar o conjunto de regras constitucionais pertinentes à educação para extrair a existência ou não de vedação ao ensino doméstico. Nesse sentido, a passagem abaixo seria indício da mesma estratégia:

“A primeira: a partir da conjugação de previsões constitucionais, não há vedação expressa nem implícita para a criação do ensino domiciliar, até porque a Constituição deixou bem claro, como um dos primeiros princípios no art. 206, a coexistência do ensino público e privado. Então, o ensino privado pode ser coletivo, comunitário, como prevê o art. 213, ou ainda, domiciliar. Não me parece possível extrair da Constituição Federal a vedação do ensino privado individual, na modalidade ensino domiciliar.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.69)

Ao mesmo tempo em que o Ministro se utiliza de argumento sistemático para reunir a análise de um conjunto normativo (arts. 226, 227, 229 e 205, 206, 208), ele também se vale de argumento literal para explicitar o sentido que teriam normas específicas deste conjunto:

“Não bastasse isso, a Constituição estabelece, de forma expressa no art. 226, ser a família a base da sociedade, ou seja, a Constituição expressamente deu força constitucional a algo cultural no Brasil, a questão da família como a base da sociedade, garantindo – aqui é o § 7º do artigo 226 – plena liberdade do casal para livremente estabelecer o planejamento familiar. E, na sequência, o texto constitucional estabelece no art. 229 o dever dos pais em assistir e educar os filhos menores.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.65)

Essa combinação entre noções sistêmica e literal é reforçada pelo Ministro para sustentar a inexistência de vedação ao ensino domiciliar e retomar o argumento de solidariedade entre família e Estado no dever educacional:

“Então, com base nessa principiologia e em normas expressas do texto constitucional, não me parece que se possa afastar do núcleo principal e imprescindível à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes, sua Família.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.66)

O mesmo recurso é observado quando o Ministro defende que a Constituição só permitiria a modalidade utilitária de ensino domiciliar (argumento sistemático), a qual o ministro desenha seu conceito a partir de preceitos constitucionais específicos (argumento literal):

“O texto constitucional não só prevê o dever solidário da Família/Estado/Sociedade na educação, exigindo a conjugação de seus esforços, mas também estabelece princípios, preceitos e regras aplicáveis a uma parte dessa educação lato sensu, que é exatamente o ensino. Esse conjunto constitucional obrigatório vale para o Estado e para a Família; vale para o ensino oferecido pelo poder público ou pela iniciativa privada; ou seja, independentemente da espécie de ensino trilhada pela criança, pelo jovem, pelo adolescente, a Constituição Federal exige a observância de requisitos inafastáveis.

O primeiro deles diz que o ensino básico é obrigatório e gratuito quando for fornecido pelo Estado (CF, art. 208, I), ou seja, há necessidade de a criança e do adolescente frequentarem um ensino básico obrigatório, que deve ser fornecido dos 4 aos 17 anos. Essa obrigatoriedade é uma determinação constitucional para qualquer instituição pública ou privada, para qualquer pessoa jurídica ou física que pretenda participar da educação por meio do ensino: a necessidade de a criança e o adolescente frequentarem o ensino básico obrigatório entre 4 e 17 anos.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.67)

Por fim, isso também se reforça pela conclusão que o Ministro apresenta sobre a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro. A interpretação sistêmica leva a conclusão de não existir vedação, e a literalidade das normas confirma esta posição:

“A primeira: a partir da conjugação de previsões constitucionais, não há vedação expressa nem implícita para a criação do ensino domiciliar, até porque a Constituição deixou bem claro, como um dos primeiros princípios no art. 206, a coexistência do ensino público e privado. Então, o ensino privado pode ser coletivo, comunitário, como prevê o art. 213, ou ainda, domiciliar. Não me parece possível extrair da Constituição Federal a vedação do ensino privado individual, na modalidade ensino domiciliar.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.69)

Já a observância de argumento dos precedentes judiciais aparece em pleno secundário na fundamentação do Ministro, ao mencionar decisão pretérita do Supremo somente para ilustrar o argumento de que a educação seria um direito fundamental indisponível. Esse recurso parece confirmar a hipótese de que, ao inexistir manifestação prévia do STF acerca do ensino domiciliar – assim como inexistir norma expressa que o regule, a jurisprudência é invocada apenas para ilustrar um argumento acessório da fundamentação, longe de tocar e resolver o debate central do caso.

No voto do Ministro, a única menção a julgado da Suprema Corte se realiza logo no início de sua manifestação, apenas para ilustrar quem são os titulares da educação, compreendida como um direito fundamental indisponível:

“No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar, conforme consagrado por esta SUPREMA CORTE:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2o, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. (...)” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.63-64)

Finalmente, foi possível observar argumento da função do tribunal constitucional na conclusão do voto do Ministro, ao defender não existir direito público subjetivo ao ensino domiciliar por entender que o *homeschooling* na modalidade utilitária seria uma opção legislativa a ainda ser criada e regulamentada pelo Congresso Nacional através de legislação específica:

“O ensino domiciliar somente existirá se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal. A criação dessa modalidade de ensino não é uma obrigação congressual, mas sim uma opção válida constitucionalmente na citada modalidade utilitarista e desde que siga todos os princípios e preceitos que a Constituição estabelece de forma obrigatória para o ensino público ou para o ensino privado. É possível, portanto, ao Congresso Nacional – assim como estabelece quem pode e como pode ser fornecido o ensino privado e o ensino comunitário – criar e disciplinar o ensino domiciliar, seguindo os princípios e preceitos da Constituição, inclusive o dever de solidariedade Família/Estado, por meio de prévia regulamentação, que estabeleça mecanismos de supervisão, avaliação e fiscalização, e que respeite os mandamentos constitucionais, inclusive a norma direta do art. 208, § 3º.” (STF, R.E. no 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.71)

Nesse caso, o ministro se vale de argumento da função do tribunal constitucional para afastar uma postura mais incisiva de atuação judicial – em oposição a observada no voto do ministro Barroso ao prescrever regulação da matéria até que exista manifestação legislativa – e defender a preservação da competência do Poder Legislativo tanto para a criação como regulação do ensino domiciliar. Parece ser uma conclusão que vai ao encontro da noção tradicional de separação de poderes, na qual uma decisão judicial não deve usurpar a competência legiferante do Congresso.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes, portanto, é estruturado principalmente a partir de argumentos sistemático e literal, na medida em que a análise sistêmica da Constituição pelo Ministro leva a conclusão de não existir vedação absoluta ao ensino domiciliar, e a análise literal de dispositivos constitucionais específicos sustentam essa compreensão. Argumento dos precedentes judiciais aparece de modo secundário em sua fundamentação, apenas para ilustrar o argumento da indisponibilidade do direito à educação. Já argumento da função do tribunal constitucional é mobilizado para definir o limite de atuação do voto do Ministro, que entende ser competência legislativa a previsão e regulação da modalidade domiciliar – se alinhando a noção clássica da separação de poderes.

III. Análise do voto do Ministro Edson Fachin

1. Apresentação do voto

O Ministro Edson Fachin deu provimento parcial ao recurso extraordinário por entender que o ensino domiciliar é um direito constitucional - na mesma linha de compreensão do Ministro Barroso, mas divergiu do relator quanto a possibilidade de apresentar regulação da matéria em seu próprio voto (razão que justifica, na visão do Ministro, a parcialidade do provimento).

Fachin apresentou como parâmetros constitucionais invocados no caso os artigos 5º, VI; 205; 206, II, III e VII; 208; 226; 227 e 229, e como parâmetros legais o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e os artigos 5º; 6º e 12, VII da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBE).

Da leitura dos parâmetros invocados, o Ministro argumentou que são as regras legais, e não as previsões constitucionais, que expressamente exigem a matrícula e a frequência das crianças na rede regular de ensino. Ele sustentou que tais requisitos são incompatíveis com o ensino domiciliar e, por conta disso, o cerne do recurso extraordinário seria descobrir se o legislador, ao optar por um sistema coletivo de ensino, teria violado o direito dos pais em prover educação pelo sistema doméstico.

Com base nessa compreensão, o Ministro sustentou existirem duas formas de se defender o ensino domiciliar: (i) invocar o direito à liberdade de consciência e de crença, a partir da previsão do artigo 5º, VI da Constituição; (ii) sustentar o pluralismo de concepções pedagógicas, previsto no artigo 206, III da Constituição, na qual compreenderia o ensino domiciliar enquanto uma modalidade pedagógica que o Estado tem o dever de zelo.

Para investigar a primeira possibilidade (i), mobilizada pela parte recorrente, o Ministro defendeu que os pais não podem sustentar a liberdade de crença para deixar de prover educação aos filhos, pois a Constituição estabelece a obrigatoriedade da educação.

Neste sentido, ele afirmou que a educação depende de atuação legislativa do Estado, e que a Constituição expressamente outorga ao legislador a incumbência de harmonizar os princípios que regem o ensino, previstos no artigo 206. Ainda, foi tarefa do legislador definir os padrões mínimos do ensino, os quais também devem ser orientados pelo artigo 29 da Convenção de Direitos da Criança (CDC).

O Ministro mencionou julgados do Supremo Tribunal Federal, como o julgamento da ADI 4.439, oportunidade na qual defendeu que a escola espelhe o pluralismo da sociedade brasileira; e o julgamento da ADI 5.537, no qual a Suprema Corte reconheceu o direito ao pluralismo comum a todos.

Fachin argumentou que a exigência da frequência escolar não inviabiliza o direito à liberdade de consciência e de crença invocada pela parte recorrente, pois, em sua visão, a educação pressupõe o acompanhamento dos pais. Neste sentido, mencionou o artigo 18 da CDC, no qual existe previsão da educação enquanto responsabilidade dos pais, para argumentar que o direito à educação prestado pelo Estado não retira o dever familiar de complementá-la em casa.

O Ministro apresentou decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos para sustentar que a obrigação de frequência escolar primária não retira dos pais o direito de educar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas ou filosóficas (caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Dinamarca*), e que o direito dos pais à educação em conformidade com suas convicções, no caso específico, não foi desproporcionalmente restringido (caso *Konrad v. Alemanha*).

O Ministro concluiu que a própria Constituição coloca a salvo o direito à liberdade de consciência e de crença ao reconhecer o caráter facultativo do ensino religioso ministrado nas escolas, e que tal direito, conforme invocado pela parte recorrente, não respalda sua pretensão e não esgota o tema.

Já para investigar a segunda possibilidade (ii), que trata do pluralismo de concepções pedagógicas, o Ministro argumentou que a educação domiciliar é um método de ensino que pode ser legitimamente escolhido pelos pais para garantir a educação de seus filhos, pois o *homeschooling* trata de uma entre tantas técnicas de ensino e, de acordo com a previsão constitucional do artigo 206, III, cabe ao Estado garantir o pluralismo de concepções pedagógicas.

Neste sentido, o Ministro defendeu que a política pública estatal que não atenda ao pluralismo de concepções pedagógicas não encontra amparo constitucional. Sob essa perspectiva, argumentou que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente não apresentam respostas às dúvidas do caso em debate, tendo em vista que, para o Ministro, a exigência de frequência escolar encontra amparo no pluralismo da sociedade e escola, mas que a negativa aos pais e às crianças de acesso à

uma técnica de ensino, como a domiciliar, poderia violar essa mesma noção de pluralismo. Sobre esse ponto, ele concluiu ao afirmar que, desde que atendidos os princípios constitucionais relativos à educação, nenhuma concepção pedagógica pode ser aprioristicamente afastada.

Assim, o Ministro concordou com a compreensão defendida do Ministro Barroso de visualizar o ensino domiciliar como um direito constitucional, mas defendeu não ser possível ao Poder Judiciário, considerando a inexistência de mora legislativa, fixar os parâmetros pelos quais o homeschooling possa se ajustar às regras mínimas de qualidade e fiscalização, no que toca a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar.

O Ministro concluiu seu voto ao reconhecer a legitimidade da pretensão de incluir a educação domiciliar na política pública educacional, por considerar não existir impedimentos no texto constitucional, desde que observados os princípios estabelecidos. Ele acolheu a tese pela constitucionalidade do direito à educação domiciliar.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apontar os fundamentos jurídicos utilizados pelo Ministro, tendo em vista a metodologia adotada na presente pesquisa (quadro sinóptico), e explorar o modo como tais fundamentos foram mobilizados para sustentar a tese central do voto, isto é, a investigação do ensino domiciliar a partir de duas possibilidades: a liberdade de consciência e de crença e o pluralismo de concepções pedagógicas de ensino.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
Artigo 5º, VI Artigo 206, III	LDBE ECA	ADI 4.439 ADI 5.357 RE 566.471	Artigo 18, CDC Artigo 29, CDC	CEDH (caso <i>Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Dinamarca</i>)

				CEDH (caso <i>Konrad</i> v. <i>Alemanha</i>)
--	--	--	--	---

O voto do Ministro Edson Fachin gira em torno de dois fundamentos jurídicos principais: o artigo 5º, IV da Constituição, que trata da liberdade de crença e consciência; e o artigo 206, III da Constituição, que disciplina o pluralismo de concepções pedagógicas. Ele afirma que o ensino domiciliar pode ser defendido, precipuamente, por esses dois fundamentos.

A partir do primeiro fundamento, o Ministro entende que a liberdade de crença e consciência não é capaz de respaldar a pretensão objetivada pelo recurso extraordinário, isto é, não ser capaz de sustentar a constitucionalidade do direito ao ensino domiciliar. Isso, pois, na compreensão do Ministro, a liberdade de crença e consciência não pode ser mobilizada para que os pais deixem de prover educação aos filhos, implicando numa negativa da prestação educacional.

Nesse ponto, o Ministro parece não compreender muito bem o argumento articulado pela parte recorrente: os pais invocam a liberdade de crença e consciência para defender a possibilidade do ensino domiciliar, e não para sustentar a negativa do dever educacional – como é a forma que o Ministro entende que tal fundamento jurídico seria mobilizado pelos pais.

Ainda sobre esse primeiro argumento, o Ministro entende não ser possível invocar a liberdade de consciência e de crença, isto é, a negativa da prestação educacional, pois a educação depende de atuação legislativa do Estado. Ele defende competir ao legislador estabelecer os padrões mínimos do ensino, a partir do artigo 206 da Constituição, e também a partir do artigo 29 da Convenção dos Direitos da Criança (CDC).

O artigo 29 da CDC é invocado pelo Ministro para ilustrar quais são, em sua compreensão, os princípios que regem o ensino: (i) desenvolvimento das aptidões e capacidades físicas e mentais dos educandos; (ii) respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; (iii) respeito aos pais e valores culturais de onde o educando reside; (iv) preparo para uma vida social pautada pela compreensão, tolerância e igualdade entre os povos.

Neste ponto, importa observar que o Ministro se volta para normas internacionais a fim de estabelecer ou ilustrar quais sejam os princípios regentes da educação, ao invés de investigar e explicitar normas da Constituição Federal –ele menciona que o artigo 206 apresenta tais princípios, mas não os explicita ou desenvolve.

Na sequência, duas decisões do STF são brevemente abordadas pelo Ministro para ilustrar dois argumentos gerais: o julgamento da ADI 4.439, na qual ele sustentou que a escola deva espelhar o pluralismo da sociedade brasileira; e o julgamento da ADI 5.357, oportunidade em que o tribunal reconheceu o direito a esse pluralismo.

As decisões pretéritas do Supremo são mobilizadas apenas para ilustrar o argumento do pluralismo. Não são invocadas enquanto *precedentes* no sentido estabelecer uma conexão lógica-argumentativa ou esmiuçar as razões de decidir entre aquelas e o julgamento do ensino domiciliar; elas são invocadas somente para demonstrar que o argumento do pluralismo já apareceu em outros julgados do Tribunal.

Adiante, o artigo 18 da CDC é mobilizado pelo Ministro para abordar a questão da frequência escolar. Ele defende que tal exigência não inviabiliza a liberdade de crença e consciência dos pais (art. 5^a, VI), pois, a educação pressupõe o acompanhamento familiar.

Neste ponto importa observar como o ministro reforça a participação familiar na educação, mas reafirma não ser possível defender o *homeschooling* a partir da liberdade de crença e consciência dos pais. Igualmente, é o Ministro menciona a exigência da frequência escolar sem, contudo, invocar a previsão do artigo 12, VII da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – que é invocada pela parte recorrente e aparece também na fundamentação jurídica de outros ministros. Ele opta, portanto, a se voltar para normas internacionais em prol de normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Posteriormente, duas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos são abordadas pelo Ministro para sustentar novamente que a obrigação da frequência escolar não inviabiliza a liberdade de consciência e crença: decisão que reconheceu que a exigência da frequência escolar não retira o direito dos pais de educar os filhos a partir de suas convicções filosóficas e religiosas (caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Dinamarca*); e decisão em que o direito dos pais à educação em conformidade com suas convicções não teria sido desproporcionalmente restringido.

O Ministro conclui que a liberdade de crença e consciência não é suficiente para prover o pedido formulado no recurso extraordinário e nem esgotar o debate em torno do ensino domiciliar.

Ao abordar o segundo fundamento jurídico central de seu voto, isto é, o artigo 206, III da Constituição, o Ministro defende a educação domiciliar é um método de ensino que pode ser escolhido pelos pais como forma legítima de garantir o direito educacional de seus filhos, pois o Estado tem o dever de garantir o pluralismo de concepções pedagógicas.

Esse é o fundamental jurídico central da argumentação do Ministro que permite sua compreensão pela constitucionalidade do ensino domiciliar. Nesse passo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente são mencionados pelo Ministro para sustentar que ambos diplomas não apresentam respostas suficientes às questões debatidas em torno do ensino domiciliar. Este argumento parece elucidar a opção do Ministro de não abordar, ao longo de seu voto, dispositivos legais enquanto fundamentos jurídicos de sua decisão.

Finalmente, o Recurso Extraordinário nº 566.471, julgado pelo Supremo, é invocado pelo Ministro para explicitar a sua manifestação naquele julgamento no sentido de que exista um direito público subjetivo às políticas públicas de saúde. Ele aborda esse argumento para transportar o mesmo raciocínio para o caso do ensino domiciliar em relação às políticas educacionais.

Nesse sentido, ele sustenta que ambas as políticas dependem da presença regulatória do Estado, para argumentar que o Poder Judiciário não poderia fixar as regras mínimas de regulação do ensino domiciliar, lançando, deste modo, apelo ao legislador para realizar tal tarefa.

3. Estrutura argumentativa do voto

Este tópico pretende explorar a estrutura argumentativa do voto do Ministro Fachin, a partir de adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013), conforme já explicitada na sessão metodológica. O intuito é compreender como diferentes tipos argumentativos são mobilizados para sustentar a tese central do voto em análise.

No voto do Ministro Edson Fachin foi possível observar argumentos da vontade do legislador constituinte, dos precedentes judiciais, de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, e da função do tribunal constitucional, conforme se explicita a seguir.

O Ministro se utiliza de argumento da vontade do legislador constituinte para definir a questão central de seu voto, a partir da qual desenvolve seu raciocínio através dos dois principais fundamentos constitucionais que, em sua visão, abrangem a discussão sobre o ensino domiciliar: a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e o pluralismo de concepções pedagógicas de ensino (art. 206, III). Deste modo, ele apresenta o cerne do caso da seguinte forma:

“Como se observa da leitura dos parâmetros invocados, é a regra infraconstitucional, e não a Constituição, que expressamente exige a matrícula e a frequência das crianças na rede de ensino. É certo, como se percebe da leitura da inicial, que tais requisitos são, na prática, incompatíveis com o sistema de ensino exclusivamente domiciliar. Por isso, o cerne da controvérsia deste recurso extraordinário reside em saber se o legislador, ao optar por um sistema coletivo de ensino, violou o direito dos pais em prover a educação no sistema doméstico. Porque o direito à educação depende de uma atividade regulatória do Estado, essa questão não é facilmente respondida.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.93)

Outro argumento da vontade do legislador constituinte também aparece quando o Ministro rejeita a possibilidade de defesa do ensino domiciliar através da liberdade de consciência e crença. Ao alegar que os pais não podem negar a prestação educacional aos filhos, o Ministro defende caber ao Estado atuação legislativa para estabelecer os princípios mínimos que regulam a educação:

“Ademais, o direito à educação, como já se indicou, depende da atuação legislativa do Estado. A Constituição expressamente outorga ao legislador a difícil tarefa de harmonizar os princípios do ensino, conforme consta do disposto no art. 206, da CRFB. Compete ao legislador, ainda, definir os padrões mínimos de ensino, os quais, nos termos do art. 29 da Convenção de Direitos da Criança, necessariamente devem estar orientados no sentido de: [...]” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.94)

Ao longo de seu voto, o Ministro parte da premissa de tentar descobrir qual seria a ‘vontade do legislador constituinte’ para resolver a controvérsia envolvendo o ensino

domiciliar. Assim, as interpretações que ele confere aos dois fundamentos jurídicos que, em sua visão, resumem o debate – liberdade de consciência e crença e pluralismo de concepções pedagógicas – partem do raciocínio de tentar desvendar a ‘intenção’ do legislador constituinte.

Neste exercício, especificamente no que tange os princípios norteadores da educação, o Ministro se utiliza de argumento dos precedentes judiciais para ilustrar a defesa do pluralismo social, o qual compreende ser um dos objetivos da educação:

“Quando do julgamento da ADI 4.439, Rel. Min. Roberto Barroso, Redator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, tive a oportunidade de sustentar que a escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira. Ela deve ser um microcosmo da participação de todos. Como, aliás, reconheceu o Tribunal na ADI 5.357, da minha Relatoria, esse direito ao pluralismo é comum a todos. Todos têm o direito de conviver com as diferenças. Tornamo-nos mais humanos assim. A capacidade de surpreender-se com, na e pela alteridade, muito mais do que mera manifestação de empatia, constitui elemento essencial para um desarmado – e verdadeiro – debate democrático.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.95)

O argumento dos precedentes judiciais, portanto, aparece de modo acessório e tem caráter instrumental na argumentação do Ministro. Ele se utiliza de decisões pretéritas da Suprema Corte apenas para ilustrar um argumento específico – do pluralismo social – que foi sustentado, ora por si mesmo, ora pela conclusão do tribunal, mobilizando-o para uma compreensão mais ampla na decisão do ensino domiciliar, isto é, como uma pequena parte que compõe as diretrizes educacionais e que se presta a rechaçar um fundamento jurídico (liberdade de consciência e de crença) que, como o próprio Ministro coloca, seria uma das possíveis formas de defesa do *homeschooling*.

Posteriormente, ao adentrar no fundamento jurídico que resolve, na visão do Ministro, a discussão sobre o ensino domiciliar – o pluralismo de concepções pedagógicas, previsto no art. 206, III da Constituição, ele se utiliza de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para defender que a partir de análise da realidade fática o método pedagógico do *homeschooling* não resultaria disparidades em relação ao método tradicional de ensino:

“Não se pode negar que, na experiência comparada, o ensino domiciliar foi estudado e, do que se tem dos autos, é possível afirmar que não haveria disparidades entre os alunos que estudaram pelo método domiciliar e os que tiveram educação formal na escola. Muitos alegam que não há qualquer

difficuldade com a socialização e que as crianças que passaram pelo ensino domiciliar são plenamente integradas na sociedade.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.97)

Assim, o Ministro se vale de uma constatação da realidade para reforçar o argumento do pluralismo das concepções pedagógicas, ou seja, ele se utiliza de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para vinculá-lo a argumento da vontade do legislador constituinte e explicitar a sua interpretação sobre o artigo 206, III da Constituição.

Encaminhando para sua conclusão, o Ministro defende a constitucionalidade do ensino domiciliar, mas opta em prover parcialmente o recurso extraordinário por compreender que a eficácia de tal modalidade de ensino dependeria da manifestação dos órgãos oficiais, isto é, de regulamentação pelo Poder Legislativo. Desse modo, o Ministro se utiliza de argumento da função do tribunal constitucional para estabelecer os limites de sua decisão:

“Conquanto pareça ser este o caso – e, aqui, há concordância com o que assentou o e. Relator –, não é possível ao Judiciário, considerando que não há mora legislativa, fixar os parâmetros pelos quais toda uma concepção pedagógica possa se ajustar às regras mínimas de garantia de padrão de qualidade e à fiscalização no que tange à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, tal como exige o texto constitucional.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.97)

Assim, o Ministro opta por uma postura de cautela e prudência, diferentemente do observado no voto do Ministro Barroso, em não sugerir regulação da matéria e respeitar a competência legislativa para tal tarefa. Nesse mesmo passo, o Ministro vincula o argumento da função do tribunal constitucional a outro argumento dos precedentes judiciais, oportunidade na qual transporta seu entendimento em julgado pretérito para o presente caso:

“Em casos tais, em que a garantia de um direito está a depender de uma efetiva política pública, cabe ao Poder Judiciário exigir a realização dessa política, nos parâmetros que a própria Constituição estabelece. Quando proferi o voto no RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, no caso sobre os medicamentos de alto custo, fiz registrar que há um direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação.”

A dependência de ambos os direitos sociais da presença regulatória do Estado permite que se estenda as reflexões sobre o direito à saúde para as políticas públicas educacionais. Com efeito, o longo decurso de tempo, desde que estabelecida a política educacional, e, ao mesmo, a emergência de novos estudos sobre a eficácia do ensino domiciliar denotam um dever estatal em dar uma resposta acerca da legitimidade dessa concepção pedagógica e de sua possível adoção por parte dos pais.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.98)

Aqui, o Ministro afirma a necessidade de regulação das políticas públicas de saúde e educacionais, a partir de entendimento fixado em precedente do Supremo, para recair novamente na preservação da competência legislativa em fixar tais parâmetros e restringir sua decisão ao reconhecimento da constitucionalidade do *homeschooling*, demonstrando, assim, sua visão da função do tribunal no caso: apreciar a constitucionalidade do ensino domiciliar, sem estabelecer o modo como este possa operar.

A estrutura argumentativa do voto do Ministro Fachin tem por eixo central argumento da vontade do legislador, na medida em que o próprio Ministro argumenta que ‘o cerne da controvérsia’ em debate busca identificar se o legislador, ao optar por um sistema de ensino coletivo, afronta o direito de ensino domiciliar. Assim, a mobilização dos fundamentos jurídicos que ele utiliza (arts. 206, III e 5º, VI da Constituição) para responder a controvérsia em análise parte investigação do ‘sentido conferido pelo legislador’ a estas normas. Já argumento dos precedentes judiciais é mobilizado pelo Ministro para ilustrar um ponto específico de sua fundamentação, qual seja, a defesa do pluralismo social, que é por ele compreendida como um dos objetivos da educação. Esse argumento, portanto, constitui uma parcela do argumento central do Ministro e não o cerne de sua fundamentação.

Argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, por sua vez, é mobilizado para sustentar o fundamento jurídico principal na resolução da controvérsia pelo Ministro: ao abordar o princípio do pluralismo de concepções pedagógicas previsto no art. 206, III da Constituição, que é o argumento central do Ministro para entender pela constitucionalidade do *homeschooling*, ele sustenta que da análise da realidade fática o método domiciliar não apresenta disparidades de resultado em relação ao método tradicional de ensino.

Por fim, o Ministro se vale de argumento da função do tribunal constitucional para se afastar de postura ativista e preservar a competência legislativa na regulação da matéria, discordando nesse ponto do Ministro Barroso.

IV. Análise do voto da Ministra Rosa Weber

1. Apresentação do voto

No inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário nº 888.815, o voto da Ministra Rosa Weber tem apenas uma página. Ela se limitou a dizer não ter problemas para compreender que a liberdade de conceder ou disciplinar o ensino domiciliar esteja abrangida pelo ‘espaço desenhado’ pelo constituinte. Por conta disso, a Ministra alegou que seu raciocínio acompanha o voto do Ministro Alexandre de Moraes.

A Ministra sustentou, no entanto, que dentro da conformação disciplinada pelo legislador infraconstitucional, que em sua visão seria o espaço normativo em que a matéria seria questionada, não haveria espaço para conceder a segurança (a ação originária tratou de mandado de segurança, resultando no recurso extraordinário apreciado pelo STF).

A partir dessa compreensão, a Ministra negou provimento ao recurso extraordinário e alegou que entendimento em sentido diverso, com maior compatibilidade à liberdade dos pais de educarem seus filhos no regime domiciliar, não seria tarefa do Poder Judiciário e sim do Poder Legislativo.

A Ministra não apresentou nenhum *fundamento jurídico* para sustentar seu voto, apenas seguindo o raciocínio exposto pelo Ministro Alexandre de Moraes. Quanto a *estrutura argumentativa* de seu pronunciamento, é possível identificar argumento da vontade do legislador na medida em que ela fez referência ao constituinte para sustentar que a liberdade do ensino domiciliar estaria compreendida pela ordem normativa da Constituição de 1988, mas que o arcabouço desenhado pelo legislador ordinário não permitiria conceder provimento ao caso concreto – ela faz tais afirmações sem, no entanto, apresentar *razões* para isso.

Finalmente, também é possível observar argumento da função do tribunal constitucional na medida em que a Ministra afasta a possibilidade do Judiciário – e por consequência do Supremo – de apresentar resposta mais compatível ao ensino domiciliar (talvez no sentido de declarar sua constitucionalidade expressa e/ou conceder provimento ao recurso; isso, no entanto, não fica claro no voto), relegando tal tarefa ao Congresso Nacional.

V. Análise do voto do Ministro Luiz Fux

1. Apresentação do voto

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto se manifestando pelo desprovimento do recurso extraordinário, fundamentando a *inconstitucionalidade* do ensino domiciliar a partir de três grupos argumentativos: (i) a literalidade da Constituição e a capacidade institucional expressa no arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento - dimensão individual da educação; (iii) o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão - dimensão social e política da educação.

O Ministro reforçou sua tese ao dizer que a inexistência de lei regulamentadora não revela impedimento a constitucionalidade do ensino domiciliar, por defender que qualquer norma eventualmente editada sobre o *homeschooling* seria igualmente inconstitucional. Ele defendeu que por ser não-confessional, a educação escolar não se contrapõe à liberdade de religião ou de crença, que em sua visão é preservada pela complementação do ensino domiciliar.

Em seu primeiro grupo argumentativo (i), o Ministro sustentou que a inconstitucionalidade do ensino domiciliar decorre da imposição constitucional, legal e de políticas públicas do dever de matrícula e frequência à escola. No âmbito constitucional, ele entendeu que os artigos 208, §3º; 206, I e 208, I estabelecem a obrigatoriedade dos pais de matricularem seus filhos, dos 4 aos 17 anos, em instituições oficiais de ensino, e que a única modalidade de *homeschooling* permitida seria em substituição ao ensino infantil - inferior a 4 anos de idade.

Já no âmbito infraconstitucional, o Ministro defendeu que a exigência de matrícula e frequência escolar é reforçada pelo legislador ordinário a partir do artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBE); o artigo 55 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA); e pela norma 246 do Código Penal.

O Ministro também argumentou que a frequência escolar é induzida por políticas públicas, como no caso do Bolsa Família, que prevê a frequência à escola como condição de ingresso e permanência no programa.

Nesse sentido, ele concluiu que o arcabouço normativo constitucional, legal e de políticas públicas se alinha com a obrigação de matrícula e frequência escolar, de modo a demonstrar que o ensino domiciliar é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse passo, ele sustentou que entendimento diverso desvirtuaria a capacidade institucional educacional, argumento que, segundo ele, apareceu em decisões pretéritas do Supremo (ADPF 292 e ADC 17).

Por fim, o Ministro entendeu que o conteúdo programático e o convívio social do ambiente escolar oficial não representam afronta a liberdade de crença e consciência (art. 5º, VIII da Constituição), e que ele não tem conhecimento de nenhuma religião que defenda a evasão escolar, concluindo que a obrigatoriedade da matrícula e frequência não suprime a liberdade religiosa.

A leitura do Ministro se estrutura, assim, a partir de uma compreensão da educação como direito social fundamental e de uma valoração de sua dimensão socializadora. Sua ênfase no arcabouço institucional como índice da importância política do processo educacional constitui ponto central na construção de sua *ratio decidendi*.

Em relação ao segundo grupo de argumentos, o Ministro (ii), defende que a educação deva levar em conta não só o aspecto técnico-formal, de capacitação para o trabalho, mas também a função socializadora e o direito ao pertencimento dos alunos. Assim, a partir de previsões como o artigo 205 da Constituição e os artigos 1º e 2º da LDBE, o Ministro defende que a escola tem uma função socializadora, e que o ensino domiciliar poderia acarretar num problema de reconhecimento e pertencimento por não possibilitar o contato dos alunos à diversidade e à um senso comunitário.

Nesse sentido, o Ministro defendeu que a estigmatização dos alunos a partir da frequência escolar – citando episódios de bullying, seria hipótese bastante excepcional, caso em que o direito ao pertencimento poderia legitimar o afastamento da exigência de matrícula escolar. Assim, defendeu que a Constituição criou exceção, a partir do artigo 210, ao garantir o ensino às comunidades indígenas a partir de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem – em contraponto ao ensino regular ministrado na língua portuguesa. Nesse mesmo sentido, ele mencionou decisão da Suprema Corte dos EUA que autorizou a prática do *homeschooling* em comunidade Amish (caso *Wisconsin v. Yoder*).

Finalmente, o Ministro sustentou que o olhar profissional das instituições oficiais de ensino alinha expertise com a impessoalidade, a partir da valorização dos profissionais da educação (art. 206, V, Constituição), e que este também serve como instrumento de proteção dos alunos em relação ao próprio ambiente familiar, quando opressor ou violento (arts. 227, Constituição e 245, ECA).

Já no que diz respeito ao terceiro grupo de argumentos apresentado (iii), isto é, o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão, o Ministro defendeu que o ensino domiciliar descumpre, em regra, o pluralismo de ideais e concepções pedagógicas (art. 206, III, Constituição) e a liberdade de aprendizado e divulgação do pensamento (art. 206, II, Constituição).

Nesse sentido, ele entendeu que, sob o argumento de proteção da liberdade religiosa e autonomia individual, o requerente espelharia intolerância à diversidade – ao defender o criacionismo e se posicionar contra o aprendizado da teoria da evolução via ensino regular. Assim, sob argumento de tolerância, seria observada postura de intolerância, a qual o Ministro define como o ‘paradoxo da tolerância’.

O Ministro argumentou que o ensino domiciliar compromete a formação integral do indivíduo, sobretudo como integrante de uma sociedade plural, e que, a exemplo disso, a Constituição garante atendimento especializado aos portadores de deficiências (art. 208, III).

Fux mencionou decisões de tribunais internacionais para sustentar que a obrigatoriedade da frequência escolar não viola a liberdade de religião dos pais (Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Konrad v. Germany*); e que a imposição de escolaridade obrigatória não gera restrição desproporcional à liberdade de crença, pois os pais tem liberdade de escolha da natureza (pública ou privada) e critérios de operação da instituição de ensino (Tribunal Constitucional Espanhol, *Sentença n. 133/2010*).

Sobre esse segundo ponto, o Ministro afirmou que a liberdade religiosa é assegurada na rede pública de ensino, a partir da faculdade de matrícula em disciplina de cunho religioso, ofertada em todas as fés, através de entendimento fixado pela própria Suprema Corte (ADI 4.439 - ensino confessional nas escolas públicas).

Por fim, o Ministro sustentou não se tratar de caso de ponderação de direitos, por considerar não existir conteúdo mínimo de liberdade de crença a se contrapor à frequência

escolar e, mesmo se fosse o caso, entendeu que o ensino domiciliar não passaria pela análise de proporcionalidade, pelo subprincípio da necessidade. Deste modo, por todo o raciocínio exposto, ele votou pelo desprovimento do recurso extraordinário e defendeu a inconstitucionalidade do ensino domiciliar.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apresentar (quadro sinóptico) e explorar o modo como os fundamentos jurídicos utilizados pelo Ministro Luiz Fux levaram a sua conclusão pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar e desprovimento do recurso extraordinário.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
Arts. 3º, IV; 5º, VIII; 205; 206, I; 206, II; 206, III; 206, V; 208, I; 208, III; 208, IV; 208, §3º; 210; 227	Arts. 1º, 2º e 6º, LDBE Arts. 55 e 245, ECA Art. 246, CP	ADPF 292 ADC 17 ADI 4.439	-	CEDH (caso <i>Konrad v. Germany</i>) SC EUA (caso <i>Wisconsin v. Yoder</i>) TCEsp (sentença 13/2010)

O Ministro Luiz Fux se utiliza de diversos fundamentos jurídicos para sustentar a inconstitucionalidade do ensino domiciliar, tendo em vista que seu raciocínio é guiado por três principais grupos argumentativos: (i) a literalidade da Constituição e o arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora

da escola e o direito ao pertencimento; (iii) e o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral.

Para cada um dos grupos, ele apresenta fundamentos jurídicos expressos para desenvolver seu raciocínio. No primeiro caso, o argumento central do Ministro é de que o arcabouço normativo desenhado pelo legislador constituinte (Constituição), legislador ordinário (legislação infraconstitucional) e administrador (políticas públicas) impõe o dever de matrícula e frequência à rede escolar oficial. Deste modo, o Ministro conclui pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar por conta da incompatibilidade com o dever de matrícula e frequência.

No que se refere à Constituição, o artigo 208, §3º é mobilizado pelo Ministro para defender a existência de obrigação expressa do dever familiar de matrícula dos filhos ao ambiente escolar, destacando competir ao poder público o dever de zelar, junto aos pais, pela frequência à escola. Nesse mesmo sentido, o artigo 206, I, é apontado pelo Ministro para explicitar que o acesso e permanência à escola constitui princípio norteador da educação; e que o artigo 208, I, prevê a idade escolar, entre 4 e 17 anos, como o período em que o Estado tem o dever de fornecer educação obrigatória e gratuita.

Já no que se refere à legislação infraconstitucional, o artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi mobilizado pelo Ministro para afirmar que a obrigação de matrícula escolar é expressa ao impor aos pais o dever de matricular seus filhos na rede de educação básica a partir dos 4 anos de idade; e o artigo 55 do Estatuto da Criança e Adolescente também foi abordado para explicitar a obrigação de matrícula na rede regular de ensino.

Por fim, no que tange o arcabouço normativo desenhado pelo administrador, políticas públicas como o Bolsa Família, que condiciona o ingresso e permanência das famílias beneficiárias ao dever de matrícula dos filhos à rede regular de ensino, também foi mencionado pelo Ministro para reforçar a conclusão de incompatibilidade entre o *homeschooling* e tal exigência.

Neste ponto é pertinente notar que os fundamentos jurídicos apresentados pelo Ministro servem para reforçar o argumento de incompatibilidade entre o ensino domiciliar e o dever de matrícula e frequência à escola. Em nenhum momento o Ministro discute a possibilidade do ensino ser praticado no lar e fiscalizado – aferida a frequência – pelo Estado; ao contrário, ele entende ser uma obrigação constitucional,

infraconstitucional e decorrente de políticas públicas o dever dos pais matricularem seus filhos na rede regular e o dever do poder público de zelar pela permanência e controlar a frequência dos alunos.

Para complementar o argumento da inconstitucionalidade do *homeschooling*, as decisões¹⁹ do Supremo na ADPF 292 e ADC 17 foram mobilizadas pelo Ministro para argumentar que a capacidade institucional da comunidade de especialistas educacionais seria desvirtuada pela prática do ensino domiciliar. Ele não explicita, no entanto, porque e de que forma isso aconteceria – é possível hipotetizar que o Ministro tenha considerado, por exemplo, que a prática do *homeschooling* não contaria com olhar técnico de especialistas da educação, ou não teria estrutura necessária e suficiente para lidar com a complexidade do processo educacional, entre outros motivos.

Ainda sobre o primeiro bloco argumentativo, o artigo 5º, VIII da Constituição foi abordado pelo Ministro para sustentar que uma vez estabelecida a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar, só seria possível afastá-la através da liberdade de consciência e de crença. No entanto, ele entende que tal norma constitucional seria instrumento de ‘excepcional aplicabilidade’, e que não serviria para o propósito de legitimar o ensino domiciliar.

Isso, pois, segundo o Ministro, o conteúdo programático e o convívio social do ambiente escolar não afrontam a liberdade de consciência e de crença, além de afirmar não conhecer nenhuma religião que defenda a evasão escolar – o que leva a conclusão pelo Ministro de que a obrigatoriedade de matrícula não suprime a liberdade religiosa.

Sobre esse argumento importa observar como o Ministro se utiliza de norma constitucional (art. 5º, VIII) para restringir sua aplicabilidade a situações que nem ele próprio estabelece, isto é, ele afirma se tratar de instrumento jurídico de aplicação excepcional e constrói raciocínio para defender sua não aplicação ao *homeschooling*, sem, no entanto, estabelecer outros limites para a norma ou apontar em quais situações ela seria aplicável. Ao mesmo tempo, o Ministro não se vale de técnicas de hermenêutica como, por exemplo, a de ponderação de direitos em casos de conflito entre normas fundamentais.

Sobre o segundo grupo de argumentos mobilizado pelo Ministro para defender a inconstitucionalidade do *homeschooling*, isto é, o princípio do melhor interesse da

¹⁹ A ADPF 292 tratou da idade mínima para ingresso na pré-escola, enquanto a ADC 17 fixou a idade mínima para ingresso no ensino fundamental.

criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento, o artigo 205 da Constituição foi mobilizado para sustentar que tal norma prevê, além da qualificação para o trabalho, viés socializante e psicológico da educação.

Esse mesmo argumento foi sustentado através dos artigos 1º e 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, nos quais o Ministro se debruça para defender que o papel familiar na educação seria complementar, mas nunca substituto ao ensino regular.

Assim, o Ministro defende que o ensino regular é responsável por cumprir função socializadora e desenvolver senso comunitário nos alunos, e que o *homeschooling* poderia acarretar num problema de reconhecimento dos estudantes ao, não tendo contato com outros alunos, não se sentirem parte de uma comunidade.

Nesse sentido, o Ministro defende que a estigmatização de alunos em seu ambiente familiar através da frequência ao ensino regular seria hipótese de caráter excepcional, isto é, caso em que o direito ao pertencimento poderia legitimar o afastamento da obrigatoriedade de matrícula escolar. Sobre esse ponto, o artigo 210 da Constituição foi mobilizado pelo Ministro para afirmar que mesmo no caso das comunidades indígenas, em que se garante o uso de línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, o constituinte fixou conteúdos mínimos de modo a assegurar uma formação básica comum.

No que toca o mesmo argumento, decisão da Suprema Corte dos EUA em que o *homeschooling* foi autorizado para crianças de comunidade Amish (*Wisconsin v. Yoder*) foi abordada pelo Ministro para sustentar que tal situação tem caráter de extrema excepcionalidade. Assim, ele defende que tais exceções não possam ser importadas de maneira acrítica, concluindo não se aplicar ao ensino domiciliar na realidade brasileira.

Na sequência, o artigo 206, V da Constituição é mobilizado pelo Ministro para defender que o olhar profissional de educadores, ao aliar expertise com impessoalidade, garantiriam uma formação mais ampla aos alunos, inclusive a partir da valorização dos profissionais da educação enquanto princípio norteador do ensino, conforme explicitado na norma abordada.

Nesse mesmo sentido, o artigo 227 da Constituição foi mobilizado pelo Ministro para defender que o olhar profissional de educadores seria um instrumento de proteção dos alunos em relação ao ambiente familiar, quando este for violento e opressor. É nesse

sentido que o princípio do melhor interesse da criança é invocado por Fux, se mostrando como um dos argumentos centrais na defesa da inconstitucionalidade do *homeschooling*.

Em decorrência disso, o artigo 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente também é invocado para sustentar que, como complementação do princípio do melhor interesse da criança, os professores e responsáveis pela educação tem o dever de denunciar ao poder público casos envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra os alunos no ambiente familiar.

Aqui importa notar como o Ministro constrói o argumento do princípio do melhor interesse da criança a partir de normas constitucional (art. 227) e infraconstitucional (art. 245, ECA), traçando um elo de complementariedade entre o ordenamento jurídico brasileiro. Esse tipo de raciocínio acompanha todo o voto do Ministro: quando trata da matrícula e frequência escolar, invoca dispositivos constitucionais (arts. 208, §3º; 206, I; 208, I) e infraconstitucionais (arts. 6º, LDBE e 55, ECA); quando argumenta pela função socializadora da educação, faz o mesmo exercício (art. 205, CF e arts. 1º e 2º, LDBE). Esse esforço argumentativo reforça uma visão sistêmica do Ministro em relação ao arcabouço normativo vigente, conforme será melhor explicitado na sessão que trata da estrutura argumentativa do voto.

Finalmente, no terceiro e último bloco argumentativo, isto é, o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral, o artigo 3º, IV da Constituição é invocado pelo Ministro para sustentar que o texto constitucional estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos sem discriminações de origem, raça, sexo, cor, idade, e outras formas de preconceito.

No âmbito da educação, o artigo 206, III da Constituição é mobilizado pelo Ministro no sentido de que os objetivos da norma terceira, IV seriam esmiuçadas pelo princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, e que tal princípio constitui dever não só do poder público, mas também da família durante o processo de aprendizagem. Nesse sentido, ele defende que o ensino domiciliar, enquanto compreendido como substituto ao ensino escolar, visa a doutrinação do aluno e seu afastamento social, comprometendo uma formação plural.

Como desdobramento do princípio do pluralismo, o artigo 208, III da Constituição é abordado pelo Ministro para sustentar que a escola deve ser ambiente de convívio com a diversidade e, por conta disso, a norma teria estabelecido o dever estatal de fornecer

atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Aqui importa destacar que apesar da norma 208, III, expressamente apontar que o atendimento especializado deva acontecer ‘preferencialmente na rede regular de ensino’, o que é destacado com grifos pelo Ministro, ele parece assumir posição de que essa é a única opção viável. Sua defesa pelo ensino institucional e deslegitimação da modalidade domiciliar – conforme observado nos parágrafos anteriores e ao longo de todo seu voto – apontam para a conclusão do Ministro estar convencido da exclusividade do Estado no fornecimento do dever educacional.

Na sequência, o Ministro desenvolve o argumento do pluralismo educacional para retomar as noções de obrigatoriedade da matrícula e frequência escolar e a preservação da liberdade de consciência e de crença no caso de denegação do ensino domiciliar e defesa do ensino escolar. Ele faz isso a partir da menção de decisões de tribunais internacionais e da forma como as lê.

Na decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Konrad v. Germany*), o Ministro alega que a Corte concluiu que a obrigatoriedade de frequência escolar não viola a liberdade de religião dos pais, nem o direito de educar os filhos. Além disso, a Corte teria ressaltado a importância de preservação do pluralismo educacional enquanto meio de salvaguardar uma sociedade democrática. Em sentido próximo, a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (*Sentença n. 133/2010*), em que a Corte indicou expressamente que a imposição de escolaridade obrigatória não gera restrição desproporcional à liberdade de crença, o Ministro aborda referido entendimento para apontar que tal compreensão resguarda a escolha dos pais pelo tipo de instituição de ensino (pública ou privada) e seus critérios de aprendizagem, não visualizando ofensa à liberdade de crença e consciência.

Por fim, a decisão do STF na ADI 4.439²⁰ foi mobilizada pelo Ministro para argumentar que a especificidade do programa educacional brasileiro afasta a necessidade do ensino domiciliar enquanto meio de preservação da liberdade religiosa, pois o ensino público não imporá frequência a qualquer disciplina religiosa.

²⁰ ADI 4.439 tratou do ensino confessional nas escolas públicas.

O Ministro conclui ao argumentar não ser necessário o uso da técnica de ponderação de princípios, por não vislumbrar conteúdo mínimo de liberdade de crença que se contraponha a outros valores fundamentais. Ele diz que, mesmo se fosse o caso da ponderação, o ensino domiciliar não passaria pelo crivo da proporcionalidade, através do subprincípio da necessidade.

Apesar da conclusão apresentada, o Ministro não especifica qual seria o outro valor fundamental que faria parte da ponderação junto a liberdade de crença, e nem porque o ensino domiciliar não passaria pelo crivo da proporcionalidade.

Os três blocos argumentativos mobilizados pelo Ministro, a partir dos sentidos que ele atribui aos fundamentos jurídicos abordados, levam a conclusão pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar. Esses fundamentos são utilizados de maneiras diferentes ao longo do voto, ora de forma sistemática, ora de forma literal ou fundada na vontade do legislador. O próximo tópico explora justamente as estruturas argumentativas observadas no voto do Ministro Fux.

3. Estrutura argumentativa do voto

Este item pretende explorar a estrutura argumentativa do voto do Ministro Luiz Fux, a partir de adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013), conforme melhor explicitado na sessão metodológica deste trabalho.

Na fundamentação do Ministro pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar foi possível observar a predominância de argumentos literais, sistemáticos e baseados na vontade do legislador constituinte. Argumentos dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social também foram apresentados, no entanto, de forma secundária.

Logo de início, o Ministro entende pela inconstitucionalidade do *homeschooling* a partir de três argumentos principais. O primeiro deles trata da literalidade da Constituição e da capacidade institucional prevista no arcabouço normativo vigente. No que tange a literalidade constitucional, o Ministro apresenta fundamentos jurídicos expressos para sustentar que a Constituição estabelece, de forma expressa e literal, a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar – em contraposição a possibilidade do *homeschooling*.

Assim, é possível observar a centralidade do argumento literal no voto do Ministro para defender a impossibilidade o ensino domiciliar:

“A obrigatoriedade de os pais matricularem os filhos em idade escolar em instituições de ensino encontra amparo na literalidade do texto constitucional, desde 1934. Na Constituição vigente, a obrigatoriedade está expressa no artigo 208, § 3º, segundo o qual “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

[...] “Não fosse o bastante, também o artigo 208, I, expressamente estabelece, dentre as garantias do Estado, a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade”. O mesmo dispositivo estabelece, em seu inciso IV, o dever do Estado de garantir “a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”, sem, no entanto, valer-se da expressão “obrigatória”. A comparação dos dispositivos deixa claro que, diferentemente do ensino infantil, a educação básica é obrigatória para o Estado e para a família.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.108)

O mesmo raciocínio é desenvolvido pelo Ministro em relação a dispositivos legais, ao mencionar os artigos 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e 55 do Estatuto da Criança e Adolescente, para defender que a *literalidade* das normas estabelece o dever de matrícula e frequência à escola.

Após abordar os fundamentos jurídicos que considera pertinentes ao tema, o Ministro se utiliza de argumento sistemático para concluir que o arcabouço normativo desenhado pela Constituição, legislação infraconstitucional e políticas públicas apresentam óbice ao ensino domiciliar, levando a sua inconstitucionalidade, a partir da imposição de matrícula e frequência escolar:

“O arcabouço normativo construído pelo constituinte originário, pelo legislador e pelo administrador alinha-se harmoniosamente para a obrigatoriedade de as crianças em idade escolar estarem matriculadas na rede regular de ensino e frequentarem as aulas. Isso demonstra que o ensino domiciliar é, não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico. Entendimento diverso desvirtuaria a capacidade institucional da comunidade de especialistas em pedagogia, psicologia e educação, responsável pelo desenho de políticas públicas no setor – argumento principal do Supremo Tribunal Federal nas recentes ADPF 292 e ADC 17, referentes à idade mínima para ingresso na pré-escola e no ensino fundamental.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.110)

Esse parece ser o argumento central no voto do Ministro. A investigação da literalidade da lei (argumento literal) de uma forma sistêmica (argumento sistemático) leva a conclusão da inconstitucionalidade do ensino domiciliar. Nesse passo, interessante notar como o Ministro também se utiliza de argumento de precedente judicial para argumentar que compreensão diversa, isto é, pela constitucionalidade do *homeschooling*, desvirtuaria o argumento da capacidade institucional da comunidade de especialistas na educação, conforme fixado em decisão pretérita do Supremo (ADPF 292 e ADC 17).

Nesse caso, o argumento do precedente judicial aparece de forma secundária na argumentação do Ministro, pois a sua interpretação pela inconstitucionalidade do *homeschooling* parte da análise literal e sistêmica das normas. Assim, o caminho que o Ministro percorre parte da compreensão literal e sistêmica das leis para chegar no entendimento pré-fixado em julgados do STF, e não o caminho oposto – de que entendimento fixado nas decisões da Corte impedem outras compreensões da literalidade das leis.

Ao lidar com o segundo argumento utilizado pelo Ministro para a defesa da inconstitucionalidade do ensino domiciliar, isto é, o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora da educação e o direito ao pertencimento, ele parte de argumento da vontade do legislador constituinte para defender que a educação possui função socializadora, além da capacitação técnica para o trabalho, e que a família tem caráter complementar – e não substituto – nesse processo:

“Sem que haja qualquer ambiguidade na intenção manifestada pelo constituinte, vale mencionar que, no âmbito infraconstitucional, o papel da escola é esmiuçado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação.”

[...] “Ao tratar especificamente da educação escolar, o legislador o associou “ao mundo do trabalho e à prática social”, aos “princípios de liberdade”, aos “ideais de solidariedade humana” e, reiterando a redação constitucional, ao “pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Ao densificar o conteúdo semântico do direito à educação, esmiuçou-se quais os valores devem ser preservados para assegurar o melhor interesse da criança. Educar vai muito além do conteúdo programático.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.112)

Na sequência, ao abordar o direito ao pertencimento, o Ministro defende que a estigmatização dos alunos em seu ambiente familiar a partir da frequência escolar,

elemento trazido pelos autores da ação inicial, se trataria de hipótese bastante excepcional e, nesse sentido, apresenta como exemplo a situação das comunidades indígenas. Neste caso, ele se utiliza novamente de argumento da vontade do legislador constituinte para densificar o conteúdo do artigo 210 da Constituição:

“Mesmo em comunidades indígenas, o constituinte assegurou sua submissão a um conteúdo mínimo e a uma formação básica, embora tenha excepcionalizado o magistério em língua portuguesa e uma didática específica, *verbis*:

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

§2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.” (grifos em negrito do próprio Ministro). (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.115)

Em complementação a este argumento da excepcionalidade do direito ao pertencimento, o Ministro se vale de argumento dos precedentes judiciais para ilustrar situação em que foi confirmada a possibilidade do ensino domiciliar, ressaltando que tal hipótese não pode ser importada de modo acrítico para o contexto brasileiro:

“Foi, no entanto, com base nessa extrema excepcionalidade, que a Suprema Corte dos Estados Unidos autorizou o homeschooling de crianças de uma comunidade amish, em precedente que originou a regulamentação do tema naquele país. No leading case, Wisconsin v. Yoder, foi reconhecido aos pais da comunidade amish o direito de manter seus filhos após a oitava série fora das escolas públicas, por motivos religiosos (406 U.S. 205, 1972).” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.115)

Aqui é interessante notar como o Ministro se utiliza de precedente internacional, a favor do *homeschooling*, para apresenta-lo como uma exceção à realidade normativa brasileira, e não – como talvez poderia se esperar – como argumento que reforçaria a possibilidade do ensino domiciliar, conforme foi observado em outros votos da presente decisão. Assim, mesmo mencionando jurisprudência em prol do *homeschooling*, o Ministro confere caráter excepcional a decisão e defende que tal entendimento não possa ser transportado para o ordenamento jurídico nacional.

Posteriormente, ao tratar do princípio do melhor interesse da criança e defini-lo como um instrumento de proteção das crianças em relação ao ambiente familiar, quando violento ou opressivo, o Ministro se utiliza de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para explicitar que esta seria a interpretação adequada do princípio em análise:

“Dados oficiais sobre abuso sexual infantil revelam que 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima. A subnotificação e a falta de coordenação dos núcleos de combate dificultam a exata mensuração do problema, mas é unânime a importância da escola na adoção de medidas preventivas e repressivas, sobretudo quando a família é conivente. Segundo a consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil (PNUD), Rita Ippolito, “o educador pode quebrar o ciclo de violência contra a criança”.”

“A partir dessa constatação, foram elaborados importantes guias oficiais para instruir os profissionais da educação nesse diagnóstico. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 245 a obrigatoriedade de professores e responsáveis por instituições de “ensino fundamental, pré-escola ou creche” “comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente”” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.117)

Assim, o Ministro alia, inclusive, argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para realizar interpretação de dispositivo legal (art. 245, ECA) e reforçar que, em seu entendimento, esta é a compreensão do princípio do melhor interesse da criança no âmbito educacional. Este tipo de argumento aparece de modo secundário na argumentação do Ministro ao longo de seu voto. Ele menciona dados e constatações da realidade somente para reforçar outro argumento principal – neste caso a interpretação do princípio. Sua argumentação, conforme já explicitado anteriormente, é centrada em argumentos literais, sistemáticos e da vontade do legislador constituinte.

Finalmente, ao abordar o terceiro e último argumento central pela defesa da inconstitucionalidade do ensino domiciliar, isto é, o princípio do pluralismo de ideias, o Ministro se utiliza de argumentos literal e de precedentes judiciais para desenvolver seu raciocínio. Primeiro, argumento literal para explicitar que o princípio do pluralismo de ideias tem respaldo constitucional:

“No âmbito do direito à educação, a importância do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas é destacada em dispositivo constitucional específico, verbis:

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;” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.120)

Posteriormente, argumento dos precedentes judiciais para ilustrar e defender o argumento de que a obrigação de matrícula e frequência escolar não viola a liberdade de crença dos pais:

“Há diversos casos em que o entendimento foi reiterado, mas o leading case do entendimento da Corte Europeia foi o caso Konrad v. Germany (Application n. 35504/03, 11/09/2006). Os requerentes, integrantes de uma comunidade cristã bastante tradicional, alegaram que a educação escolar não corresponde a suas crenças, já que “a educação sexual é ensinada, criaturas míticas como bruxas e anões aparecem nas fadas durante as aulas, e a violência física e psicológica entre os alunos na escola está aumentando”. O caso se assemelha ao presente. À ocasião, a Corte Europeia manteve a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, concluindo que a obrigatoriedade de frequência escolar não viola a liberdade de religião dos pais, nem o direito de educar seus filhos.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.123)

Neste caso, observa-se mais uma vez que, pela argumentação do Ministro, o argumento literal que fornece subsídio central para seu entendimento pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar, ao destacar que o *homeschooling* seria oposto a noção do pluralismo de ideais, garantido pela Constituição. Já o argumento de precedente judicial aparece, novamente, como subsidiário na fundamentação do Ministro, de modo a ilustrar argumento – da obrigatoriedade de matrícula e frequência – já desenvolvido, inclusive, pela literalidade e análise sistêmica das normas educacionais.

Assim, é possível concluir que o Ministro se vale, ao longo de seu voto, especialmente de argumentos literais, sistemáticos e da vontade do legislador constituinte

para fundamentar a inconstitucionalidade do ensino domiciliar, enquanto argumentos de precedentes judiciais e de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social aparecem de forma secundária, visando sustentar os primeiros argumentos.

VI. Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski

1. Apresentação do voto

O Ministro Ricardo Lewandowski votou pelo desprovimento do recurso extraordinário por entender ser inconstitucional o ensino domiciliar, discordando do voto do Ministro Barroso, relator do caso. Ele afirmou que o prisma mais adequado para análise da questão é o princípio republicano, contido no artigo 1º da Constituição, o qual, em seu entendimento, configura o ‘núcleo essencial’ do texto constitucional.

O Ministro defendeu que, em decorrência de tal princípio, existe dever de participação dos cidadãos na vida pública, com valorização da virtude cívica e da procura do bem coletivo. Em seu entendimento, a perspectiva republicana que inspirou os constituintes de 1988, deve servir atualmente de guia interpretativo. Nesse contexto, a cidadania ativa é vista pelo Ministro como um direito e um dever político, sendo a educação inclusa nessa perspectiva.

Ele sustentou, ainda, que o princípio republicano constitui tanto um mandamento de otimização, que deve ser expandido dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, como também um complexo axiológico-normativo, situado no ápice da hierarquia constitucional.

O Ministro argumentou que o princípio republicano foi invocado direta ou indiretamente nos debates relativos ao ensino domiciliar, especialmente na menção à determinados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, ele aborda artigos como o 205 da Constituição e o 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBE) para argumentar que a perspectiva republicana está presente nesses dispositivos, aliando o senso republicano a um senso de engajamento coletivo na prestação do dever educacional.

Na sequência, o Ministro disse não se sensibilizar com o argumento de que o ensino domiciliar se justifique pelas deficiências existentes na educação regular. Ele sustentou que tanto o ensino público como o privado não se restringem ao aspecto puramente técnico da transmissão do saber, representando também importante meio de socialização e integração do indivíduo na coletividade.

Nesse contexto, o Ministro defendeu que o Supremo não possa se alinhar a postura individualista e ultraliberal ao ponto de reduzir o Estado a um ‘mero gendarme’. Ele entendeu que a insatisfação com escolas públicas e privadas e a solução de retirar as crianças, para serem educadas em regime domiciliar, não encontra amparo no princípio republicano, o qual, em sua visão, demanda engajamento e não isolamento dos indivíduos em relação ao meio social e a vida em comunidade.

Ao abordar o caso em discussão, o Ministro sustentou que a discordância da requerente com conteúdos pedagógicos do ensino regular - como a divergência com a teoria do evolucionismo – não é capaz de afastar o ensino regular. Ele entendeu que razões religiosas não são suficientes para substituir a educação institucional, reconhecendo a possibilidade de os pais exporem suas crenças em complementariedade ao ensino regular, mas não substituição ao conhecimento oferecido nas escolas.

O Ministro defendeu que, à luz do princípio republicano, a Constituição exige dos cidadãos postura de cobrança do aprimoramento do ensino oficial. Além disso, ele defendeu que o legislador tenha estabelecido a obrigatoriedade da educação básica, apontando os artigos 208, I e §3º da Constituição; 1º, §1º; 2º e 6º da LDBE; e 55 do ECA para sustentar tal compreensão.

O Ministro argumentou que a vontade do legislador constituinte foi promover a integração dos cidadãos através da educação, não existindo, no caso concreto, motivo que justifique ação contramajoritária do Supremo, por considerar não existir ofensa à direitos de minorias.

Ele sustentou não vingar o argumento de que portaria do Ministério da Educação teria, implicitamente, regularizado o ensino domiciliar, ao estabelecer que a aprovação no ENEM resulta na expedição de certificado de conclusão do ensino médio.

Posteriormente, o Ministro abordou decisão da Suprema Corte na ADPF 292, que definiu a idade de ingresso na educação infantil e fundamental, para alegar que a admissão do ensino domiciliar representaria ‘reviravolta’ em relação aos argumentos que embasaram a decisão.

Ele entendeu que legitimar a prática do ensino domiciliar poderia estimular o trabalho infantil e escancarar outros riscos presentes em países menos desenvolvidos

marcados por intensa desigualdade social, como seria o caso brasileiro, ao afastar crianças e adolescentes do ensino regular.

O Ministro concluiu seu voto negando provimento ao recurso extraordinário, por entender que o ensino domiciliar não possa ser considerado meio lícito de cumprimento do dever educacional previsto no artigo 205 da Constituição.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apresentar (quadro sinóptico) e explorar o modo como o Ministro Lewandowski mobilizou os fundamentos jurídicos utilizados para concluir pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar e consequente desprovimento do recurso extraordinário. A análise tem por base o argumento central do Ministro de que o princípio republicano representa o fundamento chave para resolver o debate sobre o *homeschooling*.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
- art. 1º - art. 1º, V - art. 205 - art. 208, I, §3º	- art. 1º, §1º e §2º, LDBE - art. 2º, LDBE - art. 6º, LDBE - art. 55, ECA	ADPF 292 ADI 5.537	-	-

Conforme apontado acima, a fundamentação jurídica do voto do Ministro Lewandowski tem como eixo central o princípio republicano, previsto no artigo 1º da Constituição. Praticamente todos os argumentos que o Ministro apresenta, inclusive os fundamentos jurídicos, partem de um raciocínio que decorre do sentido que o Ministro emprega a esse princípio.

De forma expressa, o Ministro resume o conteúdo do princípio republicano em dois aspectos: para ele o valor representa um ‘mandamento de otimização’, isto é, ao determinar que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; e um ‘complexo axiológico-normativo’, que estaria situado no ápice da hierarquia constitucional.

A partir dessa compreensão, o Ministro relaciona o princípio republicano ao debate do ensino domiciliar ao afirmar que tal princípio foi invocado direta ou indiretamente na menção de dispositivos constitucionais e legais. Esse é o elemento mais claro de que o Ministro passa a abordar o texto constitucional e a legislação ordinária tendo por eixo o princípio republicano e considerando que os demais dispositivos são espécie de desdobramento do primeiro.

Assim, o artigo 205 da Constituição é mobilizado pelo Ministro para enfatizar os trechos que tratam da colaboração da sociedade e do preparo para a cidadania enquanto deveres da educação. Ainda, ele afirma que o dispositivo estabelece de forma clara o dever da sociedade, Estado e família de preparar o indivíduo para exercício da cidadania, esta que segundo a tradição republicana, na visão do ministro, exige construção coletiva.

Na sequência, o artigo 2º²¹ da Lei de Diretrizes e Bases da Educação é abordado com destaque para trechos que falam da solidariedade humana e, novamente, o preparo do exercício da cidadania enquanto deveres educacionais. Sobre esse dispositivo, o Ministro argumenta que o legislador foi claro ao estabelecer que a educação é um dever simultaneamente estatal e familiar, afirmando não ser um dever exclusivo da família.

Esse ponto é expressivo na visão que o Ministro constrói ao longo do voto, sempre partindo do princípio republicano, para defender que a educação pressupõe a participação do Estado na educação, não podendo a família exercê-la de forma isolada da sociedade e do poder público. Em decorrência dessa compreensão, de que a educação é uma empreitada coletiva que demanda a participação de atores diversos, que o Ministro conclui pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar e consequente desprovimento do recurso extraordinário.

²¹ “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.”

Já o artigo 1º, V da Constituição, que trata do princípio do pluralismo, é invocado pelo Ministro para argumentar que apesar de existirem fatores de descontentamento com a rede regular de ensino, isso não legitima o afastamento das crianças – e a possibilidade do ensino domiciliar. Ele entende que ainda que se prefira não ter contato com certos valores e crenças que podem se apresentar na educação escolar, o princípio do pluralismo exige o contato com a diversidade e o desenvolvimento de um conhecimento compartilhado, baseado na tolerância.

Nesse sentido, o voto do Ministro Barroso na decisão da ADI 5.537 pelo Supremo é abordado por Lewandowski para ilustrar o argumento do princípio do pluralismo e a impossibilidade de os pais restringirem o ‘universo informacional’ de seus filhos. Assim, o Ministro se utiliza de decisão pretérita do STF somente para reforçar seu argumento baseado no princípio do pluralismo, compreendido como meio para explicitar a impossibilidade do ensino domiciliar.

O princípio republicano é retomado pelo Ministro para sustentar a interpretação de que a Constituição exige do cidadão a luta pelo aperfeiçoamento do ensino regular, e não a privação dos alunos ao convívio com a diversidade. Ele ainda argumenta que, mesmo no caso de compreensão diversa da sua, os legisladores constituinte e infraconstitucional estabeleceram a obrigação da educação básica fornecida em instituições oficiais.

Sobre o argumento da exigência de matrícula e frequência escolar, são abordados pelo Ministro dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam, em sua visão, da mencionada obrigação: artigos 208, §3º²² da Constituição; 1º²³ e 6º²⁴ da Lei de Diretrizes e Bases da Educação; e 55²⁵ do Estatuto da Criança e Adolescente. Ele entende que, a partir desses dispositivos, o legislador tenha promovido o estímulo de integração dos cidadãos através da educação.

²² “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.”

²³ “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.”

²⁴ “Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.”

²⁵ “Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.”

A forma como o Ministro mobiliza os mencionados dispositivos parece reforçar, ainda mais, a perspectiva republicana enquanto eixo central de sua argumentação. Isso se dá, pois, o foco do Ministro é destacar a intenção do legislador na participação ativa dos cidadãos na educação, argumento que ele atrela a noção do princípio republicano ao longo de seu voto – e conforme já explicitado anteriormente.

Posteriormente, a decisão do Supremo na ADPF 292, que tratou da idade de ingresso na educação infantil e fundamental da rede regular de ensino, é abordada pelo Ministro para defender que num esforço de promover um diálogo de precedentes entre o presente julgado e compreensões pretéritas da Corte, admitir o ensino domiciliar resultaria numa ‘reviravolta’ dos argumentos que embasaram aquela decisão.

O Ministro não deixa claro, no entanto, quais argumentos seriam estes e nem de que modo a admissão do ensino domiciliar representaria incompatibilidade com a decisão pretérita. O que parece claro é que a menção à ADPF 292 não tem caráter puramente instrumental, como observado em relação a ADI 5.537 no próprio voto do Ministro Lewandowski e na menção de outros julgados da Corte em demais votos.

De forma diversa, o Ministro parece tentar estabelecer um esforço de diálogo com precedentes, talvez na tentativa de legitimar sua decisão no caso do ensino domiciliar e zelar por uma consistência judicial. De todo modo, não são abordadas as razões de decidir daquele caso e nem é estabelecida conexão com as razões de decidir apresentadas pelo Ministro no presente voto em análise.

O Ministro conclui seu voto, a partir de todo o exposto e retomando mais uma vez o princípio republicano, para decidir pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar e pelo desprovimento do recurso extraordinário.

3. Estrutura argumentativa do voto

Este item pretende explorar a estrutura argumentativa do voto do Ministro Lewandowski, tendo por base adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013), conforme melhor explicitado na sessão metodológica deste trabalho.

Retomando o argumento e fundamento jurídico central do voto, qual seja, o princípio republicano previsto no artigo 1º da Constituição, foi possível observar a

predominância de argumentos da vontade do legislador constituinte, sistemáticos e literais no voto. Também aparecem, em segundo plano na fundamentação, argumentos da função do tribunal constitucional, dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social.

No início do voto, ao explicitar que o princípio republicano é, na visão do Ministro, o modo mais adequado para analisar a questão do ensino domiciliar, por compreendê-lo como o ‘núcleo essencial’ da Constituição, ele se vale de argumento da vontade do legislador constituinte para defender sua posição e esmiuçar o conteúdo de referido valor:

“Foi essa a perspectiva que, a meu ver, inspirou os constituintes de 1988, servindo hoje de guia para sua interpretação. Nesse sistema, a cidadania ativa é mais do que um direito. Efetivamente, trata-se, em verdade de um dever político, de um compromisso cívico, que, acaso descumprido, põe em risco a própria coesão da sociedade. Cidadãos não são consumidores de determinados bens ou serviços, que podem deles fazer uso segundo seu exclusivo arbítrio. Pelo contrário, o conceito de cidadão contrapõe-se ao de consumidor, porque ao cidadão não é dado escolher o que lhe agrada na República em que vive, eis que, além de direitos em face dela, tem deveres públicos para com ela.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.130)

Nesse contexto, o Ministro se utiliza de argumento sistemático ao sustentar que o princípio republicano foi direta ou indiretamente invocado no debate em relação ao ensino domiciliar, através da citação de determinados dispositivos constitucionais e legais. Posto de outra forma, o Ministro parte do princípio republicano para argumentar que os fundamentos jurídicos pertinentes à discussão do *homeschooling* são decorrentes, ou até mesmo desdobramentos, do valor republicano.

Assim, o Ministro passa a abordar cada um desses dispositivos para destacar em seus conteúdos a perspectiva republicana por ele vislumbrada. Pode-se argumentar, portanto, que se trata de um argumento sistemático na medida em que a base analítica escolhida pelo Ministro para interpretar cada um dos dispositivos constitucionais e legais é a noção republicana contida no artigo 1º da Constituição, conforme os exemplos a seguir:

“Trago à baila esta reflexão para fundamentar o meu voto por entender que o princípio republicano não só constitui um “mandamento de otimização”, ou seja, um preceito que determina “que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, como

também, um complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, a ser expandido em sua extensão máxima.

O referido princípio foi invocado direta ou indiretamente nos debates relativos à temática em julgamento, sobretudo na menção que se fez a determinados dispositivos constitucionais e legais. Veja-se, neste sentido, o art. 205 da Constituição, que inaugura o capítulo relativo à educação: “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”.

[..] Também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) mostrou-se enfática quanto aos ideais republicanos que animam a educação básica em nosso país, como se pode constatar a partir da literalidade de suas disposições (...)” (grifos em negrito feitos pelo Ministro) (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.130-131)

No que toca a análise da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Ministro se utiliza da noção republicana para argumentar que esta seria visível na *literalidade* de seus dispositivos legais. Nesse caso, portanto, ele alia as perspectivas sistemática e literal para defender mais uma vez a presença do valor republicano no conteúdo de normas específicas:

“Também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) mostrou-se enfática quanto aos ideais republicanos que animam a educação básica em nosso país, como se pode constatar a partir da literalidade de suas disposições, in verbis:

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.” (grifos em negrito feitos pelo Ministro) (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.131-132)

Desta forma, o Ministro retoma argumento da vontade do legislador constituinte para concluir que, a partir da análise sistemática e literal, respectivamente, do princípio republicano e de normas constitucionais (art. 205) e legais (art. 2º, LDBE) específicas, o legislador teria vislumbrado a educação como um processo participativo que demanda a ação conjunta do Estado e da família.

Essa conclusão reforça o entendimento do Ministro de que o ensino domiciliar não é possível por afastar componentes fundamentais da política educacional, como a

socialização, o preparo para a cidadania e os sentidos de coletividade e comunidade. Isso pode ser observado em diferentes passagens do voto do Ministro a partir de argumentos baseados na vontade do legislador:

“O legislador não poderia ser mais claro do que foi: a educação é simultaneamente um direito e um dever do Estado e da família - mas não exclusivamente desta -, mas que deve ser construída coletivamente, com a participação ativa da sociedade.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.132)

“Aqui, cumpre ressaltar a sabedoria do legislador quando se posiciona tão claramente em favor de uma empreitada coletiva no domínio educacional. Ao assim dispor, contribui para que sejam evitados os riscos de fragmentação social, impedindo, ademais, o desenvolvimento de verdadeiras “bolhas” no tocante ao conhecimento, as quais contribuem ainda mais para a intensa clivagem que se observa hoje em nosso país, dividido por intolerâncias e incompreensões de toda a ordem.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.134)

“Dessa forma, afigura-se, a meu ver, que o desígnio dos legítimos representantes do povo brasileiro foi o de promover a integração de todos os cidadãos mediante a educação. Na situação sob exame, não vejo razão nenhuma que justifique eventual ação contramajoritária desta Corte, por não haver direitos ou valores de minorias injustamente ofendidos ou aviltados. Bem por isso, considero que, em casos como este, emerge o dever de autocontenção do Supremo, em respeito à vontade soberana do povo, manifestada na Constituinte de 1988.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.138)

Igualmente, se mostra interesse notar que a conclusão do Ministro é mobilizada para definir o papel do Supremo na decisão do *homeschooling*. Ele parte da compreensão de impossibilidade do ensino domiciliar a partir da necessidade de respeito à uma empreitada coletiva na educação, conforme teria sido explicitado pelo legislador, para sustentar que, no caso em análise, a Corte tem um dever de ‘autocontenção’ em respeitar a vontade do constituinte.

Não fica claro, no entanto, o que seria esse dever de ‘autocontenção’ e nem de que modo o Supremo representaria ofensa ao legislador – ao não se ‘autoconter’. É possível sugerir, no entanto, que a conclusão pela possibilidade e constitucionalidade do ensino domiciliar, para o Ministro, representasse uma ofensa aos textos constitucional e legais por expressar um descompasso com o conteúdo das normas.

Assim, o Ministro se vale de argumento da função do tribunal constitucional para argumentar que, a partir da sua compreensão do problema, a decisão pela impossibilidade do ensino domiciliar representa um respeito ao legislador e uma ‘autocontenção’ por parte do Supremo, ao não adentrar na esfera legislativa.

O Ministro se utiliza de argumento dos precedentes judiciais para defender que a admissão do ensino domiciliar representaria incompatibilidade com os argumentos explorados em decisão pretérita do Supremo, conforme se explicita a seguir:

“Relembro ainda que, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a fixação da data limite de 31 de março para que sejam atingidas as idades mínimas de 4 e 6 anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental. Num esforço para promover um diálogo de precedentes, pondero que, ao robustecer a política nacional uniforme de educação nacional, andou bem esta Corte. Admitir o ensino domiciliar representaria uma reviravolta de cento e oitenta graus com relação aos argumentos que embasaram o acórdão da ADPF 292, em que se decidiu aquela questão.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.139)

Nesse contexto, a menção à ADPF 292 parece não ter caráter instrumental na fundamentação do Ministro – diferentemente do observado em outros votos no caso do ensino domiciliar. Ele se vale do precedente para, segundo sua própria exposição, tentar estabelecer um diálogo entre a presente decisão e decisões pretéritas da Corte. Assim, a exposição da ADPF 292 não serve exclusivamente para ilustrar determinado argumento defendido pelo Ministro, mas possivelmente como uma tentativa de estabelecer certa coerência decisória.

De todo modo, o Ministro não explicita *como* esse diálogo ocorre, por não estipular quais foram os argumentos que embasaram a decisão na ADPF 292 e nem como estes se ligam com as razões de decidir por ele apontados no caso do ensino domiciliar. Assim, por mais que exista a intenção de promover um diálogo com precedentes, o Ministro não demonstra como isso é realizado e nem exatamente porque.

Finalmente, o Ministro apresenta duas ponderações que levam em conta constatações da realidade para reforçar a impossibilidade do ensino domiciliar. Isso representa o uso de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, pois o Ministro se vale de considerações fáticas para ilustrar quais efeitos práticos a adoção do *homeschooling* poderia ter na realidade brasileira. Note-se:

“Permito-me, ainda, fazer duas últimas ponderações. É sempre muito interessante refletir sobre sistemas estrangeiros, sobretudo dos Estados Unidos, país que, em tantos aspectos, se assemelha ao Brasil. Entretanto, não estou convencido de que a experiência dos países desenvolvidos seja, no que concerne ao tema em julgamento, um exemplo a ser seguido pelo Brasil. Efetivamente, não podemos olvidar que, em nações mais avançadas, a desigualdade, a pobreza e a exclusão social não são, nem de longe, sentidas de forma tão dramática como entre nós.

Embora não possa ser descartada, de plano, a preocupação legítima com o bem estar dos filhos por parte dos pais que optam pelo ensino domiciliar, creio que legitimar essa prática poderia estimular, como advertiu o Ministério Público, o trabalho infantil e escamotear outras graves mazelas que acometem menores e adolescentes que, nos países pobres ou clamorosamente mais desiguais, são afastados das salas de aula.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.139)

Este argumento parece ser secundário na fundamentação do Ministro, pois é o único momento ao longo do voto em que ele reflete sobre os possíveis efeitos práticos da realização do *homeschooling*, sem traçar conexões com outros argumentos ou fundamentos jurídicos mobilizados. O Ministro faz tais considerações pouco antes de concluir seu voto e não explora *como* o ensino domiciliar representaria os riscos apontados.

O voto do Ministro Lewandowski, portanto, tem como argumento central o princípio republicano, utilizado de modo sistemático e explicitado, segundo o Ministro, na vontade do legislador para demonstrar que tal noção também está presente na literalidade de dispositivos constitucionais e legais. O Ministro se vale, portanto, do mesmo fundamento e o utiliza de formas (estruturas) diversas para defender a impossibilidade do *homeschooling*.

Argumentos dos precedentes judiciais, função do tribunal constitucional e teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social aparecem como secundários na fundamentação do Ministro, dando coro à perspectiva republicana e sustentando a inconstitucionalidade do ensino domiciliar.

VII. Análise do voto do Ministro Gilmar Mendes

1. Apresentação do voto

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo desprovimento do recurso extraordinário por compreender que a Constituição Federal impõe um modelo educacional mais amplo do que, isoladamente considerados, os modelos domiciliar e estatal. Por essa razão, ele entendeu não ser possível afastar do Estado o dever da prestação educacional, restando possível a atuação conjunta entre Estado e família.

O Ministro iniciou abordando a educação no plano constitucional para afirmar que a Constituição Federal a consagrou como direito social, assumindo importância predominante para a concretização de valores tutelados pelo texto constitucional, como a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.

Mendes se valeu do artigo 205 da Constituição para defender que tal dispositivo consagra a educação como um direito de todos e um dever do Estado e da família, denotando que a sua concretização depende da atuação conjunta desses atores, tendo por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

O Ministro questionou se a educação domiciliar seria capaz de concluir o percurso educacional do modo como foi concebido pelo texto constitucional. Ele respondeu que a Constituição adotou um modelo de educação compartilhada entre a família e o Estado, por compreender a complexidade da tarefa. Nesse sentido, o Ministro que tal modelo não permite concluir pela possibilidade da educação domiciliar, por demandar atuação conjunta, e não isolada, desses atores. Esse é o argumento central utilizado pelo Ministro para concluir pela impossibilidade da educação domiciliar e votar pelo desprovimento do recurso extraordinário.

O Ministro abordou os artigos 208 e 209 da Constituição para sustentar que o primeiro estabelece um modelo educacional bidirecional, ao consagrar a obrigatoriedade do ensino formal e o acesso à educação enquanto direito público subjetivo.

Já o segundo, na visão do Ministro, possibilita a realização educacional pela iniciativa privada a partir da submissão às normas gerais educacionais e fiscalização do poder

público. Ele compreendeu a educação enquanto um dever estatal em primeiro plano e a possibilidade de sua exploração pela iniciativa privada em segundo plano.

O Ministro defendeu que, no caso em análise, a possibilidade defendida pela recorrente de realizar avaliações formais periódicas do *homeschooling* representaria uma compreensão reducionista do modelo educacional adotado pela Constituição, pois o Estado não poderia ser concebido como um mero avaliador formal do desempenho escolar, por ter papel mais amplo de ‘verdadeiro condutor’ dos rumos educacionais.

Nesse sentido, o Ministro sustentou que a supervisão do ensino domiciliar pelo Estado resultaria em amplos custos humanos e institucionais, possibilidade que poderia agravar ainda mais as condições da educação pública. Assim, ele mencionou as emendas constitucionais 53/2006 (criação do FUNDEB) e 59/2009 (estabelecimento de metas relacionadas ao PIB), e a decisão da ADI 4.167 (constitucionalidade do piso salarial nacional dos professores da rede pública de ensino) para apontar a sua preocupação com os impactos orçamentários envolvidos.

O Ministro abordou a legislação infraconstitucional pertinente à educação para concluir que o sistema jurídico construiu a noção de compartilhamento da educação entre família e Estado, o que seria um reflexo das previsões constitucionais. Esse argumento reforça a centralidade do modelo educacional compartilhado na visão do Ministro, a partir da exposição e análise de fundamentos jurídicos que ele mobilizou para sustentar tal compreensão.

Assim, ele abordou os artigos 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação; 4º, 53 e 55 do Estatuto da Criança e Adolescente; 1.634 do Código Civil e 246 do Código Penal para concluir que as previsões constitucionais foram refletidas nas normas infraconstitucionais, estabelecendo um modelo educacional complexo que exige, e não recomenda (ênfatizando essa parte), a participação de diversos atores sociais com destaque para a família e o Estado.

Posteriormente, Mendes abordou diferentes conceituações do ensino domiciliar e estimativa da quantidade de famílias praticantes desse modelo no Brasil para sustentar a existência de dois principais grupos de razões que levam a adoção do *homeschooling*: divergências metodológicas e divergências culturais em relação ao modelo educacional formal.

No que toca o primeiro grupo de razões, o Ministro defendeu a existência de boas políticas educacionais, cujo problema residiria na execução dessas. Assim, ele sustentou que a solução seria aperfeiçoar tais políticas e não rejeitar a previsão constitucional de promoção da educação a partir do modelo compartilhado entre família e Estado. Nesse sentido, ele defendeu que a deslegitimação metodológica do ensino formal, a partir da defesa do modelo doméstico, seria presunçosa.

Já no que diz respeito ao segundo grupo de razões, sobre divergências culturais com ênfase na moral e religião, o Ministro afirmou que o *homeschooling* poderia ser utilizado como instrumento de fechamento dos educandos às perspectivas do conhecimento, rechaçando novamente a prática domiciliar.

O Ministro abordou os resultados do PISA, exames de avaliação dos sistemas educacionais de diversos países, para argumentar que dos resultados do Brasil no teste de 2015 (edição mais recente a época da decisão) não seria possível depreender que a permissão do *homeschooling* resulte qualquer ganho em relação ao desempenho do país nos testes.

Na sequência, o Ministro mencionou decisões sobre *homeschooling* no mundo, a partir de pesquisa feita pela Secretaria de Documentação do STF, para abordar dois julgados em específico: decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Konrad vs Germany*), destacando que o tribunal reconheceu que os pais não podem negar o direito de educação de seus filhos com base nas suas convicções religiosas; e decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, apontando a conclusão de que o direito fundamental à educação não inclui o direito de educar os filhos em casa ou fora de instituições de ensino homologadas pelo Estado.

Em conclusão, o Ministro afirmou que seu voto não se presta a deslegitimar a educação domiciliar, mas que a Constituição impôs modelo educacional mais amplo do que o domiciliar e o institucional isoladamente considerados. Assim, ele entendeu que a possibilidade de avançar para um modelo diverso, com maior ênfase em um ou em outro agente educacional, não poderia ser feito através de decisão judicial. Por conta do exposto, o Ministro negou provimento ao recurso ordinário.

2. Fundamentos jurídicos

Este item pretende apresentar (quadro sinóptico) e explorar o modo como os fundamentos jurídicos do voto do Ministro Gilmar Mendes foram mobilizados para concluir pela impossibilidade do ensino domiciliar e desprovimento do recurso extraordinário.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
Arts. 205, 208 e 209	Art. 1º, LDBE Arts. 4º, 53 e 55, ECA Art. 1.634, I, CC Art. 246, CP	ADI 4.167	-	CEDH (caso <i>Konrad v. Germany</i>) TCEsp (sentença 13/2010)

A tese central utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes para concluir pela impossibilidade do ensino domiciliar e desprovimento do recurso extraordinário, qual seja, que a Constituição adotou um modelo educacional compartilhado que é mais complexo do que os modelos domiciliar e institucional isoladamente considerados, é mobilizada a partir de diferentes fundamentos jurídicos, com destaque para dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

No âmbito constitucional, são especificamente mobilizados os artigos 205, 208 e 209 para sustentar a tese central do Ministro. O artigo 205 é mobilizado para explicitar, segundo o Ministro, a educação enquanto um direito de todos e um dever do Estado e da família, que só pode ser concretizado quando ambos atores se desincumbirem da promoção formal da educação em relação aos seus tutelados: os cidadãos, por parte do Estado; e os seus integrantes, por parte da família.

Ainda sobre o artigo 205, são destacados pelo Ministro os rumos a serem perseguidos pela educação, isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa; seu preparo para o exercício da cidadania; e sua qualificação para o trabalho. O dispositivo em questão é abordado pelo Ministro, praticamente em sua integralidade, para realçar a compreensão do modelo educacional compartilhado.

Já o artigo 208 é abordado no intuito de apresentar duas conclusões pelo Ministro: de que o modelo educacional é bidirecional, por consagrar (i) a obrigatoriedade do ensino formal e (ii) o acesso à educação enquanto direito público subjetivo. O modo como esse dispositivo é abordado pelo Ministro, no entanto, não toca na questão da obrigatoriedade da matrícula e frequência escolar – argumento que é mobilizado por ministros como Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio como desdobramento da obrigatoriedade do ensino formal.

O artigo 209, por sua vez, é mobilizado pelo Ministro para defender a existência de autorização constitucional para que a educação seja realizada pela iniciativa privada, porém com submissão às normas gerais educacionais e fiscalização por parte do Estado. Nesse ponto o Ministro não aborda quais são essas normas gerais.

O dispositivo também consagra, segundo o Ministro, a educação enquanto prestação estatal em primeiro plano, e sua exploração econômica pela iniciativa privada como segunda possibilidade. Nesse sentido, o Ministro defende não existir uma completa entrega desse bem jurídico ao particular, considerando a exigência de fiscalização por parte do poder público. Assim, ele conclui se tratar de uma ‘abertura limitada’ que não possibilita a compreensão da prestação educacional pela família fora do controle estatal.

Esse artigo é o principal fundamento jurídico mobilizado pelo Ministro para concluir, diretamente, pela impossibilidade do ensino domiciliar sem fiscalização estatal. Além disso, o modo como é articulado parece reforçar a visão de modelo educacional compartilhado que é defendido pelo Ministro, por demandar a atuação conjunta do Estado e da família na prestação do dever educacional.

Com base nessa compreensão, o Ministro afirma que o modelo domiciliar fiscalizado pelo Estado, que parece ser a única modalidade de *homeschooling* permitida em sua visão, esbarraria numa ‘consequência inevitável’ de envolver altos custos humanos e institucionais para a sua fiscalização. Deste modo, ele defende que a

mobilização de recursos orçamentários para fiscalizar o modelo domiciliar poderia agravar ainda mais as condições da educação pública.

A partir desse entendimento são mobilizados três fundamentos jurídicos que lidam, segundo a perspectiva do Ministro, com a escassez de recursos orçamentários na educação e as dificuldades que seriam acentuadas pela prática do ensino domiciliar fiscalizado pelo Estado.

Assim, são mencionadas a Emenda Constitucional nº 53/2006, que tratou da criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); a Emenda Constitucional nº 59/2009, que ampliou a obrigatoriedade e a universalização do ensino a partir do aumento orçamentário na educação em R\$ 9 bilhões; e a decisão da ADI 4.167, que tratou da constitucionalidade do piso salarial nacional de professores da rede pública de ensino.

Esses três fundamentos são mobilizados apenas para ilustrar o argumento do Ministro de escassez dos recursos orçamentários no plano educacional e os desafios que seriam impostos pela fiscalização estatal do *homeschooling*.

Já no âmbito infraconstitucional, os artigos 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBE); 4º, 53 e 55 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA); 1.634, I do Código Civil (CC) e 246 do Código Penal (CP) são mobilizados pelo Ministro para defender que uma visão panorâmica da legislação no plano da educação reforça a tese central de modelo educacional compartilhado entre família e Estado, conforme estabelecido pela Constituição.

A partir dessa compreensão é possível notar que a argumentação do Ministro parte do pressuposto da harmonia entre as disposições infraconstitucionais em relação às constitucionais. Através do modo como ela mobiliza os fundamentos jurídicos em seu voto fica nítido que o modelo educacional compartilhado encontra amparo, segundo a perspectiva do Ministro, tanto no texto constitucional como na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação é mobilizado para defender a exigência de participação de diferentes atores no processo educacional, reforçando a compreensão do modelo compartilhado e rechaçando o modelo domiciliar isoladamente:

“Início pela Lei 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, logo em seu art. 1º, preleciona:

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

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

§2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

Temos, portanto, a educação como um iter formativo, que tem como pano de fundo a família, as relações humanas, o trabalho, as instituições de ensino e pesquisa, os movimentos sociais, as organizações da sociedade civil e as manifestações culturais. Assim, é preciso evitar uma visão reducionista, que considera a educação como um processo fechado e unidirecional. Em minha compreensão, a educação domiciliar não logra compreender esses inúmeros fatores que compõem o longo, complexo e árduo percurso educacional por que passam as pessoas ao longo da vida.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.150)

Os artigos 4º, 53 e 55 do ECA são citados integralmente pelo Ministro apenas para reforçar o argumento do modelo de educação compartilhada, sem, no entanto, maiores explanações sobre seus conteúdos e interpretações. Já o artigo 1.634, I do Código Civil, que trata do poder familiar, é mobilizado para enfatizar a participação dos pais na educação de seus filhos, enquanto elemento do modelo compartilhado.

O artigo 246 do Código Penal, por seu turno, é mobilizado pelo Ministro como última *ratio* para apontar os casos de não inserção das crianças e adolescentes no sistema formal de ensino. Sobre esse dispositivo, o Ministro compreende que a prática do ensino domiciliar não configura, por si só, o crime de abandono intelectual, de modo que o tipo penal tenha por finalidade garantir a concretização da educação.

A explanação de dispositivos infraconstitucionais na argumentação do Ministro serve para reforçar sua tese central e apontar para a compatibilidade entre as disposições educacionais no plano infraconstitucional com as do plano constitucional.

Outros fundamentos jurídicos que aparecem no voto do Ministro, porém de forma secundária para sustentação de sua tese, tratam de decisões de tribunais internacionais especificamente sobre o *homeschooling*.

Nesse sentido, o Ministro aborda o argumento de que países desenvolvidos permitiriam o ensino domiciliar, e que sua proibição poderia se relacionar com o subdesenvolvimento cultural e social. De modo a tentar rechaçar tal argumento, o Ministro afirma se basear em boletim de jurisprudência internacional produzido pela Secretaria de Documentação do Supremo para abordar duas decisões internacionais.

A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Konrad vs. Germany*), na qual se fixou entendimento pela impossibilidade de os pais negarem o direito à educação de seus filhos a partir de suas convicções religiosas; e a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (*Sentencia* 133/2010), em que se chegou à conclusão de que o direito à educação não inclui o direito educacional dos filhos em casa ou fora das instituições formais de ensino homologadas pelo Estado.

Diferentemente de outros votos que também abordaram as mesmas decisões para tocar na questão entre o direito à educação e a liberdade de consciência e de crença - dos pais de educarem seus filhos a partir de suas convicções, a mobilização das decisões pelo Ministro Gilmar Mendes se presta a refutar o argumento de que somente países subdesenvolvidos proíbem a prática domiciliar. Assim, o Ministro parte do pressuposto de que países como Alemanha e Espanha, tidos como desenvolvidos, também não permitem o *homeschooling*.

A análise dos fundamentos jurídicos invocados pelo Ministro aponta para a conclusão de que ele sustenta a tese central do modelo educacional compartilhado a partir de previsões constitucionais, tendo por maior ênfase a previsão do artigo 209 como fundamento que impossibilita o ensino domiciliar sem fiscalização estatal. Dispositivos infraconstitucionais servem para sustentar o argumento central do Ministro e apontar para uma harmonia entre as previsões infraconstitucionais e constitucionais no plano educacional.

Outros fundamentos que aparecem no voto Ministro, porém de forma secundária, tratam das Emendas Constitucionais e jurisprudência do Supremo, para ilustrar o argumento da escassez orçamentária no âmbito educacional e as dificuldades que seriam implicadas na fiscalização estatal do *homeschooling*; e decisões de tribunais internacionais em países desenvolvidos que proíbem a prática domiciliar, para refutar o argumento de que tal conclusão só ocorra em contextos subdesenvolvidos.

3. Estrutura argumentativa do voto

Em relação à estrutura argumentativa do voto do Ministro Gilmar Mendes, foi possível observar a mobilização de argumentos literais, sistemáticos, de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, dos precedentes judiciais e da função do tribunal constitucional.

A tese central defendida pelo Ministro para apresentar uma resposta ao caso do ensino domiciliar, isto é, a existência de um modelo educacional compartilhado que rejeita a possibilidade dos modelos domiciliar e institucional isolados, se constrói a partir de argumentos sistemático e literal, na medida em que ele defende que o modelo compartilhado é a conclusão extraída do texto constitucional (o que aponta para uma visão sistêmica da Constituição), e mobiliza artigos específicos para fundamentar essa tese (o que aponta para uma interpretação expressa do texto). Isso pode ser observado nas seguintes passagens:

“A rigor, como dissemos, a Constituição adotou um modelo de educação compartilhada entre a família e o Estado, justamente por compreender a complexidade e a grandeza da tarefa. O atual modelo constitucional de educação não nos permite, portanto, concluir no sentido da possibilidade da educação domiciliar, pelo menos não com a complexidade com que o fenômeno educacional foi apreendido na Carta de 1988.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.144)

“Por seu turno, o art. 209 preleciona: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

(...) O modelo educacional delineado pela Constituição tem como ponto de partida a prestação da educação pelo Estado, e, como segunda possibilidade, a sua exploração como bem econômico pela iniciativa privada. (...) Trata-se de uma abertura limitada, da qual não é possível concluir no sentido da possibilidade de realização da educação pela família, fora dos auspícios do Estado.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.145)

“O texto constitucional é expresso no sentido de conferir ao Estado – e à família – papel muito mais amplo, de verdadeiro condutor dos rumos educacionais de todos. Por mais paternalista que isso possa parecer, é o sentido da Constituição.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.146)

Dessa forma, o Ministro defende que a interpretação sistêmica da Constituição não possibilita a compreensão do dever educacional ser prestado pelo modelo domiciliar, apontando como fundamento imediato para tal conclusão o artigo 209. Essa estratégia argumentativa se repete em seu voto quando da abordagem da legislação infraconstitucional pertinente à educação. Note-se:

“Um olhar panorâmico sobre a legislação que regula a educação no Brasil confirmará que o nosso sistema foi todo construído com base na educação compartilhada entre a família e o Estado, reflexo do que ficou assentado no texto constitucional.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.150)

“Enfim, os dispositivos contidos na Constituição Federal refletem-se nas normas infraconstitucionais, reforçando um modelo complexo de educação que exige – não recomenda, mas exige, é bom reiterar – a participação de diversos agentes sociais, com destaque para a família e o Estado.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.152)

Assim, argumentos de natureza sistêmica e literal constituem o núcleo da fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes, por apresentarem uma resposta direta ao questionamento da admissibilidade ou não do ensino domiciliar. Ainda que estes constituam a base de sua compreensão, outros argumentos que se mostram relevantes na fundamentação do Ministro parecem apresentar outro tipo de estrutura.

Quando o Ministro apresenta o argumento dos altos custos – humanos e institucionais – que seriam implicados na fiscalização do modelo domiciliar pelo Estado, ele se utiliza de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para apontar que a possibilidade do *homeschooling* traria grande ônus orçamentário ao poder público, resultando numa consequência prática problemática para a realidade brasileira:

“Além disso, acolher a ideia de homeschooling supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que deslocar energia pública – humana e institucional – para cumprir com a fiscalização da prática. E, então, teríamos um possível agravamento das já deficitárias condições estruturais da educação pública. Por exemplo, teríamos o deslocamento da atividade de professores e demais agentes da área da educação pública para funcionar na fiscalização do homeschooling.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.152)

Deste modo, o Ministro reforça a conclusão da impossibilidade do ensino domiciliar – que parte de argumentos sistemático e literal – a partir de uma previsão dos impactos que tal prática educacional acarretariam na realidade brasileira, apontando, portanto, para um argumento de teleologia objetiva.

Esse tipo de estrutura argumentativa aparece com destaque no voto do Ministro em sessões que ele não aborda textos normativos especificamente, mas em partes que abordam discussões teórico-conceituais e dados sobre a prática do *homeschooling*. Ao abordar os resultados do PISA de 2015 (exames de avaliação dos sistemas educacionais de diferentes países) o Ministro se utiliza novamente do mesmo tipo argumentativo para defender que a prática do ensino domiciliar não levaria a conclusão de impactar diretamente no desenvolvimento educacional brasileiro. Veja-se:

“Compulsando os resultados do exame [PISA], principalmente os de 2015, sua mais recente edição, não é possível depreender-se que da permissão do homeschooling resulte qualquer ganho em relação ao desempenho de um país nos testes. Por exemplo, no ranking de 2015, os Estados Unidos, berço do homeschooling, ocuparam a 25ª colocação, ao passo que a Alemanha, onde a prática é proibida, ocupou a 16ª posição.

(...) O que pretendo aqui destacar é que seria temerário concluir que a proibição ou a permissão do homeschooling possa trazer reflexos para o desempenho do sistema educacional de um país, considerado como um todo. Os fatores de êxito em um teste como o PISA são muito mais complexos do que podemos avaliar em um processo judicial, e não passam pela permissão/proibição da educação domiciliar, pelo menos não de modo significativo e representativo.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.155)

Outro tipo de argumento que aparece na fundamentação do Ministro trata dos precedentes judiciais. Nesse caso, ele foca em decisões de tribunais internacionais para refutar o argumento de que a proibição do ensino domiciliar só aconteceria em países subdesenvolvidos, ao apresentar julgados das cortes constitucionais alemã e espanhola que entenderam pela não permissão do *homeschooling*. Note-se:

Muito se afirma que os países mais desenvolvidos do mundo permitem o ensino domiciliar, e que a proibição da prática estaria, de alguma forma, relacionada com o subdesenvolvimento cultural e social. Mas a questão não é tão simples, como veremos.

Nesse ponto, baseio-me na acurada pesquisa feita pela Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal, que publicou Boletim de

Jurisprudência Internacional sobre o tema da educação domiciliar. O primeiro caso que despertou a minha atenção foi o *Konrad vs. Germany*, assim narrado:

(...) A pretensão dos pais foi inadmitida tanto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht) quanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consignando-se que “o estabelecimento do ensino primário obrigatório não viola o artigo 2 do Protocolo no 1 à CEDH” e que “os pais não podem negar o direito de educação de seus filhos com base nas suas convicções religiosas”. Tudo no contexto da garantia de uma sociedade democrática e pluralista.

(...) Por fim, destaco decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que asseverou que “o direito fundamental à educação não inclui o direito de educar os filhos em casa ou fora de instituições de ensino homologadas pelo Estado” (Sentencia 133/2010).” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.156-157)

Neste caso é possível concluir que a exposição de decisões judiciais pretéritas sobre o *homeschooling* se presta somente para refutar um argumento específico na fundamentação do Ministro, não constituindo, portanto, um entendimento de precedente judicial que conclua ou sustente a inadmissibilidade do ensino domiciliar. O Ministro não se vale das decisões para fundamentar ou reforçar a conclusão de que o *homeschooling* não possa ser praticado, mas somente para apontar que a sua permissão ou proibição não se relaciona com o desenvolvimento social e cultural do Estado.

Assim, esse tipo de argumento é acessório a tese central do voto, por não abordar ou explicitar o modelo educacional compartilhado. Um fator de comparação interessante é que o Ministro Gilmar Mendes se vale de duas decisões que também são mobilizadas por outros ministros, mas de formas diversas. Enquanto ele se utiliza das decisões para refutar a indissociabilidade entre desenvolvimento e permissão/proibição do ensino domiciliar, outros ministros tocam nas decisões para lidar com o argumento da liberdade de consciência e de crença dos pais educarem seus filhos a partir de suas convicções.

Na conclusão de seu voto, o Ministro apresenta argumento da função do tribunal constitucional para estabelecer os limites de seu voto e da atuação do Poder Judiciário na decisão específica do ensino domiciliar. Ele argumenta que a possibilidade de avançar para um modelo educacional diverso do compartilhado entre família e Estado não poderia acontecer pela via judicial, conforme se observa:

“Nada impede que, nesse debate, avancemos no sentido de um modelo diverso, com maior ênfase em um ou em outro agente educacional, mas isso

não pode ser feito por meio de uma decisão judicial, ainda que no âmbito de uma Suprema Corte. Não sou, portanto, refratário à ideia de avançarmos no sentido do que Mangabeira Unger chamou de experimentalismo democrático, mas é preciso entender que isso se faz, nos termos defendidos pelo autor, por intermédio da mobilização política e pela atuação dos diversos agentes democráticos. Seria irresponsável fazer uma agitação tão violenta do status quo pela via estreita de uma decisão judicial.” (p.157)

O Ministro não menciona expressamente que a tarefa de alterar o modelo educacional concebido pela Constituição, para um que possibilite a prática do *homeschooling*, seja competência do Poder Legislativo – assim como realizado por outros ministros. De toda forma, o voto dele não se aproxima de uma noção de ativismo judicial, conforme observado, por exemplo, no voto do Ministro Barroso, por explicitar que a alteração do modelo educacional compartilhado preceda da mobilização de ‘diversos atores democráticos’, não podendo o Judiciário fazer isso por conta própria.

Da análise da estrutura argumentativa do voto do Ministro Gilmar Mendes é possível concluir que ele se utiliza de argumentos sistemáticos e literais para fundamentar o núcleo de sua decisão, a partir de entendimento sistêmico da Constituição, espelhado na legislação infraconstitucional, que concebe um modelo educacional compartilhado que não permite a prática do *homeschooling*. Para isso, o Ministro se vale de fundamentos jurídicos específicos, com maior ênfase no texto do artigo 209.

Outros tipos argumentativos também aparecem em seu voto, como argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, que é mobilizado para reforçar a conclusão da impossibilidade do ensino domiciliar sem fiscalização estatal por conta dos prejuízos orçamentários vislumbrados nessa prática. Já argumento de precedentes judiciais é apresentado de forma acessória ao núcleo do voto, somente para refutar argumento específico que tangencia a questão central da admissibilidade do *homeschooling*.

Por fim, o Ministro conclui seu voto a partir de argumento da função do tribunal constitucional ao explicitar que a possibilidade de avançar para um modelo educacional diverso do compartilhado não possa ocorrer através de decisão judicial, indicando uma postura cautelosa em relação a prática ativista.

VIII. Análise do voto do Ministro Marco Aurélio

1. Apresentação do voto

O Ministro Marco Aurélio negou provimento ao recurso extraordinário por entender que a Constituição não autoriza o ensino domiciliar, tendo em vista a previsão, pelo texto constitucional, de ensino obrigatório e gratuito e a exigência de matrícula e frequência escolar dos alunos em idade definida (dos 4 aos 17 anos).

Ele sustentou que a adequada compreensão da controvérsia exige ter em vista a normatividade brasileira no plano da educação. A análise da experiência de outros países poderia servir como fonte subsidiária, mas que diferenças culturais, sociais e econômicas impediriam uma ‘conclusão linear’ no plano internacional sobre o ensino domiciliar.

Deste modo, o Ministro se voltou para a análise da Constituição no âmbito educacional, e defendeu, em primeiro plano, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito foi elevado ao nível de direito público subjetivo e inderrogável, a partir dos artigos 6º e 208, §1º.

Neste sentido, ele sustentou que o legislador constituinte, ciente da necessidade de concretizar o acesso ao ensino básico, estabeleceu que o não oferecimento ou oferta irregular do ensino pelo poder público implica na responsabilização da autoridade competente. Além disto, ele fixou ser competir ao Estado e dos pais zelar pela frequência escolar dos alunos, tendo em vista o artigo 208, §2º e §3º.

Esta compreensão sobre o acesso gratuito e obrigatório do ensino e sobre a exigência de matrícula e frequência escolar torna-se a tese central do voto do Ministro, e fundamenta a conclusão da impossibilidade do ensino domiciliar.

Em que pese esse entendimento, o Ministro afirmou que a possibilidade da escolarização formal não é a única alternativa pedagógica permitida pela Constituição, por conta da existência de conceitos abertos e inclusivos no texto constitucional; por outro lado, ele defendeu que o modelo formal de ensino foi a opção feita pelo legislador ordinário, e que essa opção estaria em conformidade com a Constituição.

A partir dessa compreensão, o Ministro sustentou que a conclusão extraível dos artigos 55 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBE) é o modelo regular de ensino.

Nesse sentido, ele defendeu que o intuito do legislador ordinário, ao estabelecer a obrigação de matrícula e frequência à escola, foi o de alcançar a universalização do acesso ao ensino básico no Brasil e a redução da evasão escolar, conforme previsão do Plano Nacional de Educação de 2014 (Lei nº 13.005/2014). Para sustentar referido argumento, o Ministro apresentou dados do IBGE apontando melhora na quantidade de matriculados no ensino fundamental, explicitando que tal melhora tem por desafio a contenção da evasão escolar.

Por isso, o Ministro argumentou que a redação dos artigos 55 do ECA e 6º da LDBE não permitem a interpretação pretendida pela parte recorrente, no sentido de flexibilizar a exigência de matrícula dos alunos à rede regular de ensino. Ele sustentou também não caber ao Poder Judiciário corrigir ou aperfeiçoar o modelo educacional desenhado pelo poder constituinte e concretizado pelo legislador ordinário.

O Ministro também apontou que a vedação ao ensino domiciliar não implica ofensa ao direito dos pais de dirigirem a formação dos filhos, tendo em vista a garantia da autonomia familiar prevista no artigo 229 da Constituição, e a possibilidade de escolha do tipo de instituição de ensino, pública ou privada, laica ou confessional, mais afinada com as convicções familiares.

O Ministro sustentou que, diante da inexistência de previsão legal que expressamente permita o *homeschooling*, não caberia ao Judiciário alterar tal condição, e que existem projetos de lei em tramitação visando admitir o modelo domiciliar como via legal para a oferta educacional.

Ele concluiu seu voto ao defender que, em respeito ao princípio da separação dos poderes, o Supremo não poderia substituir o legislador para fixar critérios e parâmetros de fruição de direito (ao ensino domiciliar) não previsto na lei. Com base nessa perspectiva e no argumento central de obrigatoriedade da matrícula e frequência à escola formal, ele entendeu pela impossibilidade do *homeschooling* e negou provimento ao recurso extraordinário.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este tópico objetiva apresentar (quadro sinóptico) e explorar o modo como os fundamentos jurídicos do voto do Ministro Marco Aurélio levaram a sua conclusão de inadmissibilidade do ensino domiciliar.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais
- Arts. 6º; 205; 208, §1º, §2º e §3º; 229	Art. 55, ECA Art. 6º, LDBE Art. 2º, II, Lei 13.005/2014 ²⁶ PL 3.179/2012	-	-	-

A tese central do Ministro Marco Aurélio para resolver a controvérsia envolvendo o *homeschooling* é a de que a Constituição estabelece o acesso ao ensino gratuito e obrigatório como um direito público subjetivo, e que a legislação infraconstitucional impõe a matrícula e frequência escolar. Para fundamentar essa compreensão são mobilizados pelo Ministro, em especial, os artigos 6º e 208 da Constituição e os artigos 55 do ECA e 6º da LDBE. Outros fundamentos jurídicos aparecem no voto do Ministro, porém de forma acessória e subsidiária.

O artigo 6º da Constituição é mobilizado pelo Ministro quando ele afirma que a discussão do ensino domiciliar é sensível por tratar de política pública constitucional ligada ao ‘núcleo’ do direito público subjetivo à educação, conforme previsto no rol de direitos sociais de referido dispositivo.

Já o artigo 208, §1º do texto constitucional é abordado pelo Ministro para explicitar a gratuidade e obrigatoriedade do acesso ao ensino básico. Ele afirma que esta

²⁶ A Lei nº 13.005/2014 trata do Plano Nacional de Educação de 2014.

compreensão constitui o cerne do direito fundamental em debate, ao obrigar o Estado, a família e a sociedade no dever de prestação educacional.

A partir dessa compreensão, o artigo 205 da Constituição é abordado para sustentar, pela perspectiva do Ministro, o dever estatal e familiar na promoção da educação e os objetivos de desenvolvimento pessoal, preparo para exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

O Ministro relaciona a previsão do artigo 205 com o artigo 208, §2º e 3º para afirmar que o constituinte, ciente da necessidade de concretizar o dever educacional, estabeleceu que o não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório básico acarreta na responsabilização das autoridades competentes, tendo em vista o dever do Estado, junto aos pais, zelar pela frequência dos alunos à escola.

Nesse ponto o Ministro apresenta os primeiros elementos que compõe a sua visão sobre o caso e a compreensão da impossibilidade do ensino domiciliar: ele argumenta que o Estado tem o dever de zelar pela frequência escolar e que o ensino básico na rede regular é um direito público subjetivo, que não pode ser afastado por outras pretensões – como o desejo de educação domiciliar.

A conclusão pela impossibilidade do *homeschooling*, no entanto, fica nítida através do modo como os artigos 55 do ECA e 6º da LDBE são mobilizados pelo Ministro.

Note-se:

“Se é possível, de um lado, argumentar não ser a escolarização o único padrão pedagógico possível, considerada a utilização, pelo constituinte, de conceitos abertos e inclusivos, não é menos acertado, de outro, afirmar ter sido este o modelo escolhido pelo legislador ordinário, no exercício do poder de conformação franqueado pela Lei Maior e em estrito cumprimento ao figurino constitucional. Essa é a conclusão extraível dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

Artigo 55 da Lei no 8.069/1996: Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Artigo 6º da Lei no 9.394/1996: É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.169-170)

A compreensão desses dois dispositivos pelo Ministro vai no sentido de que os textos legais não permitem ‘interpretações extravagantes’. Ele alega que, onde o texto é preciso, termina a interpretação, sob risco de se reescrever o sentido da norma. Esse entendimento é expressivo por revelar que, na visão do Ministro, a impossibilidade da prática domiciliar é clara: uma vez estabelecida a obrigação de matrícula e frequência à rede regular de ensino, inexistente a opção do *homeschooling*. O Ministro afirma isso de forma categórica:

“A redação dos artigos também não autoriza a interpretação pretendida pela recorrente no sentido de flexibilizar-se a obrigatoriedade de ter-se a matrícula dos alunos na rede regular de ensino a partir dos 4 anos de idade.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.172)

É com base nessa compreensão central que outros fundamentos jurídicos são mobilizados no voto. O artigo 2º, II da Lei nº 13.005/2014 (Plano Nacional de Educação de 2014) aparece na fundamentação do Ministro para destacar a noção de universalidade do atendimento escolar. O raciocínio desenvolvido é o de que a matrícula e frequência à escola, previstos no ECA e na LDBE, têm por objetivo acabar com a evasão escolar e incentivar sua universalização. Deste modo, o Ministro se vale de argumento ‘em cadeia’ para defender a harmonia entre as previsões do ECA e da LDBE e o Plano Nacional de Educação.

Para avançar esse raciocínio, o Ministro argumenta que o legislador ordinário optou por perspectiva compartilhada do dever educacional, na qual diversos atores participam dessa empreitada – Estado, especialistas educacionais, família, sociedade. Nesse sentido, ele alega que a participação familiar é complementar, e não substitutiva, do processo educacional.

Já o artigo 229 da Constituição é mobilizado pelo Ministro para sustentar o argumento de que a proibição do ensino domiciliar não constitui violação do direito dos pais de dirigirem a educação dos filhos. O Ministro alega que a autonomia familiar, prevista no mencionado dispositivo, possibilita a escolha pelos pais da natureza da instituição oficial de ensino: pública ou privada, laica ou confessional.

Assim, o Ministro defende que as convicções familiares são preservadas pelo artigo 229. O dispositivo não é mobilizado, no entanto, para abordar a discussão sobre a liberdade de crença e de consciência, argumento que foi apresentado e combatido por

outros ministros no caso do ensino domiciliar – como, por exemplo, a compreensão do Ministro Edson Fachin de que tal fundamento não se presta para legitimar o *homeschooling*.

Finalmente, o Projeto de Lei nº 3.179/2012 é mobilizado pelo Ministro para ilustrar o argumento de que a possibilidade do ensino domiciliar, em sua compreensão, depende da existência de norma expressa. Assim, o Ministro menciona o PL, que autoriza a prática domiciliar, para também delimitar o alcance de seu voto.

Ele afirma que a autorização do *homeschooling* não pode ser realizada através de uma decisão judicial, cabendo respeitar o princípio da separação de poderes e a competência do Poder Legislativo de não só autorizar, mas igualmente fixar os parâmetros de fiscalização pelo poder público do ensino domiciliar.

Está compreensão se alinha com o argumento do Ministro de que o dever educacional é compartilhado, de forma que o Estado não pode ser afastado desse processo. Na opção do ensino domiciliar, o poder público se desincumbiria da obrigação direta de fornecer a educação, mas cumpriria com seu dever de participação através da fiscalização.

Conforme sugerido no início desse tópico e postulado ao longo da análise construída, o voto do Ministro Marco Aurélio tem por fundamentos jurídicos centrais na resolução do caso do *homeschooling* os artigos 6º e 208 da Constituição, que são mobilizados para a defesa do ensino básico gratuito e obrigatório, e os artigos 55 do ECA e 6º da LDBE, utilizados para sustentar a exigência de matrícula e frequência escolar. Os demais fundamentos jurídicos aparecem de forma subsidiária a essa compreensão, reforçando as mobilizações centrais que o Ministro constrói ao longo de seu voto.

3. Estrutura argumentativa do voto

No voto do Ministro Marco Aurélio foi possível observar argumentos da vontade do legislador constituinte, literais, de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social e da função do tribunal constitucional.

Ao investigar o texto constitucional e a legislação ordinária e ter como ponto de partida para resolução da controvérsia a compreensão do acesso ao ensino básico e gratuito enquanto direito público subjetivo (artigos 6º e 208 da Constituição), o Ministro

se vale de argumento da vontade do legislador constituinte para refletir sobre a admissibilidade ou não do *homeschooling*. Note-se:

“Ciente da necessidade de concretizar o que previsto no rol de direitos sociais, evitando-se a tomada da Constituição Federal como documento lírico, o constituinte previu ser o não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público móvel a autorizar a responsabilização da autoridade competente. Assentou também competir ao Estado zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência dos estudantes à escola – artigo 208, parágrafos 2º e 3º.” (p.169)

“Se é possível, de um lado, argumentar não ser a escolarização o único padrão pedagógico possível, considerada a utilização, pelo constituinte, de conceitos abertos e inclusivos, não é menos acertado, de outro, afirmar ter sido este o modelo escolhido pelo legislador ordinário no exercício do poder de conformação franqueado pela Lei Maior e em estrito cumprimento ao figurino constitucional. (...)” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.169-170)

Deste modo, o ponto de partida do Ministro para concluir pela impossibilidade do ensino domiciliar é a investigação da ‘vontade do legislador’, de forma que ele se utiliza dessa estratégia argumentativa para sustentar que o modelo de escolarização formal foi a escolha adotada pela lei. Nesse ponto, o Ministro alia argumento da vontade do legislador com argumento literal ao analisar o conteúdo dos artigos 55 do ECA e 6º da LDBE para concluir pela impossibilidade do *homeschooling*. Veja-se:

“Se é possível, de um lado, argumentar não ser a escolarização o único padrão pedagógico possível, considerada a utilização, pelo constituinte, de conceitos abertos e inclusivos, não é menos acertado, de outro, afirmar ter sido este o modelo escolhido pelo legislador ordinário no exercício do poder de conformação franqueado pela Lei Maior e em estrito cumprimento ao figurino constitucional. Essa é a conclusão extraível dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

Artigo 55 da Lei nº 8.069/1996: Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Artigo 6º da Lei nº 9.394/1996: É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Os textos não permitem interpretações extravagantes. Há uma máxima, em termos de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever-se a norma jurídica.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.169-170)

Quando o Ministro analisa os artigos 55 do ECA e 6º da LDBE, para defender que quando as normas são ‘claras’ não é possível interpretá-las, sob risco de deturpar o sentido conferido pelo legislador, ele se vale de um argumento literal para sustentar que a única possibilidade educacional é a matrícula e frequência à rede regular de ensino (escolarização).

Esse é o argumento central mobilizado pelo Ministro para resolver o caso, uma vez que outros argumentos são baseados nessa premissa. Nesse sentido, o Ministro parte do pressuposto da matrícula e frequência escolar para sustentar como desdobramentos a universalização do ensino e o combate à evasão escolar – previstos no Plano Nacional Educacional de 2014.

Sobre esse aspecto, o Ministro apresenta dados do IBGE para ilustrar a situação brasileira quanto ao nível de escolaridade e os problemas de evasão. A partir disso, ele se vale de argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social para conferir interpretação aos artigos 55 do ECA e 6º da LDBE. Note-se:

“A situação revela-se ainda mais dramática com relação ao ensino médio. No Brasil, de acordo com dados fornecidos pelo IBGE, cerca de 2,5 milhões de jovens de 4 a 17 anos estão fora da escola. Desses, aproximadamente 1,5 milhão deveriam estar cursando o ensino médio. A meta da universalização até 2016, imposta pela Emenda de nº 59, já não foi atingida a contento.

Eis o parâmetro a partir do qual deve ser interpretada a regra contida nos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: cuida-se de importante reforço legal ao processo de expansão do acesso e da permanência dos jovens brasileiros no sistema regular de ensino.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.171-172)

Se por um lado é possível apontar que o Ministro se apropria de argumento literal para interpretar os artigos 55 do ECA e 6º da LDBE, ao defender que onde há clareza na norma cessa a interpretação, por outro lado ele se vale de argumento de teleologia objetiva justamente para interpretar os dois dispositivos, na medida em que parte de constatações da realidade brasileira para afirmar que as normas têm por objetivos o alcance da universalização e a redução da evasão escolar.

Estabelecida a compreensão do Ministro que responde o caso do ensino domiciliar, levando a conclusão de sua impossibilidade, ele se vale de argumento da função do tribunal constitucional para estabelecer os limites de seu voto. Assim, ele

sustenta que o modelo de educacional desenhado pela Constituição e legislação ordinária não pode ser alterado a partir de uma decisão judicial:

“Levando em conta o modelo escolar delineado pelo constituinte e concretizado pelo legislador ordinário, não cabe ao Judiciário corrigir ou aperfeiçoar decisão política legitimamente tomada no Congresso Nacional. Raciocínio contrário esvazia a carga normativa das previsões instituídas na arena deliberativa própria.” (p.172)

“Cumpre atentar para o princípio constitucional da separação dos Poderes. Não pode o Supremo, substituindo-se ao legislador positivo, fixar critérios e parâmetros para a fruição de direito não assegurado pelas normas de regência, em exercício de direito criativo, sem demonstração dos impactos orçamentários e organizacionais a serem suportados pelas secretarias municipais e estaduais de educação, em especial dos entes federados mais pobres.

Justifico o alerta ante a necessidade de o Judiciário não atuar como fonte de direito, observados os limites impostos pela Lei das leis, a Constituição Federal.” (p.175)

Nas exposições é possível observar como o Ministro atrela argumento da vontade do legislador ao argumento da função do tribunal constitucional. Ele parte da compreensão de que, uma vez esclarecida a vontade do legislador constituinte e ordinário, não é possível ao Supremo alterar essa escolha. O Ministro defende uma postura baseada na separação de poderes e respeito às funções típicas de cada ente, afastando a possibilidade de prática ativista por parte do Judiciário (*“ante a necessidade de o Judiciário não atuar como fonte de direito”*). Essa é a postura inversa da observada, por exemplo, no voto do Ministro Barroso, que ao entender pela constitucionalidade do *homeschooling* apresenta sugestão de regulação da matéria frente a omissão legislativa.

Do voto do Ministro Marco Aurélio é possível extrair que ele se vale de argumentos da vontade do legislador e literal para estabelecer a compreensão que norteia sua resposta ao caso (a exigência de matrícula e frequência à rede regular de ensino afasta a possibilidade do *homeschooling*). Essa compreensão, no entanto, também é pautada por argumento de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social, uma vez que o Ministro interpreta as normas sobre matrícula e frequência a partir de constatações da realidade brasileira atrelando-as à busca pela universalização do ensino. Já argumento da função do tribunal constitucional aparece de forma secundária, tendo por objetivo estabelecer os limites do voto do Ministro e afastar postura ativista do Judiciário.

IX. Análise do voto do Ministro Dias Toffoli

1. Apresentação do voto

O Ministro Dias Toffoli não apresentou voto escrito, de modo que no inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário nº 888.815 conste apenas seu pronunciamento oral. Ele explicitou, em primeiro lugar, que comunga com as premissas apresentadas no voto do Ministro Barroso, e disse que sua ideia seria propor a retirada da repercussão geral do caso por se tratar de tema muito importante que dificultaria a fixação de uma tese pelo tribunal.

O Ministro Barroso interveio e alegou que se a maioria dos ministros estivessem de acordo, ele também apoiaria a retirada da repercussão geral. Na sequência, o Ministro Moraes fez contraponto a fala de ambos ao sustentar que várias famílias seriam praticantes do ensino domiciliar e que necessitariam de regularização da matéria.

O Ministro Dias Toffoli retomou a fala e mencionou caso em que o Supremo fixou tese de repercussão geral em um sentido e, em oportunidade posterior, o tema foi rediscutido pelo tribunal com a fixação de nova tese em sentido oposto, para sustentar a possibilidade de nova reflexão posterior sobre o ensino domiciliar.

Na sequência, ele sustentou que o *homeschooling* não seria absolutamente incompatível com a Constituição, por visualizar a educação como um dever de todos, não podendo ser compreendida como monopólio exclusivo do Estado. A partir dessa compreensão ele alegou votar no mesmo sentido do Ministro Alexandre de Moraes, para negar provimento ao recurso extraordinário, sem declarar a inconstitucionalidade do ensino domiciliar e sem fixar os regramentos de sua prática.

No voto oral do Ministro Toffoli não foram mencionados *fundamentos jurídicos* para sustentar sua posição. Também não é possível realizar análise sobre a *estrutura argumentativa* de seu voto, pois o pronunciamento do Ministro não se baseou em nenhum tipo argumentativo presente na grade analítica adota neste trabalho.

X. Análise do voto da Ministra Cármen Lúcia

1. Apresentação do voto

A Ministra Cármen Lúcia votou pelo desprovimento do recurso extraordinário por entender que apesar de não existirem normas constitucionais que estabeleçam balizas ao ensino domiciliar, nenhuma delas, em sua compreensão, confere o direito aos pais de prover a prestação educacional aos filhos sem auxílio do Estado. Nesse sentido, ela defendeu não ser possível ao Judiciário garantir o direito ao *homeschooling* sem a existência expressa de lei.

Na preliminar do caso, a Ministra entendeu pelo não conhecimento do recurso extraordinário em razão da falta de pagamento de custas processuais (recolhimento do preparo). No entanto, defendeu ser possível apreciar o tema de repercussão geral em função de jurisprudência do Supremo que autoriza a superação de vício formal para análise do mérito.

Quanto ao mérito, a Ministra sustentou que a primeira Constituição Federal, de 1824, já tratou do direito à educação garantindo a instrução primária e gratuita, e que todas as demais Constituições, com exceção de 1891, também previram o dever educacional.

Em relação à Constituição de 1988, a Ministra defendeu que o constituinte estabeleceu princípios e parâmetros básicos para a promoção do direito à educação, mencionando os artigos 205, 227 e 229. Neste sentido, ela argumentou que o dever educacional não se restringe a dimensão intelectual prestada pelo ensino formal, exigindo também elemento de convivência dos alunos a partir da vida familiar e em sociedade.

Com base nessa compreensão a Ministra concluiu que os artigos 205, 227 e 229 da Constituição não permitem os pais monopolizar a educação de seus filhos, encarregando-se, inclusive, da educação intelectual. Esse argumento aponta, na visão da Ministra, que a educação é um processo que exige a participação de diferentes atores, concluindo pela impossibilidade do ensino domiciliar por concentrar o dever educacional no ente familiar.

Neste sentido, a Ministra mencionou outras normas constitucionais relativas à educação, como os artigos 206 a 214, para concluir que tais dispositivos não apresentam balizas ao ensino domiciliar. No entanto, ela defendeu que em nenhuma das normas se extrairia a conclusão, nem implicitamente, que os pais tem o direito de prestar a educação

de seus filhos sem auxílio do Estado. Ela complementou que o legislador ordinário, ao editar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, também não previu a possibilidade do *homeschooling*.

A partir desse entendimento, a Ministra afirmou não caber ao Poder Judiciário, diante da inexistência de lei expressa sobre o ensino domiciliar, autorizar sua prática. Ela concluiu não existir direito líquido e certo para conceder o pedido do mandado de segurança (no Supremo a ação é um recurso extraordinário, mas na origem trata de mandado de segurança).

Assim, ela votou pelo não conhecimento do recurso extraordinário, em razão da falta de recolhimento das custas processuais, e propôs tese de repercussão geral no sentido de não existir, na Constituição Federal, fundamento que autorize o Judiciário a permitir a prática do ensino domiciliar.

2. Fundamentos jurídicos do voto

Este item pretende apresentar (quadro sinóptico) e explorar os fundamentos jurídicos mobilizados pela Ministra Cármen Lúcia para votar pela impossibilidade do ensino domiciliar e desprovimento do recurso extraordinário.

Quadro sinóptico

Fundamentos jurídicos				
Dispositivo constitucional	Dispositivo infraconstitucional	Jurisprudência do STF	Convenções e Tratados internacionais	Jurisprudência de tribunais internacionais

Art. 179, XXXII, CF/1824	LDBE		Art. 26, DUDH	
Arts. 6º; 22, XXIV; 205; 206; 208; 209; 210; 211; 212; 213; 214; 227; 229, CF/1988		-		-

A tese central da Ministra Cármen Lúcia para solucionar o caso do *homeschooling* parte da compreensão de que da análise das normas constitucionais relativas à educação não existem balizas ao ensino domiciliar, mas, ao mesmo tempo, não se extrai a conclusão de que os pais possam tomar o dever educacional dos filhos sem a participação estatal. Essa compreensão é sustentada por diversos fundamentos jurídicos, com destaque para os artigos 205, 227 e 229 da Constituição.

O artigo 179, XXXII da Constituição de 1824 é mobilizado pela Ministra para argumentar que desde o primeiro texto constitucional brasileiro já existe previsão de garantia do dever à educação, naquele caso, o da instrução primária e gratuita aos cidadãos brasileiros. Esse dispositivo também é mobilizado para argumentar que todas as demais Constituições Federais, com exceção de 1891, previram o direito à educação até desaguar no artigo 6º da Constituição de 1988, que segundo a Ministra tem destaque na atual ordem normativa por ser o primeiro dos direitos sociais arrolados na norma.

Já o artigo 205 da Constituição de 1988 é mobilizado pela Ministra de forma conjunta ao artigo 227 para sustentar que o texto constitucional deixa claro o dever do Estado, da família e da sociedade na promoção do direito à educação. Essa compreensão compartilhada da prestação educacional orienta o voto da Ministra e é o argumento central pela impossibilidade da prática do *homeschooling*, que se realizaria somente através do engajamento familiar.

O artigo 229 da Constituição é apresentado pela Ministra para explicitar o dever dos pais de educar os filhos menores e, nesse sentido, ela defende que a dimensão exata

do dever educacional, ao prever o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (objetivos dispostos no artigo 205), evidenciam que a educação não se restringe a um aspecto formal intelectual, geralmente oferecido nos ambientes oficiais de escolarização.

A partir dessa compreensão a Ministra menciona o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que o direito educacional é orientado pelo pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades individuais. A menção a norma internacional tem caráter ilustrativo na fundamentação da Ministra, reforçando a compreensão anteriormente estabelecida de que a educação não se limita ao aspecto formal conteudista.

Com base na explicitação dos conteúdos dos artigos 205, 227 e 229 da Constituição a Ministra estabelece o argumento central de seu voto: a promoção da educação não ocorre exclusivamente no ambiente escolar estatal, mas também no contato com a família e sociedade, evidenciando a compreensão constitucional de compartilhamento do dever educacional entre esses três atores.

A partir disso, a Ministra alega expressamente que as três normas constitucionais não autorizam o entendimento de que os pais possam monopolizar a educação de seus filhos, argumento que é retomado para sustentar a impossibilidade do *homeschooling*. Nesse mesmo sentido, outros dispositivos constitucionais são abordados para sustentar a tese central da Ministra, que os expõe do seguinte modo:

“No capítulo III da ordem social da Constituição se confere tratamento relativamente pormenorizado ao direito à educação, prevendo-se: a) os princípios com base nos quais o ensino deve ser ministrado (art. 206); b) a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das universidades; c) as garantias mínimas a serem asseguradas pelo Estado relacionadas à educação (art. 208); d) as condições mediante as quais o ensino pode ser ministrado pela iniciativa privada (art. 209); e) as diretrizes para a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental (art. 210); f) os parâmetros para a organização administrativa e financeira dos sistemas de ensino federal, estaduais, distrital e municipais (arts. 211 e 212); g) as regras para a aplicação de recursos públicos para escolas públicas, comunitárias, confessionais e filantrópicas, e para bolsas de estudo (art. 213); e h) o estabelecimento de planos nacionais de educação de duração decenal (art. 214).” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.194)

Esses dispositivos são analisados de modo sistemático pela Ministra para sustentar que em nenhuma dessas normas existem balizas ao ensino domiciliar. De igual modo, ela defende não ser possível extrair de nenhum dos artigos, nem implicitamente, o direito de os pais prestarem o dever educacional aos filhos sem a participação do Estado. Essa compreensão reforça o argumento de complementariedade entre diferentes atores no processo educacional.

A Ministra não estipula em seu voto a inconstitucionalidade do *homeschooling*, mas determina que a participação coletiva na educação, prevista na Constituição, impossibilita sua prática. Nesse sentido, ela sustenta que nenhum dos fundamentos jurídicos mobilizados em seu voto permitem ao Poder Judiciário submeter alunos ao regime educacional domiciliar sem a existência de norma expressa nesse sentido.

Com base nesse entendimento que a Ministra aborda a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) para sustentar que, a partir da determinação do artigo 22, XXIV²⁷ da Constituição, o legislador ordinário não previu expressamente a modalidade domiciliar.

Desta forma a Ministra conclui seu voto, mobilizando diferentes normas constitucionais, com ênfase nos artigos 205, 227 e 229, para sustentar a impossibilidade do ensino domiciliar e negar provimento ao recurso extraordinário, com base na compreensão de compartilhamento do dever educacional entre diferentes atores e a ausência de normatividade para a família tomar referido encargo exclusivamente para si.

Finalmente, é de se mencionar que a Ministra se utiliza apenas de dispositivos constitucionais e menção à legislação ordinária e norma internacional para fundamentar seu voto, não explorando, por exemplo, dispositivos infralegais específicos, jurisprudência nacional e internacional como fontes jurídicas de seu voto – diferentemente do realizado por outros ministros, como os casos dos Ministros Luiz Fuz e Gilmar Mendes. Isso reflete na análise da decisão da Corte como um todo e de quais fundamentos jurídicos são mobilizados pelo Supremo para fundamentar o caso do ensino domiciliar, conforme será explorado em sessão independente deste trabalho.

²⁷ Esse dispositivo estabelece a competência da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

3. Estrutura argumentativa do voto

Este item pretende explorar a estrutura argumentativa do voto da Ministra Cármen Lúcia, tendo por base adaptação da grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013). Na fundamentação da Ministra foi possível observar a mobilização de argumentos sistemáticos e literais para sustentar a tese central de seu voto, enquanto argumentos dos precedentes judiciais e da função do tribunal constitucional apareceram de forma secundária.

Para resolver a questão preliminar do caso, isto é, a ausência por parte da recorrente do pagamento das custas processuais devidas na interposição do recurso extraordinário (recolhimento do preparo), a Ministra se utiliza de argumento dos precedentes judiciais ao defender que vício formal não é impedimento para análise do mérito, que teve reconhecimento de repercussão geral no caso. Deste modo, ela argumenta que a jurisprudência do próprio Supremo já entendeu nesse sentido. Note-se:

“Não obstante a ausência desse pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, entendo possível a apreciação do tema da repercussão geral.

Como apontado pelo Ministro Roberto Barroso na decisão pela qual se deu provimento ao agravo para ser este processo autuado como recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.523 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 22.10.2014), antes, portanto, da vigência do Código de Processo Civil de 2015, entendeu por bem superar a prescrição intercorrente da pretensão punitiva para exame da matéria cuja repercussão geral já havia sido reconhecida: (...)” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.189)

Já para solucionar o mérito do caso, a Ministra se vale de argumentos literais e sistemáticos. Ao investigar os fundamentos jurídicos que, em sua compreensão, normatizam o direito à educação e possibilitam oferecer resposta ao questionamento do ensino domiciliar, a Ministra se baseia na literalidade dos artigos 205, 227 e 229 da Constituição para concluir, através de interpretação sistêmica, que a prática do *homeschooling* é incompatível com o modelo educacional previsto na Constituição. Note-se o elemento literal da fundamentação:

“No art. 227 da Constituição se reforça o dever do Estado, da família e da sociedade na promoção do direito à educação da criança, do adolescente e do jovem, ao dispor:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

“No art. 229 da Constituição se estabelece o dever dos pais de educar os filhos menores:

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A compreensão exata da extensão do dever de educação dos filhos aos pais e à família pressupõe, antes, que se interprete o alcance do direito fundamental à educação previsto na Constituição da República.

A determinação constitucional de que a educação vise ao pleno desenvolvimento da pessoa, prepare-a para o exercício da cidadania e a qualifique para o trabalho, [reprodução literal de trechos do artigo 205] evidencia que o direito fundamental à educação não se limita apenas à educação intelectual, ministrada primordialmente pelo ensino formal, em estabelecimentos públicos e privados.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.191-192)

A partir dessa análise, a Ministra se utiliza de visão sistêmica para concluir que a extensão das três normas não permite sustentar a monopolização do dever educacional pelos filhos, apontando o primeiro indício de incompatibilidade com o ensino domiciliar. Veja-se:

“Pelas normas do art. 205, 227 e 229 da Constituição, não se permite a compreensão de que os pais poderiam, a seu critério, monopolizar a educação de seus filhos, encarregando-se inclusive da educação intelectual.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.193)

A mobilização de argumento sistemático enquanto elemento central do voto da Ministra é reforçado quando ela aborda outras normas constitucionais pertinentes ao direito à educação, sem adentrar na especificidade de cada dispositivo, para concluir não ser possível a prestação do dever educacional pela família sem a participação do Estado. Essa compreensão do modelo educacional que exige a participação de diversos atores na

educação é o núcleo de seu voto, uma vez que oferece resposta objetiva a admissibilidade do *homeschooling*. Note-se:

“No capítulo III da ordem social da Constituição se confere tratamento relativamente pormenorizado ao direito à educação, prevendo-se: a) os princípios com base nos quais o ensino deve ser ministrado (art. 206); b) a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das universidades; c) as garantias mínimas a serem asseguradas pelo Estado relacionadas à educação (art. 208); d) as condições mediante as quais o ensino pode ser ministrado pela iniciativa privada (art. 209); e) as diretrizes para a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental (art. 210); f) os parâmetros para a organização administrativa e financeira dos sistemas de ensino federal, estaduais, distrital e municipais (arts. 211 e 212); g) as regras para a aplicação de recursos públicos para escolas públicas, comunitárias, confessionais e filantrópicas, e para bolsas de estudo (art. 213); e h) o estabelecimento de planos nacionais de educação de duração decenal (art. 214).

Não há, em nenhum desses dispositivos, normas estabelecendo quaisquer balizas para o ensino domiciliar. Não se extrai de nenhuma delas, nem implicitamente, o direito dos pais de tomar para si o encargo da educação intelectual de seus filhos sem auxílio do Estado. Esses dispositivos não têm densidade normativa para que o Poder Judiciário possibilite a submissão de pessoas ao ensino domiciliar sem a existência de lei.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.194-195)

A conclusão da Ministra pela inadmissibilidade do ensino domiciliar, portanto, parte de visão sistêmica da Constituição e desagua na inexistência de norma expressa que discipline a prática do *homeschooling* e, nesse sentido, evidenciando que o elemento literal (da existência de norma expressa) também é pressuposto para que o ensino domiciliar seja possível.

É possível levantar a hipótese de que a Ministra, assim como outros votos observados no caso do ensino domiciliar, se vale de argumento sistemático enquanto elemento central de sua compreensão por conta da inexistência de norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro que disponha sobre o *homeschooling*. Assim, a falta de uma norma específica que ofereça resposta objetiva a prática domiciliar exige dos ministros uma interpretação sistêmica das normas relativas à educação para apresentar respostas ao caso. Isso será melhor explorado na sessão *análise da decisão* do presente trabalho.

Ao chegar na conclusão da impossibilidade do ensino domiciliar e defender o não conhecimento do recurso extraordinário pela falta de recolhimento de preparo, a Ministra se vale de argumento da função do tribunal constitucional para propor redação da tese de repercussão geral. Observe-se:

“Não há, em nenhum desses dispositivos, normas estabelecendo quaisquer balizas para o ensino domiciliar. Não se extrai de nenhuma delas, nem implicitamente, o direito dos pais de tomar para si o encargo da educação intelectual de seus filhos sem auxílio do Estado. Esses dispositivos não têm densidade normativa para que o Poder Judiciário possibilite a submissão de pessoas ao ensino domiciliar sem a existência de lei.”

(...)

“Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso extraordinário, em razão do não recolhimento do preparo, propondo seja fixada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “não há, na Constituição da República, fundamento que permita ao Poder Judiciário autorizar o ensino domiciliar (homeschooling) de crianças, adolescentes e jovens”.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.195)

O modo como a Ministra constrói a redação da tese de repercussão geral evidencia afastamento de postura ativista do Poder Judiciário, ao reconhecer que a inexistência de lei expressa sobre o ensino domiciliar impossibilita o seu reconhecimento. Essa é a postura majoritária observada na decisão do *homeschooling* pelo Supremo, tendo como exceção o voto do Ministro Barroso.

Desta forma, é possível concluir que a estrutura argumentativa do voto da Ministra Cármen Lúcia tem por base argumentos sistemático e literal para apresentar resposta concreta à controvérsia discutida, enquanto a mobilização de argumento da função do tribunal constitucional, ainda que represente função importante por dialogar diretamente com a sugestão de tese de repercussão geral, não é o eixo central para a sua construção. Já o argumento dos precedentes judiciais é utilizado de forma acessória somente para sustentar resposta a questão preliminar do caso, ao tratar da admissibilidade do recurso extraordinário.

ANÁLISE DA DECISÃO

Este capítulo tem por objetivo analisar a decisão do STF sobre o caso do ensino domiciliar a partir da perspectiva colegiada do pronunciamento, e não mais através da análise individual de cada um dos votos do caso, conforme já realizado no capítulo anterior deste trabalho.

Para tanto, torna-se necessário retomar o pressuposto de pesquisa que insere o presente trabalho no debate sobre o *processo decisório de cortes constitucionais*, isto é, a premissa de que tribunais dessa natureza desempenham funções específicas nas democracias contemporâneas.

Conforme mencionado na introdução do trabalho, a literatura costuma identificar funções diversas que podem ser desempenhadas pelas cortes constitucionais (MENDES, 2012, p.3). A presente pesquisa investiga como o Supremo Tribunal Federal desempenhou, especificamente, as funções *judicante ou jurisdicional* (BONAVIDES, 2004, p.128), de *interlocução institucional* (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23) e *deliberativa* (SILVA, 2009, p.210) na decisão sobre o ensino domiciliar.

1. Função judicante e desdobramentos

Na decisão do ensino domiciliar o Supremo Tribunal Federal cumpriu com sua função *judicante ou jurisdicional* (BONAVIDES, 2004, p.128) na medida em que apresentou resposta à ação proposta, isto é, concluiu pelo desprovimento do Recurso Extraordinário nº 888.815. Dos dez ministros e ministras votantes no caso, oito deles entenderam pelo desprovimento da ação (Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Cármen Lúcia); um deles entendeu pelo provimento total do recurso (Luís Roberto Barroso) e um dos ministros pelo provimento parcial (Edson Fachin).

Essa constatação demonstra que o STF cumpriu com sua função *judicante* no caso do *homeschooling* por apresentar uma resposta clara e objetiva quanto ao litígio apreciado: o desprovimento do recurso extraordinário.

Já no que diz respeito à posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que ao reconhecer existência de repercussão geral no caso a corte fixou que “*constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (homeschooling) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de*

cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988” (BRASIL, 2018, p.1) a resposta do Supremo não foi tão clara quanto a conclusão pelo desprovimento da ação. Isto porque, ao longo dos dez votos foi possível observar a construção de três compreensões distintas acerca do *homeschooling*:

(I) *Constitucionalidade*: o ensino domiciliar é um *direito* assegurado pela Constituição Federal de 1988, em virtude de sua compatibilidade com as finalidades e valores educacionais previstos no texto constitucional, mais precisamente o desenvolvimento normal das crianças e adolescentes; o interesse dos pais em educar seus filhos; e a formação de ‘bons’ cidadãos. Essa compreensão foi sustentada pelos ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

(II) *Constitucionalidade condicionada*: a Constituição Federal de 1988 não veda de forma absoluta a prática do ensino domiciliar, mas este não constitui um direito, e sim uma *opção legislativa* que só pode ser desempenhada na modalidade ‘utilitária’, em oposição às modalidades de *homeschooling puro* e *unschooling*. Diante da inexistência de lei que preveja a modalidade domiciliar utilitária - por se tratar de uma opção legislativa e não um direito, sua prática não é permitida pelo atual arcabouço normativo. Essa compreensão foi construída pelo ministro Alexandre de Moraes, e seguida pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelo ministro Dias Toffoli.

(III) *Inconstitucionalidade/incompatibilidade*: o ensino domiciliar é incompatível com a Constituição Federal de 1988, pois o texto teria vislumbrado um modelo educacional mais amplo do que o domiciliar e o institucional isoladamente considerados, exigindo a participação da família, do Estado e da sociedade na prestação educacional. A exigência de matrícula e frequência à rede regular de ensino, prevista expressamente na Constituição e legislação ordinária, é impeditiva à prática domiciliar. Essa compreensão foi defendida pelos ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes²⁸.

Vislumbradas essas três compreensões sobre o ensino domiciliar, o acórdão final do julgamento apresenta em sua *ementa* as seguintes constatações:

²⁸ O ministro Gilmar Mendes não declara expressamente a inconstitucionalidade do *homeschooling*, mas considera que o modelo educacional desenhado pela Constituição é mais amplo do que os modelos domiciliar e institucional isoladamente considerados. Este raciocínio acaba por afastar a possibilidade do *homeschooling*, razão pela qual o voto do ministro Gilmar foi enquadrado na 3ª corrente sobre a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro.

“(…) 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.3-4)

Assim, a Corte apresenta como decisão final sobre a posição do ensino domiciliar no arcabouço normativo brasileiro a segunda compreensão sobre o *homeschooling*, isto é, a noção de ‘constitucionalidade condicionada’. Nesse sentido, o STF parece oferecer uma resposta não só ao recurso extraordinário em si, mas sobre a controvérsia do ensino domiciliar.

Um primeiro problema dessa conclusão, no entanto, é que somente 4 dos 10 ministros votantes no caso adotaram a posição da ‘constitucionalidade condicionada’, ou seja, a forma como a Corte se pronuncia enquanto instituição não é baseada num consenso majoritário. Além disso, a construção argumentativa desse entendimento foi feita exclusivamente pelo ministro Alexandre de Moraes, que foi posteriormente seguido pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelo ministro Dias Toffoli.

Outro ponto de importante reflexão é a constatação de que a tese de repercussão geral fixada pela Corte (822), assim como a definição da posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico, foi igualmente sugerida pelo ministro Alexandre de Moraes e seguida pelos mesmos três ministros. Já os ministros Barroso e Fachin propuseram outra redação de tese, e os demais ministros votantes não apresentaram sugestão.

Essas constatações trazem implicações e reflexões sobre as funções de *interlocução institucional* e *deliberativa externa* e *interna* do Supremo. A definição da posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro e a construção da tese de repercussão geral fixada possibilitam reflexões sobre as duas primeiras funções da Corte, enquanto a análise das teses centrais de cada voto e a mobilização dos fundamentos jurídicos e estruturas argumentativas, aqui comparadas e investigadas sobre o prisma colegiado e não mais individual, permitem reflexões sobre a função *deliberativa interna* do STF.

2. *Função de interlocução institucional*

O Supremo cumpre com sua função de *interlocução institucional* no caso do ensino domiciliar na medida em que sinaliza para os demais Poderes – e em específico para o Legislativo – que não existe vedação constitucional ao *homeschooling*, mas que a execução de sua prática depende de previsão legal expressa que a autorize, bem como de regulação nos moldes desenhados pela modalidade ‘utilitária’: obrigatoriedade de ensino dos 4 aos 17 anos, respeito pelo dever solidário entre família e Estado, núcleo básico curricular, e a supervisão, avaliação e fiscalização pelo poder público.

Tendo isso em vista, a decisão do Supremo parece cumprir formalmente com o papel de ‘guiar condutas’ (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23) dos demais atores que dialogam com o Judiciário: o Legislativo ao indicar que não existe vedação constitucional ao ensino domiciliar e que este pode ser regulado na modalidade ‘utilitária’, o que seria o primeiro passo para a formulação de políticas públicas voltadas ao *homeschooling*; e o Executivo na medida em que este poderia executar políticas públicas de fiscalização do ensino domiciliar a partir de sua previsão legal e formulação pelo Legislativo.

A mensagem transmitida para os demais Poderes e instituições do Estado é clara, no que diz respeito a essa demanda específica, pois o STF apresenta uma resposta formalmente nítida sobre a posição do ensino domiciliar no arcabouço normativo brasileiro nos termos do pedido que lhe foi apresentado. Em contrapartida, a substância dessa mensagem não é tão cristalina. A conclusão pela constitucionalidade do *homeschooling* decorre de 6 votos a favor, enquanto outros 4 entenderam pela inconstitucionalidade/incompatibilidade entre as finalidades do texto e a prática domiciliar.

Desses 6 votos pela constitucionalidade, 4 defendem o que chamamos de ‘constitucionalidade condicionada’, enquanto os outros 2 vislumbram o *homeschooling* sem a necessidade de uma condição *prima facie*. Essa diferenciação entre as duas correntes pela constitucionalidade apresenta um ponto importante de reflexão: a primeira corrente, defendida pelos ministros Barroso e Fachin, vislumbra o ensino domiciliar como um *direito* garantido pela Constituição. Já a segunda corrente, construída pelo ministro Moraes e seguida pelos ministros Weber, Toffoli e Lúcia compreendem a prática domiciliar não como um direito, mas como uma *opção legislativa* possível.

Isso apresenta reflexos para o modo com a substância da controvérsia em debate é compreendida e concluída. A primeira corrente entende que a questão do ensino domiciliar diz respeito a um direito fundamental, isto é, um desdobramento do direito fundamental à educação previsto ao longo da Constituição de 1988 e, mais precisamente, no artigo 205. Por conta desse entendimento, para essa corrente a inexistência de uma lei que preveja expressamente a modalidade domiciliar não obsta à conclusão de que o *homeschooling* é um direito.

Já a segunda corrente compreende que a substância do *homeschooling* não trata de um debate sobre direitos fundamentais, e sim de uma discussão sobre separação de poderes. Isso, pois, a existência da prática domiciliar é uma opção do Poder Legislativo, que pode ou não discipliná-la. Como consequência dessa compreensão, o *homeschooling* não é um direito reconhecido, já que a sua possibilidade de execução é condicionada a existência de norma expressa.

A estreita maioria formada pela segunda corrente (4 votos) em detrimento da primeira (2 votos) possibilita levantar o questionamento sobre como uma possível alteração na composição²⁹ do Supremo possa afetar e, até mesmo, reverter a compreensão sobre a *substância* da controvérsia em torno do ensino domiciliar.

De todo modo, a decisão do R.E. nº 888.815 indica que a postura do Supremo, enquanto Corte colegiada, prezou pela visão clássica de separação de poderes na medida

²⁹ Sobre esse ponto, duas observações pertinentes: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 888.815 contou com 10 votos e não 11. O ministro Celso de Mello se ausentou justificadamente da decisão. A outra observação é que entre 2020 e 2021, período em que este trabalho foi escrito, houve alteração na composição da corte: o ministro Celso de Mello se aposentou e, no seu lugar, o ministro Kassio Nunes Marques foi indicado pelo presidente Jair Bolsonaro. Isso pode indicar que eventual nova apreciação pelo Supremo sobre a figura do ensino domiciliar poderia resultar em constatação diversa da observada no R.E. 888.815.

em que a maioria dos votos sinalizou a competência do Poder Legislativo de disciplinar e regular a matéria do ensino domiciliar, e não a capacidade judicial de fazê-la através de uma decisão.

Nesse sentido, o STF se afasta, ao menos na decisão em análise, de uma postura de ativismo judicial exacerbado já identificada na literatura brasileira sobre o desempenho da Corte (VIEIRA, 2008, pp.441-463). Sobre esse ponto, o voto do ministro Barroso representa uma compreensão diversa do consenso majoritário dos demais votos: ele claramente sustenta uma posição de ativismo judicial na medida em que é o único dos ministros que propõe regulação da matéria em seu próprio voto.

Em substituição à função típica legiferante do Congresso Nacional, o ministro Barroso sustenta que, para evitar ilegalidades por parte das famílias brasileiras já praticantes da modalidade domiciliar, torna-se necessário regular a matéria ante a omissão do legislador. Essa compreensão vai ao encontro do modo como o próprio Barroso vislumbra a *substância* da questão: o ensino domiciliar é um direito fundamental reconhecido cuja existência não depende de norma expressa, mas cuja licitude da prática depende de regulamentação.

Esse entendimento também implica no modo como o ministro visualiza as *funções* do Supremo, isto é, não só como intérprete do texto constitucional, mas também como criador do Direito e, por vezes, como ator responsável por ‘empurrar a história’, isto é, a decisão judicial enquanto meio para a concretização de direitos fundamentais quando, por seu conservadorismo, as instituições legislativas deixam de fazê-lo. Para além de seu voto no caso do ensino domiciliar, essa visão sobre cortes constitucionais também já foi defendida pelo ministro em sede doutrinária (BARROSO, 2015, pp.23-50).

Posto isso, a conclusão que se obtém da decisão do ensino domiciliar no que tange a *função de interlocução institucional* desempenhada pelo Supremo é de que a mensagem transmitida aos demais Poderes é formalmente clara sobre a posição do ensino domiciliar é clara (constitucionalidade ‘condicionada’), mas substantivamente equívoca, tendo em vista a constatação de três compreensões diferentes sobre a posição do *homeschooling* no arcabouço normativo brasileiro, e divergências entre as correntes de constitucionalidade (sem condições e condicionada) quanto a natureza do ensino domiciliar (direito ou opção legislativa).

Além disso, a decisão pela ‘constitucionalidade condicionada’ é construída argumentativamente apenas pelo ministro Alexandre de Moraes, e isso impacta na forma como a Corte desempenha sua *função deliberativa externa*, isto é, o modo como comunica aos demais atores as razões e argumentos que embasaram sua decisão. É essa problemática que se pretende explorar no próximo tópico.

3. *Função deliberativa externa*

Já no que diz respeito a função *deliberativa externa* do Supremo no caso do ensino domiciliar, isto é, o modo como a Corte apresenta as razões e argumentos de sua decisão para atores externos – outras instituições e poderes do Estado, comunidade acadêmica, e a sociedade em geral, é possível verificar certo ruído entre a conclusão final apresentada na *ementa* do acórdão e as razões e argumentos sustentados ao longo dos votos.

Isso acontece, pois, a posição que é publicada pela Corte enquanto instituição única é a compreensão da ‘constitucionalidade condicionada’ do *homeschooling*. Ocorre, no entanto, que a construção lógica e argumentativa dessa compreensão é desempenhada quase que exclusivamente pelo ministro Alexandre de Moraes. Ele é o responsável por defender a inexistência de vedação constitucional ao ensino domiciliar, através de interpretação sistêmica das normas que tratam do direito à educação. Igualmente, o ministro é o responsável por distinguir as diferentes modalidades do ensino domiciliar (*homeschooling puro*, *unschooling* e *homeschooling utilitário*) e defender que a única modalidade compreendida pela Constituição é a ‘utilitária’³⁰.

Nesse passo, os ministros Rosa Weber e Dias Toffoli, que acompanham o voto do ministro Moraes, não apresentam argumentos e razões de decidir. Eles simplesmente ‘votam nos termos do ministro Alexandre de Moraes’ sem, no entanto, se debruçar a controvérsia em debate. Já a ministra Cármen Lúcia, na íntegra de seu voto, defende concepção parecida do ministro Moraes ao sustentar que não enxerga vedação constitucional ao *homeschooling* e, ao mesmo tempo, não vislumbra o direito dos pais de prestarem o dever educacional sem auxílio do Estado. A ministra, no entanto, também não se debruça sobre as diferentes modalidades do ensino domiciliar, assim como feito pelo ministro Moraes, e nem aponta qual seria a permitida pela Constituição. Na

³⁰ Na definição do ministro Moraes, a modalidade utilitária do ensino domiciliar é aquela que preza pela solidariedade entre família e Estado no dever educacional, que exige um núcleo curricular mínimo, e a fiscalização e avaliação do ensino pelo poder público.

antecipação de seu voto, no entanto, ela também segue as práticas dos ministros Weber e Toffoli para ‘acompanhar o voto do ministro Alexandre de Moraes’.

Desenhado esse quadro, tem-se que 4 dos 10 ministros votantes optaram pela compreensão de ‘constitucionalidade condicionada’ do ensino domiciliar, sendo que apenas 2 deles apresentaram razões e argumentos para sustentar referida compreensão. Os outros 6 votos, todavia, apresentaram razões e argumentos sensivelmente diferentes dos ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia.

Os ministros Barroso e Fachin, conforme já explicitado anteriormente, defenderam na *substância* da controvérsia que o *homeschooling* é um direito reconhecido pela Constituição, e não uma opção legislativa (excluindo-se o caráter condicionado de sua prática). Já os ministros Fux, Lewandowski, Mendes e Aurélio, cada um à sua medida e em algumas situações a partir de fundamentos jurídicos diferentes, sustentaram a conclusão de que o *homeschooling* é incompatível com o texto constitucional de 1988.

Essa constatação denota que, do pronunciamento final do STF enquanto Corte una, somente 4 ministros foram efetivamente responsáveis por concordar com os argumentos e razões que solidificam a compreensão final (‘constitucionalidade condicionada’ do *homeschooling*) que aparece na *ementa* do acórdão, sendo que apenas 2 desses 4 ministros apresentaram argumentos e razões para construção dessa compreensão.

Com base nesse entendimento é possível argumentar que apesar de o Supremo apresentar resposta clara ao caso (desprovimento do R.E.), de modo a cumprir com sua função *judicante*; e expor às demais instituições e poderes uma compreensão final formalmente nítida sobre a posição do *homeschooling* no ordenamento jurídico brasileiro (‘constitucionalidade condicionada’), de forma a atender parcialmente com sua função de *interlocução institucional*; a falta de consenso majoritário sobre os argumentos e razões que embasam a ‘constitucionalidade condicionada’ do ensino domiciliar aponta para uma dinâmica potencialmente problemática no desempenho da função *deliberativa externa* da Corte, tendo em vista as divergências substantivas sobre a natureza do ensino domiciliar (direito, opção legislativa, ou impossibilidade).

Essa constatação guarda direta relação com a função *deliberativa interna* do Supremo, que no caso do ensino domiciliar pode ser investigada a partir das diferentes teses centrais de cada voto e da forma como fundamentos jurídicos e estruturas

argumentativas foram mobilizadas para construção dessas teses. A investigação e análise desses elementos será melhor explorada no tópico a seguir.

Além disso, importa observar, também, o modo de construção da tese de repercussão geral fixada no caso (tese 822): *“Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”* (BRASIL, 2018, p.4).

A sugestão de redação da tese que foi acolhida pela Corte também partiu do ministro Alexandre de Moraes. A compreensão vai ao encontro do modo como ele vislumbra a figura do ensino domiciliar, ou seja, como uma opção legislativa e não um direito. Por conta disso defende que o *homeschooling* não é um ‘direito público subjetivo’. Na íntegra dos votos escritos, no entanto, somente os ministros Rosa Weber e Dias Toffoli se manifestam no sentido de ‘votar nos mesmos termos que o ministro Alexandre de Moraes’. Apesar de não sustentarem concordância expressa com a sugestão de tese do ministro Moraes, é possível compreender que eles concordaram com a redação.

Já a ministra Cármen Lúcia apresenta, na íntegra de seu voto, sugestão de tese diferente da realizada pelo ministro Moraes: *“Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso extraordinário, em razão do não recolhimento do preparo, propondo seja fixada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “não há, na Constituição da República, fundamento que permita ao Poder Judiciário autorizar o ensino domiciliar (homeschooling) de crianças, adolescentes e jovens”* (BRASIL, 2018, p.195). Na antecipação de seu voto, contudo, a ministra também segue a prática de Weber e Toffoli para acompanhar o voto do ministro Moraes.

O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, apresenta sugestão de tese completamente diversa do ministro Moraes. Sua sugestão tem duas constatações: a primeira de que é constitucional a prática do ensino domiciliar, em virtude de sua compatibilidade com as ‘finalidades’ do texto constitucional; já a segunda trata de sugestão de regulação da prática domiciliar, até que sobrevenha legislação específica.³¹

³¹ A sugestão de tese de repercussão geral oferecida pelo Ministro Barroso foi: *“1. É constitucional a prática de ensino domiciliar (homeschooling) a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição de 1988. 2. Para evitar eventuais ilegalidades, garantir o desenvolvimento acadêmico das crianças e adolescentes e avaliar a qualidade do ensino, até que seja editada legislação específica sobre o tema, com fundamento no art. 209 da Constituição, os seguintes parâmetros devem ser seguidos: (i) os pais e responsáveis devem notificar às secretarias municipais de educação a opção pela educação domiciliar, de modo a manter um*

O ministro Fachin, por seu turno, demonstrou concordância expressa com a primeira parte³² da tese sugerida pelo ministro Barroso, mas rejeitou a segunda parte por entender pela competência legislativa de fixar os parâmetros de regulação.

Os demais ministros votantes no caso, quais sejam, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio não apresentam sugestões de tese de repercussão geral e nem demonstram anuência expressa, pelo menos na íntegra de seus votos, com a redação proposta pelo ministro Alexandre de Moraes.

Assim, são observadas três compreensões sobre a tese de repercussão geral fixada no caso. A corrente que entendeu pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar, por decorrência lógica, entende que não existe direito público subjetivo ao *homeschooling*. Já as correntes que entenderam pela constitucionalidade da modalidade domiciliar divergiram no seguinte aspecto: o *homeschooling* é constitucional e constitui um direito público subjetivo; e o *homeschooling* é constitucional, mas não constitui um direito público subjetivo.

A tese final fixada pela Corte se baseia nas compreensões das correntes pela inconstitucionalidade e constitucionalidade ‘condicionada’ do ensino domiciliar, pois ambas convergem no entendimento de que o *homeschooling* não é um direito público subjetivo.

O que se observa do inteiro teor do acórdão, todavia, é uma ausência de debate sobre as sugestões de teses propostas. Isso, pois, a conclusão de que o ensino domiciliar não constitui um direito público subjetivo fica subentendida a partir das compreensões de cada voto e, conseqüentemente, das correntes que se formaram a respeito da posição do

cadastro e registro das famílias que adotaram essa opção de ensino naquela localidade; (ii) os educandos domésticos, mesmo que autorizados a serem ensinados em casa, devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas; (iii) as secretarias municipais de educação, a partir do cadastro, devem indicar a escola pública em que a criança em homeschooling irá realizar as avaliações periódicas, com preferência para os estabelecimentos de ensino mais próximos aos locais de suas residências; (iv) as secretarias municipais de educação podem compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ou o Conselho Tutelar; e (v) em caso de comprovada deficiência na formação acadêmica, verificada por meio do desempenho nas avaliações periódicas anuais, cabe aos órgãos públicos competentes proporem melhorias ao ensino doméstico e, nas hipóteses em que não haja aumento do rendimento nos testes periódicos, determinarem a matrícula das crianças e adolescentes submetidas ao ensino doméstico na rede regular de ensino”.

³² O Ministro Fachin concordou com a primeira parte da tese sugerida pelo Ministro Barroso: “**1. É constitucional a prática de ensino domiciliar (homeschooling) a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição de 1988.**”

ensino domicilia no ordenamento jurídico brasileiro. A tese final adotada pela Corte foi proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes e somente os Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber e Cármen Lúcia demonstraram anuência expressa com a proposição. Os demais ministros ou apresentaram sugestões diversas de redação (Barros e Fachin), ou não se manifestaram sobre a tese, dando a entender que a conclusão argumentativa de seus votos foi capaz de confirmar anuência com a tese adotada (Fux, Mendes, Aurélio e Lewandowski).

Manter subentendida uma decisão como essa, que servirá de guia interpretativo para as demais instâncias judiciais em casos análogos, parece problemático em, pelo menos, duas dimensões: a informacional e a conclusiva. Informacional na medida em que não informa as demais instituições políticas e a sociedade com clareza quais ministros concordaram expressamente com a tese fixada. Conclusiva por não apontar expressamente como a substância da tese fixada foi acolhida pela Corte como um todo.

As constatações sobre o modo como a Corte definiu a posição jurídica do ensino domiciliar no ordenamento brasileiro, isto é, uma falta de clareza e consenso majoritário sobre as razões e argumentos que embasaram a compreensão da ‘constitucionalidade condicionada’, e a forma de construção da tese de repercussão geral fixada no caso, ao não apontar expressamente os ministros que concordaram ou não com a redação, sinalizam um ruído na função *deliberativa externa* do Supremo no caso em análise. Esse problema já foi identificado pela literatura e sua ocorrência pode servir de termômetro para avaliar a qualidade argumentativa das decisões judiciais:

“A fundamentação da decisão colegiada fracassará no teste de qualidade argumentativa também quando, em um outro exemplo, não houver uma coesão mínima entre as razões de decidir de cada um dos membros da colegialidade, de tal modo que seja impossível identificar o posicionamento do órgão judicial.

O principal problema que esse fracasso argumentativo acarreta é a impossibilidade de cumprir uma função própria do Direito: guiar condutas. Esta incapacidade se dá na medida em que não se pode afirmar qual é a posição do órgão colegiado em determinada matéria, a despeito do conteúdo de sua ementa ou de eventual consenso no resultado final.” (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23)

Conforme abordado anteriormente, a decisão do ensino domiciliar parece cumprir com a função de *interlocução institucional* com as demais instituições e poderes do

Estado na medida em que apresenta uma mensagem formalmente clara sobre a constitucionalidade do *homeschooling* e os requisitos mínimos para sua regulação através de lei a ser editada pelo Congresso. Nesse sentido, a decisão parece cumprir com a função de ‘guiar condutas’. O que se questiona aqui, no entanto, é como a decisão final do Supremo, que é formalmente nítida em termos de orientação de condutas, foi construída substantivamente através dos argumentos mobilizados na decisão. Para isso, é necessário também se debruçar sobre as teses centrais dos votos e as mobilizações dos fundamentos jurídicos e estruturas argumentativas para avaliar a *deliberação interna* do Supremo.

4. *Função deliberativa interna*

A importância da análise da função *deliberativa* do Supremo é compreendida como ponto central para a democracia contemporânea na medida em que transmite para as demais instituições do Estado e seus cidadãos as *razões* e *argumentos* que sustentam as conclusões obtidas pela Corte em matérias de alta relevância jurídica, política, social e econômica. A *deliberação interna*, portanto, deve permitir que os atores que dialogam e são afetados pelas decisões do STF saibam não só o resultado final dos casos, mas também o *processo lógico-argumentativo* que sustenta as conclusões. Sobre essa importância da função *deliberativa*, Ramos (2014) explicita:

“Estudar a argumentação utilizada na instância máxima do Judiciário brasileiro é de fundamental importância para o bom funcionamento da democracia, uma vez que a forma e a qualidade do processo decisório do STF demandam um acompanhamento público e devem estar sujeitos a um controle social, próprios de qualquer instituição pertencente ao Estado de direito.” (RAMOS, 2014, p.98)

Na decisão do *homeschooling* a função *deliberativa interna* da Corte apresenta problemas na medida em que variadas teses centrais, partindo de compreensões distintas sobre os fundamentos jurídicos que as sustentam, resultam numa fragmentação argumentativa que dificulta ter clareza sobre o que embasa a resolução da controvérsia.

Em outras palavras, a conclusão pela ‘constitucionalidade condicionada’ do ensino domiciliar não parece ser resultado de um consenso majoritário sobre as *razões* e os *argumentos* mobilizados pela Corte. Isso pode ser observado das seguintes maneiras:

Disputas entre teses centrais

O ministro Luís Roberto Barroso tem por tese central que a constitucionalidade do ensino domiciliar, visualizado como um *direito* reconhecido pela Constituição, é decorrente da compatibilidade com as ‘finalidades e valores’ do texto constitucional no plano educacional (arts. 6º, 205, 206, 227 e 229), que para ele são essencialmente o desenvolvimento normal das crianças e adolescentes, o respeito dos interesses dos pais, e o incentivo à formação de ‘bons cidadãos’.

Já o ministro Alexandre de Moraes tem por tese central que o ensino domiciliar não é vedado pela interpretação sistêmica da Constituição (arts. 205, 206, 208 e 226, 227 e 229), mas que esta exige um dever solidário entre família e Estado na prestação educacional (art. 205), de modo que apenas a modalidade ‘utilitária’ do *homeschooling* é permitida. Além disso, o ensino domiciliar é uma *opção legislativa* e não um direito reconhecido.

O ministro Edson Fachin, por sua vez, entende que a controvérsia sobre o *homeschooling* pode ser abordada de duas formas: através da liberdade de crença e consciência (art. 5º, VI, CF), argumento que em sua visão não é capaz de sustentar a possibilidade do ensino domiciliar; ou a partir do pluralismo de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), argumento que é tido como fundamento pelo ministro para reconhecer a constitucionalidade do ensino domiciliar enquanto um *direito*.

Em contrapartida, o ministro Luiz Fux entende que o ensino domiciliar é inconstitucional por ser incompatível com as ‘finalidades e valores’ da Constituição, de modo que tal compreensão é baseada, em sua visão, na literalidade da Constituição e na capacidade institucional expressa no arcabouço normativo vigente (arts. 206 e 208, CF; 6º, LDBE; 55, ECA; 246, CP); no princípio do melhor interesse da criança (arts. 227, CF; 245, ECA), na função socializadora da escola e no direito ao pertencimento (arts. 205, 206 e 210, CF; 1º e 2º, LDBE); no princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral (arts. 3º, IV; 206 e 208, CF) e nos deveres de tolerância e de inclusão.

Já o ministro Ricardo Lewandowski entende que o *homeschooling* é incompatível com a Constituição por conta dos desdobramentos do princípio republicano (art. 1º) que exige, em sua compreensão, um esforço da sociedade pelo aprimoramento do ensino institucional, e não sua substituição pelo ensino domiciliar. Além disso, a exigência de

matrícula e frequência à rede regular de ensino (art. 208, CF; 1º, 2º e 6º, LBDE; 55, ECA) também seria impeditiva ao *homeschooling*.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustenta que o ensino domiciliar é incompatível com o modelo educacional previsto na Constituição, que prevê um modelo mais amplo do que os modelos domiciliar e institucional isoladamente considerados (arts. 205, 208 e 209, CF), e tal conclusão também seria observada na legislação ordinária pertinente ao direito à educação (arts. 1º, LDBE; 4º, 53 e 55, ECA; 1.634, I, CP; 246, CP).

O ministro Marco Aurélio, por seu turno, compreende que o ensino domiciliar é inconstitucional em razão da previsão de acesso ao ensino institucional gratuito e obrigatório enquanto um direito público subjetivo (arts. 6º e 208, CF), e a exigência de matrícula e frequência à rede regular de ensino (arts. 6º, LDBE e 55, ECA), valores, em sua visão, incompatíveis com o *homeschooling*.

Finalmente, a ministra Cármen Lúcia não vislumbra vedações ao ensino domiciliar a partir de interpretação sistêmica da Constituição (arts. 205, 227 e 229), mas entende que a interpretação das normas constitucionais regentes da educação (arts. 206 a 214) não garantem o direito de os pais prestarem o dever educacional sem a participação do Estado.

Os ministros Rosa Weber e Dias Toffoli não desenvolvem teses centrais e não apresentam razões e argumentos em seus votos, limitando-se a seguir a compreensão fixada pelo ministro Alexandre de Moraes.

A breve retomada das teses centrais dos votos da decisão do ensino domiciliar e a constatação da variedade de raciocínios argumentativos teve por objetivo apontar um fenômeno que já foi observado na literatura sobre o processo decisório do STF, qual seja, de que em alguns casos os ministros do Supremo atuam a partir da formação de ‘blocos e redes de votação’ (OLIVEIRA, 2012, p.139).

No caso em análise, essa formação de blocos entre os ministros não se limita às compreensões sobre a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro (constitucional; constitucional condicionado ou inconstitucional), mas também diz respeito à blocos argumentativos e compreensões sobre fundamentos jurídicos centrais para a resolução da controvérsia, bem como sobre o papel do Estado na prestação do dever educacional.

Disputas interpretativas sobre fundamentos jurídicos centrais

Um dos argumentos centrais para a controvérsia sobre o ensino domiciliar trata da exigência de matrícula e frequência escolar prevista nos artigos 208, §3º da Constituição³³, 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação³⁴, e 55 do Estatuto da Criança e Adolescente³⁵. Isto porque esse argumento serviu tanto para fundamentar a constitucionalidade como a inconstitucionalidade do ensino domiciliar.

Na decisão foi possível observar três interpretações distintas sobre a substância desse argumento, de modo que os sentidos atribuídos a esses fundamentos jurídicos foram expressivamente variados. Não por coincidência, cada uma dessas três compreensões corresponde aos votos que encabeçaram as três correntes sobre a posição do ensino domiciliar no arcabouço normativo brasileiro.

O ministro Barroso, defensor da constitucionalidade do *homeschooling*, argumentou que a exigência da matrícula e frequência escolar se aplicaria somente aos optantes pelo ensino formal institucional. Desse modo, a norma não seria aplicável aos optantes pelo ensino domiciliar, na medida em que a exigência só diga respeito ao ensino controlado pelo Estado. A partir desse raciocínio o ministro defendeu que a exigência de matrícula e frequência escolar não é incompatível com a prática do *homeschooling*.

Já o ministro Moraes, defensor da constitucionalidade ‘condicionada’ do ensino domiciliar, sustentou que norma que prevê a exigência de matrícula e frequência escolar seria atendida diante da obrigação do poder público de fiscalizar e avaliar o ensino ministrado no lar. É inclusive nesse sentido que o ministro apresenta uma das condições que compõe a modalidade ‘utilitária’ do *homeschooling*, ou seja, o controle do ensino domiciliar pelo Estado.

Em contrapartida, o ministro Fux, defensor da inconstitucionalidade do *homeschooling*, defendeu que a exigência de matrícula e frequência escolar seria

³³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

³⁴ Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

³⁵ Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

impeditiva à prática domiciliar, justamente pela compreensão de que a prestação direta do dever educacional é uma função do Estado brasileiro.

Disputas entre visões de Estado na educação

Essas três compreensões sobre os sentidos das normas constitucional e legais que preveem a matrícula e frequência escolar tem por pano de fundo compreensões distintas sobre o dever do Estado na prestação educacional, sugerindo também visões distintas da Corte sobre a forma de atuação e organização do Estado e impactando, em alguma medida, a relação entre Direito e Políticas Públicas.

A primeira corrente se alinha com uma visão de Estado liberal (CARNEIRO, 2016, p.83), na medida em que rejeita uma compreensão de intervenção estatal na autonomia individual ao possibilitar o direito de escolha dos indivíduos (ou da família, no caso) entre o ensino formal institucional ou o ensino domiciliar. Aqui, a figura de ‘Estado liberal’ aponta para a ênfase na autonomia familiar em detrimento da intervenção compulsória do Estado como traço distintivo de referido modelo estatal. Essa compreensão é visualizada de forma clara no voto do ministro Barroso:

“(...) É o que vou procurar fazer aqui, assentando, desde o início, três pré-compreensões que considero muito importantes para o desenvolvimento do meu raciocínio.

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

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

Terceira premissa: por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.12)

Já a segunda corrente se afina com uma compreensão de Estado regulador (ZANARDINI, 2007), na medida em que possibilita que o dever educacional seja

prestado pela iniciativa familiar (ao menos em tese ao defender a constitucionalidade do *homeschooling*), mas condiciona sua prática à regulação estatal a partir da avaliação do ensino domiciliar pelo poder público.

Neste sentido, a noção de ‘Estado regulador’ aqui empregada se refere a crença de que o ‘Estado pós-moderno’ – entendido como sendo aquele marcado pela superação do chamado Estado de bem-estar – seria incapaz de concretizar todos os direitos fundamentais que lhes são outorgados pela Constituição, tornando conveniente, assim, possibilitar a concretização destes direitos por outros atores. Essa compreensão pressupõe uma ressignificação do papel do Estado, que deixa de ser provedor direto da obrigação constitucional passando a exercer a figura reguladora e fiscalizadora do dever público (ZANARDINI, 2007, p.247). Referida compreensão pode ser observada no voto do ministro Moraes:

“A Constituição Federal admite um *homeschooling* que pode ser denominado “utilitarista” ou “ensino domiciliar por conveniência circunstancial”, que tem suas razões entre as várias que foram alegadas da tribuna, nas diversas sustentações orais – a questão religiosa, de bullying, de drogas nas escolas, de violência. A partir dessas circunstâncias, não estará vedada a opção dos pais pelo ensino domiciliar, desde que siga os mesmos conteúdos básicos do ensino escolar público e privado, que permita a supervisão, fiscalização e avaliações periódicas, ou seja, que acompanhe e concretize o dever solidário da Família e Estado em educar as crianças, adolescentes e jovens, nos termos constitucionais. Entendo ser a única espécie de ensino domiciliar autorizada pelo texto constitucional, pois não exclui a concretização do dever de solidariedade estatal. Esse modelo chama-se utilitarista porque, sem se opor radicalmente à ideia de institucionalização e à supervisão estatal, apresenta-se como alternativa útil para prover os fins educacionais de modo tão ou mais eficiente que a escola.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.70)

A terceira corrente, por sua vez, se alinha com uma visão de Estado provedor (STRECK, 2003), por compreender que a prestação educacional não pode ser afastada da atuação estatal. Desse modo, o ensino domiciliar é vislumbrado como complementar ao ensino institucional, mas nunca como substituto da prestação estatal.

A compreensão de ‘Estado provedor’ aqui vislumbrada se assemelha ao modelo de Estado de Bem-estar (*Welfare State*), no sentido de o Estado ter o dever constitucional e pragmático de concretização de direitos fundamentais, como é o caso do direito à

educação, entendido enquanto dever público primário (STRECK, 2003, p.266). Essa compreensão pode ser observada ao longo do voto do ministro Fux:

“Conforme antecipei, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, no sentido de se reconhecer que o ensino domiciliar ministrado pela família em substituição à educação em estabelecimentos escolares, por opção dos pais ou responsáveis (homeschooling), não pode ser considerado meio de cumprimento do dever de educação. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.107)

A referência à escola dirime qualquer dúvida quanto à intenção do constituinte em associar o dever de educação ao ambiente escolar. Na mesma linha, o artigo 206, inciso, I, da CRFB estabelece que o acesso e permanência na escola, em igualdade de condições, constitui princípio norteador do direito à educação. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.108)

O arcabouço normativo construído pelo constituinte originário, pelo legislador e pelo administrador alinha-se harmoniosamente para a obrigatoriedade de as crianças em idade escolar estarem matriculadas na rede regular de ensino e frequentarem as aulas. Isso demonstra que o ensino domiciliar é, não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.110)

Bem como no raciocínio do ministro Gilmar Mendes:

“No caso em tela, ainda que a pretensão da recorrente seja no sentido da prática do homeschooling com a realização de avaliações formais periódicas, ao reconhecermos essa possibilidade estaríamos adotando uma visão reducionista do fenômeno educacional do amplo modo como foi concebido pelo texto constitucional. Ou seja, em nenhum momento a Constituição concebeu o Estado como mero agente avaliador de desempenho escolar. O texto constitucional é expresso no sentido de conferir ao Estado – e à família – papel muito mais amplo, de verdadeiro condutor dos rumos educacionais de todos. Por mais paternalista que isso possa parecer, é o sentido da Constituição.” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.146)

Essa variedade de compreensões sobre a forma de atuação do Estado no âmbito educacional se relaciona diretamente com as compreensões correlatas das relações entre Direito e Políticas Públicas. A definição da posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro – constitucional, constitucional ‘condicionado’ ou inconstitucional – sugere visões diferentes sobre o sentido da atuação estatal no dever de concretização do direito educacional (modelo de Estado mais próximo ao liberal, regulador ou provedor).

Desse modo, uma decisão jurídica que tem por uma de suas funções informar aos demais poderes e instituições do Estado (função de *interlocução institucional*) a posição do *homeschooling* no ordenamento jurídico, acaba por refletir também a concepção de atuação estatal que conduzirá à formulação e à execução da política pública educacional.

Concepções diversas dos deveres do Estado podem, assim, traduzir-se em diferentes formas de entender seu papel na formulação e execução de políticas públicas. A decisão do STF no caso do ensino domiciliar, ao apontar formalmente para a corrente da constitucionalidade ‘condicionada’ do *homeschooling*, parece também indicar aos demais poderes e instituições do Estado que a forma de se desenhar e executar políticas públicas educacionais voltadas ao ensino no lar pressupõe uma atuação estatal próxima da figura reguladora.

Os diferentes votos, como, por exemplo, os dos ministros Barroso e Fux, bem como as correntes que cada um deles representa – a saber, respectivamente, constitucionalidade e inconstitucionalidade – partem de concepções variadas de atuação estatal (liberal e provedora) e parecem apontar para uma possível ausência de consenso da Corte sobre o modelo de Estado suposto pela Constituição. A relevância dessa concepção de modelo estatal, como se vem apontando, é fundamental para balizar a interpretação do comando constitucional da prestação educacional (art. 205). Neste sentido, a falta de consenso parece indicar, mais uma vez, o desempenho fracionado da Corte em sua função *deliberativa*.

Essa dinâmica pode impactar também a recepção da mensagem transmitida pelo Supremo aos demais poderes e instituições do Estado e trazer implicações para a formulação e execução da política pública educacional centrada na figura do *homeschooling*. Ou seja, apesar de a mensagem formal de interlocução institucional apontar com clareza para a atuação estatal reguladora na condução do ensino domiciliar, as razões e argumentos mobilizados pela Corte ao longo do julgamento apontam novamente para uma argumentação ‘em blocos’, que aponta ora para a figura reguladora, ora para as figuras liberal e provedora.

A visualização de diferentes concepções de Estado em uma mesma decisão, sobretudo em questões concernentes ao desenho de políticas públicas, já foi observada pela literatura especializada. Como observa Bucci:

“As diversas técnicas de intervenção são utilizadas ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista, do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. O que ocorre é que determinadas atividades sociais são mais propícias a uma ou outra técnica.” (BUCCI, 2002, p.246)

As implicações potencialmente problemáticas dessa dinâmica e seus desdobramentos para a política pública foram também apontadas pela mesma autora:

“A inscrição de direitos sociais nas cartas políticas nacionais não é um decalque de uma situação econômica que muda com as circunstâncias. Os direitos constitucionais permanecem, sendo este um dos dilemas do modelo constitucional dirigente: como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa?” (BUCCI, 2002, p.246)

A compreensão sobre o modelo de Estado que deriva do texto constitucional e, conseqüentemente, seus deveres de intervenção, ou de não intervenção acabam por influenciar, portanto, a decisão sobre a formulação e execução de políticas públicas que, em última instância, impactam a concretização de direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais.

O argumento que se desenvolve aqui, conforme já apontado, é o de que divergências no modo de cada Ministro entender o sentido da atuação estatal no âmbito do dever educacional, isto é, a relação dinâmica entre Direito, Políticas Públicas e concepções de Estado, permanece como elemento fundamental para compreender a lógica de ponderação do STF no julgamento de casos dessa natureza.³⁶

Essa relação impactará, inevitavelmente, a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que cabe ao Supremo informar aos demais poderes e instituições, ao menos no caso do ensino domiciliar e em casos semelhantes de inexistência de previsão normativa, a posição do *homeschooling* no ordenamento jurídico (constitucional ou inconstitucional) para que o Legislativo e o Executivo possam formular e executar políticas públicas nesse sentido.

³⁶ “Mesmo assim, a noção de política pública é válida no esquema conceitual do Estado social de direito, que absorve algumas das figuras criadas com o Estado de bem-estar, dando a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado.” Em: Idem, BUCCI, 2002, p.247.

Assim, buscar identificar diferentes compreensões de Estado contidas na decisão sobre o ensino domiciliar pode ajudar a compreender, com maior densidade, as implicações do argumento sustentado por Ranieri (2017) de que a natureza da demanda contida no presente caso se difere das demandas anteriormente apreciadas pelo STF no âmbito do direito à educação. Como se apontou, a autora argumenta que, ao contrário de demandas anteriores, o caso do *homeschooling* demanda prestação negativa por parte do Estado por solicitar a abstenção estatal no plano da educação ao permitir que a entidade familiar se ocupe da prestação educacional. Essa demanda, realizada pela família, parece se alinhar com a concepção liberal de Estado – uma vez que rejeita a figura estatal e pleiteia autonomia familiar na concretização do dever educacional. A decisão do STF necessitou, portanto, enfrentar, mais ou menos diretamente, essa premissa inscrita no pedido. A decisão negativa decorreu, como se viu da análise dos votos, de uma rejeição mais ou menos explícita, mais ou menos enfática, da concepção liberal de Estado e abraçou como diretriz interpretativa aos demais poderes e instituições a concepção reguladora de Estado no que se refere a atuação e concretização do direito à educação (art. 205).

O argumento de Ranieri (2017), portanto, se mostra relevante no âmbito das decisões do STF relacionadas ao direito à educação por possibilitar a análise não só das respostas que o Supremo apresenta aos casos concretos (função judicante), mas também por questionar as concepções de atuação estatal que, implicitamente, parecem informar os votos e, em última escala, a decisão final da Corte. Essa dinâmica impactará a concretização do dever educacional e sinalizará a visão do STF aos demais atores responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas (função de interlocução institucional).

No caso do *homeschooling*, a conexão entre visões de Estado e leituras de seu dever constitucional no campo da educação se vislumbra quando a Corte nega o pedido pelo reconhecimento do ensino domiciliar enquanto direito público subjetivo e fixa a impossibilidade de sua execução imediata ante a inexistência de lei expressa. Nesse passo, ela parece rejeitar, pelo menos nesse campo, a figura de Estado liberal. Já a decisão final que informa os demais poderes e instituições sobre o posicionamento do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, sobre a constitucionalidade ‘condicionada’, aponta para a permissão do modelo regulador de atuação estatal, uma vez que estipula parâmetros, a serem definidos por lei, de supervisão e fiscalização do Estado

sobre a prática domiciliar. A concepção de Estado estritamente provedor, por sua vez, parece ser rechaçada pela maioria da Corte que entende não ser possível ignorar o dever solidário entre Estado e família na concretização do dever educacional, conforme previsto no artigo 205 da Constituição.

Estruturas argumentativas semelhantes, substâncias diversas

Dos elementos utilizados para investigar e avaliar a função *deliberativa interna* do Supremo na decisão sobre o ensino domiciliar, o elemento das estruturas argumentativas dos votos aponta para uma maior paridade do Tribunal – em contraponto às disparidades observadas nas teses centrais, nos sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chave para a resolução da controvérsia e nas compreensões sobre a atuação do Estado no dever educacional.

Em relação às estruturas argumentativas, foi possível observar que argumentos sistemáticos, literais e baseados na vontade do legislador foram as estruturas primárias utilizadas para a resolução do caso e da controvérsia sobre o *homeschooling*, enquanto argumentos dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social apareceram de forma secundária nos votos, muitas vezes dando suporte para as compreensões construídas pelos primeiros argumentos.

Já argumento da função do tribunal constitucional apareceu, na maioria das vezes, ao final dos votos para indicar a posição do ministro em relação a atuação do Supremo no caso específico, tendo a maioria dos ministros prezado por uma compreensão clássica de separação de poderes (ao fixar a competência legislativa para a regulação da matéria) em oposição a uma postura de ativismo judicial (expressamente defendida pelo ministro Barroso ao propor regulação da matéria no seu próprio voto).

A proximidade entre estruturas argumentativas dos votos, no entanto, não indica necessariamente uma compatibilidade com a *substância* dos argumentos. Um mesmo tipo argumentativo pode ser utilizado para sustentar compreensões opostas, ou seja, um argumento com a mesma estrutura, porém com substâncias díspares.

Posto isso, algumas hipóteses podem ser levantadas sobre o modo como as estruturas argumentativas foram utilizadas na decisão do ensino domiciliar, além da explicitação de como tais estruturas se relacionaram com a substância dos argumentos.

A preferência por argumentos *sistemáticos* na maioria dos votos (Barroso, Moraes, Fux, Lewandowski, Mendes e Lúcia) pode se relacionar com a inexistência de uma norma expressa que discipline a figura do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, os ministros recorreram a uma interpretação sistêmica das normas constitucionais e infraconstitucionais para investigar se o ensino domiciliar seria compatível ou não com a legislação educacional. Nesse sentido, a estrutura sistêmica serviu tanto para fundamentar a constitucionalidade do *homeschooling* (Barroso, Moraes e Lúcia) como para defender sua inconstitucionalidade (Fux, Lewandowski e Mendes).

Já a utilização de argumentos *literais* na maioria dos votos (Moraes, Fux, Lewandowski, Mendes, Aurélio, Lúcia) parece se relacionar com a intenção dos ministros de apontar conclusões expressas e ‘nítidas’ na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Essa estratégia argumentativa também foi mobilizada para defender tanto a constitucionalidade do ensino domiciliar (Moraes ao sustentar que a solidariedade entre família e Estado é expressa na Constituição e, portanto, não se pode afastar a família do processo educacional), como sua incompatibilidade (Aurélio ao defender que a Constituição expressamente exige a matrícula e frequência à rede regular de ensino e que a prática domiciliar atentaria contra essa previsão).

O argumento da *vontade do legislador*, por sua vez, parece ter sido utilizado (Fachin, Fux, Lewandowski, Aurélio) para expressar a investigação dos ministros pelo ‘real sentido’ das normas atribuído pelo constituinte e legislador ordinário de modo a legitimar suas interpretações e, de certa forma, afastar um *personalismo* nos votos. Isso, pois, ao se valer desse tipo argumentativo os ministros defenderam que as conclusões por eles sustentadas são em realidade fruto das conclusões estabelecidas pelos legisladores constitucional e infraconstitucional. Novamente, a mesma estrutura argumentativa serviu para sustentar compreensões opostas sobre a substância das normas: ora para validar a compatibilidade do *homeschooling* com a vontade do legislador (Fachin, ao dispor que a intenção do constituinte foi permitir a modalidade domiciliar por conta da previsão do pluralismo de concepções pedagógicas), ora para renega-la (Lewandowski, ao sustentar que a vontade do constituinte foi privilegiar um sistema de ensino formal republicano que exige uma empreitada coletiva para seu aprimoramento, e não a sua rejeição através do ensino domiciliar).

Essas três estruturas argumentativas foram as principais estratégias usadas pelos votos para apresentar uma resposta objetiva ao caso (provimento ou desprovimento do

RE) e à controvérsia em debate (constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ensino domiciliar).

Já o argumento dos *precedentes judiciais* foi mobilizado pelos ministros (Barroso, Moraes, Fachin, Fux, Lewandowski, Mendes, Lúcia) para explicitar, praticamente em todas as situações, decisões de tribunais internacionais sobre o ensino domiciliar. Isso pode ter sido consequência do ineditismo da matéria do *homeschooling* na pauta de julgamentos do Supremo. Por outro lado, a pouca baixa menção a julgados pretéritos da própria Corte teve por objetivo apenas ilustrar e sustentar argumentos muito específicos e que tangenciaram o debate sobre o caso e a controvérsia, mas não como decisões aptas a oferecer razões e argumentos capazes de solucionar a matéria (exemplos disso são as menções a julgados pretéritos do STF para sustentar o argumento da educação enquanto direito fundamental indisponível pelo ministro Alexandre de Moraes; e a superação de vício formal pela ausência de recolhimento de preparo para permitir apreciação da matéria por parte da ministra Cármen Lúcia).

Sobre a forma como tal estrutura argumentativa foi utilizada, novamente foi possível observar sua mobilização tanto para defender a constitucionalidade como a inconstitucionalidade do *homeschooling*. Dois julgados em especial foram paulatinamente mencionados nos votos: as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Konrad vs. Germany*) e do Tribunal Constitucional Espanhol (*sentencia 133/2010*), ambos pela impossibilidade da prática domiciliar. Importar observar, nesses casos, que as mesmas decisões foram mobilizadas para fundamentar conclusões completamente diversas (Barroso ao afirmar que tais decisões estariam na ‘contramão’ do consenso jurisprudencial mundial sobre o *homeschooling*; e Fux ao sustentar justamente que outras cortes constitucionais já reconheceram a inconstitucionalidade do ensino domiciliar).

Por sua vez, o argumento de *teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social* foi mobilizado pelos ministros (Barroso, Fachin, Fux, Lewandowski, Mendes e Aurélio) majoritariamente na forma de dados e resultados empíricos sobre a avaliação da política educacional brasileira, de modo a explicitar as implicações da prática domiciliar para a realidade nacional. A estrutura também foi mobilizada para fundamentar tanto a constitucionalidade como a inconstitucionalidade do *homeschooling*: Barroso, por exemplo, ao abordar os baixos resultados no PISA e argumentar que o ensino domiciliar seria uma alternativa viável aos problemas enfrentados pela educação formal; por outro

lado, Mendes no sentido de que os recursos institucionais e humanos necessários para avaliar e fiscalizar o ensino domiciliar agravariam o já deficitário orçamento estatal.

Essas duas estruturas argumentativas apareceram, portanto, de modo secundário nos votos por respaldarem outros argumentos que fundamentaram a solução do caso e da controvérsia em debate. Em nenhum dos votos os argumentos dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva foram o eixo central do pronunciamento.

Finalmente, o argumento da *função do tribunal constitucional* apareceu em todos os votos para delimitar a atuação do Supremo em relação a regulação do ensino domiciliar. Nesse sentido, o argumento foi relacionado especialmente com a função de *interlocução institucional* do Supremo, na medida em que foi mobilizado para privilegiar uma noção clássica de separação de poderes ao resguardar a competência legislativa na regulação do ensino domiciliar. O voto do ministro Barroso, nesse sentido, aparece como oposto à visão da Corte por defender uma posição de ativismo judicial ao sugerir regulação da matéria no próprio voto.

Conclusões

Conforme explicitado anteriormente, a decisão do ensino domiciliar aponta para nitidez nas funções *judicante*, pela resolução do caso pelo desprovemento da ação, e de *interlocução institucional* do Supremo, na medida em que é apresentada resposta formalmente clara às demais instituições e poderes sobre a posição do *homeschooling* no arcabouço normativo nacional (constitucionalidade ‘condicionada’). No entanto, a função *deliberativa* da Corte parece ser prejudicada na medida em que se torna difícil visualizar com clareza consenso sobre a substância discutida, isto é, as *razões* e *argumentos* utilizados para solucionar a controvérsia.

Isso é decorrência das *disparidades* entre as teses centrais dos votos, os sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chaves para a resolução da controvérsia, as visões de Estado no dever da prestação educacional, e o uso de estruturas argumentativas semelhantes para sustentar substâncias diferentes, de modo a revelar uma fragmentação argumentativa na Corte que afeta diretamente o modo como sua função *deliberativa interna* é percebida.

Como já se apontou anteriormente, essa fragmentação argumentativa no processo decisório do STF não é novidade para a literatura, que já sugeriu a existência das chamadas ‘onze ilhas do Direito’:

“Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, (...) esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal.

Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros.” (MENDES, 2010)

No caso do ensino domiciliar não é possível visualizar 11 votos estanques que não se comunicam, mas sim outro fenômeno do processo deliberativo do Supremo que também já foi identificado pela literatura, qual seja, a formação de ‘blocos e redes de votação’ (OLIVEIRA, 2012, p.139), na medida em que são observadas três grandes compreensões construídas pelos ministros sobre: a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro (constitucional; constitucional condicionado; inconstitucional); o sentido de fundamentos jurídicos chaves para a resolução da controvérsia, qual seja, a exigência de frequência e matrícula escolar (exigência aplicável somente aos optantes pelo ensino institucional; exigência não impeditiva ao *homeschooling*; exigência impeditiva ao *homeschooling*); e visões de Estado no dever da prestação educacional (Estado liberal, regulador e provedor). Somado a isso ainda foi constatado a semelhança entre estruturas argumentativas para defender substâncias diferentes.

Ao aprofundar o diagnóstico da fragmentação do processo decisório do Supremo a partir da noção das ‘onze ilhas’, Klafke e Pretzel (2013, p.93) identificaram a distinção entre *maioria decisora* e *maioria fundamentadora* em decisões da Corte brasileira:

“Na maioria decisora, o tribunal deve se preocupar em formar (momento “a”) e apresentar (momento “b”) um pronunciamento sobre o resultado da ação em julgamento – há unanimidade ou correntes vencedoras e vencidas.⁸ No STF, ele vem representado normalmente na parte dispositiva do acórdão, precedido da expressão “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em”, indicando se o tribunal conheceu ou não da ação, e se a julgou procedente ou não.

Na maioria fundamentadora, por outro lado, o tribunal deve se preocupar em formar (momento “a”) e apresentar (momento “b”) a fundamentação que embasará o resultado final, sendo tanto melhor quanto mais refletir os consensos e os dissensos da instituição como um todo. Não existe nos acórdãos uma parte que traga algo como um placar da fundamentação, embora a ementa pudesse ser o instrumento apto a traduzi-lo.”

No caso do ensino domiciliar é possível visualizar uma *maioria decisora* pela constatação de que 8 dos 10 ministros votaram pelo desprovimento do recurso extraordinário. No entanto, torna-se mais complicado enxergar uma *maioria fundamentadora* na decisão. Isso é decorrência dos diferentes ‘blocos’ que se formaram entre os votos e consequentes variações nos entendimentos sobre a posição do ensino domiciliar no arcabouço normativo; este ser um *direito*, uma *opção legislativa* ou uma *impossibilidade*; a exigência de matrícula e frequência escolar ser uma *opção*, uma *obrigação* contornável através da fiscalização do poder público ou um *impedimento* para a prática domiciliar; e papéis do Estado no dever educacional enquanto um ator *liberal*, *regulador* ou *provedor*.

Mais do que a somatória de votos alinhados, ou a impossibilidade da somatória por compreensões completamente distintas, a decisão do ensino domiciliar dificulta a visualização clara das *razões* e dos *argumentos* que embasam a decisão final da Corte. O que se observa é a fragmentação de entendimentos e a disputa entre visões ora complementares, ora opostas, sobre como o dever educacional pode ser concretizado.

Essas constatações parecem corroborar a hipótese de pesquisa deste trabalho (RODRIGUEZ, 2013, p.15) no sentido de que o Supremo não desempenha bem sua função *deliberativa* (SILVA, 2009, p.210) na decisão do ensino domiciliar, por se preocupar mais com a resolução do caso concreto (desprovimento do recurso extraordinário), do que com a reconstrução argumentativa para solucionar a controvérsia enfrentada (posição jurídica do *homeschooling* e compreensão sobre o dever do Estado na prestação educacional).

Em linha com a hipótese de pesquisa, os resultados revelam uma argumentação não sistemática por parte da Corte, na medida em que se torna difícil reconstruir com clareza argumentos e razões colegiadas. O que se observa, em contrapartida, é a formação de ‘blocos’ argumentativos (OLIVEIRA, 2012, p.139) entre os ministros votantes no caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do pressuposto de que as cortes constitucionais desempenham funções específicas no regime democrático (MENDES, 2012, p.3), a presente dissertação teve por objetivo específico avaliar o desempenho do Supremo Tribunal Federal nas funções *judicante* ou *jurisdicional* (BONAVIDES, 2004, p.128), de *interlocução institucional* (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23) e *deliberativa* (SILVA, 2009, p.210) a partir do julgamento do caso do ensino domiciliar. Esse estudo busca ser uma contribuição ao conjunto existente de pesquisas empíricas que analisam o processo decisório de cortes constitucionais em regimes democráticos, tendo por direcionamento temático, no presente caso, aos estudos que se debruçam sobre o direito à educação.

A escolha por analisar tais funções na decisão pelo Supremo do caso do ensino domiciliar deriva de um conjunto de razões. Em primeiro lugar, pela compreensão de que a educação representa uma política pública central para o desenvolvimento do Estado brasileiro (SILVA, 2003, pp.199-200) e, nesse contexto, o debate jurídico em torno do direito oferece momento privilegiado para examinar o modo como o STF forma seu posicionamento ao tratar de políticas públicas.

Em segundo lugar, pelo fato de o R.E. 888.815, enquanto ação de controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, ter reconhecimento de repercussão geral no caso ao tratar de matéria constitucional (direito fundamental à educação) com alta relevância jurídica, social, política e econômica.

Em terceiro lugar, pela circunstância de o ensino domiciliar representar matéria inédita na pauta de julgados do STF, fazendo que o julgamento desse R.E. constitua, assim, o primeiro posicionamento jurídico-institucional sobre a matéria pelo tribunal de cúpula do Poder Judiciário.

Em quarto lugar, pela compreensão de que a decisão sobre o *homeschooling* representa possível ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo no âmbito do direito à educação (RANIERI, 2017, pp.164-165), uma vez que as decisões anteriores a esse caso demandaram prestações positivas por parte do Estado, enquanto o caso do ensino domiciliar solicitou prestação negativa, isto é, abstenção da atuação estatal na educação para que a família, diretamente, concretizasse a prestação educacional. Essa última constatação aproximou, inevitavelmente, a análise do caso para a relação entre Direito e

Políticas Públicas e como diferentes visões de Estado impactaram o modo como a corte visualizou os atores e o processo de concretização do direito fundamental à educação.

Ao julgar essa questão, o Supremo desempenhou com clareza suas funções *judicante* e de *interlocução institucional* no caso, apresentando uma performance mais matizada ao desempenhar sua função *deliberativa*. Sustenta-se que isto tenha ocorrido, conforme apontado ao longo do trabalho, por conta de divergências da Corte sobre (i) o posicionamento do *homeschooling* no arcabouço normativo brasileiro; (ii) as teses centrais dos votos, isto é, sobre os sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chave para a resolução do caso e controvérsia; (iii) as visões de Estado no dever da prestação educacional; (iv) as estruturas argumentativas dos votos.

A metodologia da pesquisa partiu da análise documental (REGINATO, 2017, pp.189-224) do inteiro teor do acórdão do R. E. nº 888.815, disponível no sítio eletrônico do STF, e de seleção da literatura que trata do processo decisório de cortes constitucionais; de técnicas de argumentação jurídica; e de concepções de atuação estatal. No capítulo da *Análise Individual dos Votos*, a pesquisa analisou os pronunciamentos individuais de cada ministro e ministra votante no caso a partir de três eixos: a tese central do voto, os fundamentos jurídicos mobilizados, e a estrutura argumentativa presente. Para esse último eixo de análise, foi utilizada uma adaptação da grade analítica oferecida por Dimoulis e Lunardi (2013). O capítulo da *Análise da Decisão*, por sua vez, investigou o pronunciamento colegiado da corte, buscando oferecer respostas à pergunta de pesquisa central do trabalho, isto é, como se deu o desempenho do STF nas três funções determinadas.

Essa seção pretende retomar, brevemente, os principais resultados obtidos na pesquisa para, a partir daí, sugerir algumas hipóteses interpretativas em torno do processo decisório do STF e da relação entre Direito e Políticas Públicas, tendo por base o observado no caso do ensino domiciliar.

Pode-se sustentar, em primeiro lugar, que o STF desempenhou satisfatoriamente sua função *judicante* na medida em que apresentou resposta nítida à ação apresentada em seu âmbito de jurisdição. Ele negou o pedido formulado no recurso extraordinário enquanto desdobramento da competência de julgar ações de controle difuso de constitucionalidade, conforme previsão do artigo 102, III da Constituição Federal de 1988. A partir de maioria formada por 8 dos 10 ministros votantes, todos, à exceção dos

ministros Barroso e Fachin, entenderam pelo desprovimento da ação. As razões pelo desprovimento, no entanto, não foram as mesmas.

Com o reconhecimento de repercussão geral no caso, o Supremo estabeleceu constituir questão constitucional determinar se o ensino domiciliar poderia ser considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prestação educacional previsto no artigo 205 da Constituição. Assim, o STF assumiu para si a responsabilidade de não só resolver o caso defendido no recurso extraordinário – poderia ou não a família educar sua filha no regime domiciliar –, mas também apresentar resposta a posição jurídica da Corte em relação ao ensino domiciliar – se constitucional ou inconstitucional.

A despeito de ter apresentado resposta nítida ao caso concreto, tendo em vista a maioria formada pelo desprovimento da ação, a devolutiva da corte quanto à constitucionalidade ou não do *homeschooling* não obteve maioria fundamentadora (KLAFKE; PRETZEL, 2013, p.93), uma vez que três compreensões distintas foram construídas no julgamento.

Uma primeira posição, defendida pelo ministro Barroso e apoiada pelo ministro Fachin, afirmou a *constitucionalidade* do pleito, por vislumbrarem o *homeschooling* como direito constitucional em razão da sua compatibilidade com as finalidades e valores educacionais previstos no texto constitucional e na legislação educacional ordinária.

A posição de *constitucionalidade* ‘condicionada’, construída pelo ministro Moraes e seguida pelos ministros Toffoli, Weber e Lúcia, afirma que o ensino domiciliar não constitui um direito, mas uma opção legislativa ainda não existente – por conta da ausência de criação e regulação legal – que só poderia ser concebida e executada na modalidade ‘utilitária’, isto é, seguindo os parâmetros mínimos de (i) obrigatoriedade do ensino dos 4 aos 17 anos; (ii) núcleo básico curricular; (iii) e supervisão, avaliação e fiscalização pelo poder público.

A tese de *inconstitucionalidade*, sustentada, de modos diversos, pelos ministros Fux, Mendes, Lewandowski e Aurélio, defende que o ensino domiciliar não é um direito por ser incompatível com a Constituição, que prevê um modelo de educação mais amplo que o domiciliar e o institucional isoladamente considerados. As previsões constitucionais e legais de frequência e matrícula escolar seriam empecilhos a prática domiciliar.

Essa multiplicidade de compreensões sobre a posição jurídica do *homeschooling* parece reforçar a hipótese, já levantada por Rodriguez (2013, p.15), de que quanto ao desempenho da função *judicante*, existe no processo decisório do STF uma tendência de resolução do caso concreto, mas não do tema geral suscitado pela controvérsia apresentada. Essa hipótese parece fazer sentido na análise do julgamento do caso do ensino domiciliar, na medida em que existe clareza e maioria da corte pelo desprovimento da ação (resolução do caso), mas divisão e ausência de maioria na formulação da compreensão sobre a posição e natureza jurídica do *homeschooling* (resolução da controvérsia).

Esse tipo de resposta pode afetar, em alguma medida, a percepção externa da capacidade responsiva da Suprema Corte. Essa percepção, por sua vez, poderia acarretar implicações no desempenho da função de *interlocução institucional* da corte, na medida em que essa é chamada para informar aos demais poderes e instituições do Estado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de questões englobadas pelo texto constitucional.

No que tange ao desempenho da função de *interlocução institucional* da corte, o Supremo cumpriu formalmente com essa função ao indicar na ementa do acórdão que o ensino domiciliar é constitucional, desde que observados os parâmetros fixados na decisão. Essa condição foi chamada na presente pesquisa de *constitucionalidade ‘condicionada’*, por entender que o *homeschooling* não é um direito, mas uma opção legislativa ainda não criada, e que só poderia ser prevista e concretizada na modalidade ‘utilitária’, conforme anteriormente explicitado.

Esse diagnóstico informa que o STF cumpriu, formalmente, com o papel de ‘guiar condutas’ (BARROS; NASSAR; GLEZER, 2014, p.23) ao apontar para os demais poderes e instituições do Estado a posição e natureza jurídica do *homeschooling*. A construção da substância da mensagem transmitida, no entanto, não foi tão cristalina.

Esse diagnóstico se deu, pois, a conclusão pela constitucionalidade do *homeschooling* decorreu de 6 dos 10 votos no caso, já que 4 votos entenderam pela inconstitucionalidade da prática domiciliar. Desses 6 votos, todavia, apenas 4 sustentaram a constitucionalidade ‘condicionada’ e a prática domiciliar enquanto opção legislativa praticável na modalidade ‘utilitária’, enquanto que os outros 2 votos entenderam pela

constitucionalidade sem vislumbrar condições *prima facie* para reconhecer a prática domiciliar enquanto direito constitucional assegurado.

A estreita maioria formada pela corrente da constitucionalidade ‘condicionada’ (4 votos) em detrimento da corrente sem condições (2 votos) permite levantar a hipótese de que uma possível alteração na composição do Supremo, ainda que pequena, poderia afetar e, até mesmo, reverter a compreensão sobre a substância da controvérsia em torno do ensino domiciliar.

Quando do julgamento do caso, em 2018, o ministro Celso de Mello ainda compunha a corte e, naquela oportunidade, se ausentou justificadamente da decisão. Já durante a escrita do presente do trabalho, entre 2020 e 2021, houve alteração na composição da corte com a aposentadoria do ministro Celso de Mello e a nomeação de novo ministro, Kassio Nunes Marques, indicado pelo presidente Jair Bolsonaro.

O desempenho da função de *interlocução institucional* pelo STF, vale dizer, a transmissão da mensagem nítida aos demais atores do jogo político, fica em parte prejudicado pela falta de clareza e consenso majoritário sobre a posição e natureza jurídica da matéria debatida, constatação que pode impactar o desempenho da função *deliberativa* externa e interna da corte (FEREJOHN; PASQUINO, 2002, p.23).

Já no que diz respeito ao desempenho da função *deliberativa* do STF, essa foi analisada tanto no âmbito externo, como no interno. No âmbito *externo*, foi possível observar certo ruído entre a conclusão final apresentada na ementa do acórdão e comunicada aos demais poderes e instituições do Estado (função de interlocução institucional) e as razões e argumentos que embasaram essa conclusão.

Os argumentos que embasaram a posição pela constitucionalidade ‘condicionada’ do *homeschooling* foram construídos quase que exclusivamente pelo ministro Alexandre de Moraes. Ele foi o responsável por construir o entendimento de ausência de vedação absoluta pela Constituição ao ensino domiciliar, com base no argumento de que esta modalidade não constituiria direito, mas opção legislativa viável ainda não existente. Foi também o ministro quem propôs distinguir as modalidades de *homeschooling* puro, *unschooling*, e *homeschooling* ‘utilitário’, sendo esta última a única aceita pelo texto constitucional. Assim, as razões que sustentaram o pronunciamento final do STF no caso do ensino domiciliar foram praticamente elaboradas por um único ministro.

Os ministros Dias Toffoli e Rosa Weber se limitaram, em votos bastante sucintos, a seguir a posição do ministro Moraes e adotar todas as suas razões e argumentos, sem se debruçar adicionalmente sobre a controvérsia debatida. A ministra Cármen Lúcia, por sua vez, apresentou alguns argumentos semelhantes aos elaborados pelo ministro Moraes, mas não distinguiu entre possíveis modalidades do *homeschooling* e nem anuiu expressamente com a modalidade utilitária. Todos os 6 demais ministros apresentaram raciocínios e, conseqüentemente, razões diversas para discordar do ministro Moraes quanto a posição e natureza jurídica do *homeschooling*.

Essa dinâmica revela que o desempenho da função *deliberativa externa* do Supremo no presente caso pode ser entendido como problemático na medida em que não tornou possível reconstruir, com clareza, o consenso dos ministros entre as razões e argumentos responsáveis pela resolução da controvérsia discutida. Essa constatação reforça a hipótese anteriormente levantada de que o STF parece se preocupar mais com a resolução do caso do que com a resolução da controvérsia em seus julgamentos. Ela permite também sugerir que a mensagem formalmente apresentada aos demais atores políticos, embora tenha sido clara quanto à decisão do caso específico, não o foi quanto às razões e aos argumentos que embasam a substância da mensagem.

Essa constatação permitiria indagar aqui, como já o fez a literatura especializada (RAMOS, 2014, p.100), sobre a desejabilidade de a ementa dos julgados do STF apresentar não só a conclusão final sobre o caso e a controvérsia, mas também as razões e argumentos que embasaram tais decisões. Os riscos da falta de clareza sobre os argumentos decisórios apontam, ao menos, para dois tipos de problema: um de natureza externa, na medida em que não comunica com nitidez aos demais atores políticos quais foram as razões que embasaram a decisão final da Suprema Corte; e um de natureza interna, na medida em que dificulta a reconstrução, em casos semelhantes julgados pelo mesmo tribunal, dos fundamentos que levaram a construção do precedente decisório (RODRIGUEZ, 2013, p.110).

A literatura sobre processo decisório de cortes constitucionais em regimes democráticos comumente alinha, ainda, a noção de *legitimidade democrática* ao desempenho da função *deliberativa*. Nesse sentido, a literatura aponta que, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo em que a representatividade do povo é diretamente exercida por seus membros – já que esses são diretamente escolhidos –, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, que tem seus membros escolhidos por

representantes do povo – portanto, fazendo parte da noção de representatividade indireta (WALDRON, 2006, p.1.353).

Assim sendo, o Poder Judiciário apresentaria um *déficit democrático* (WALDRON, 2006, p.1.353), quando comparado aos demais poderes, justamente por conta dessa representatividade indireta. Nesse contexto, a função *deliberativa* das cortes constitucionais seria uma das formas de compensar tal déficit, pois a explicitação clara e coerente das razões e argumentos que embasam as decisões judiciais seria fundamental para garantir a *legitimidade* da corte perante a sociedade e demais instituições ao possibilitar a análise e crítica pelo escrutínio público. Sobre isso, Silva (2013, p.557) explica:

“Defensores da revisão judicial comumente argumentam que, visando compensar a falta de legitimidade democrática das instituições que realizam a revisão judicial da legislação, suas fontes de legitimidade são diferentes das dos legisladores. Uma dessas fontes de legitimidade é a qualidade da deliberação das cortes”.

Esse argumento reforça a importância da qualidade no desempenho da função *deliberativa* das cortes constitucionais, que pressupõe a possibilidade de reconstrução clara e coerente das razões e argumentos que embasam a resolução do caso e da controvérsia apreciados. Esse ponto se conecta diretamente com a função *deliberativa interna* da corte (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p.1.692), isto é, a deliberação (ou sua falta) entre os ministros votantes no caso a partir da construção, exposição e confronto dos argumentos e razões decisórias.

Das funções analisadas no presente trabalho, a função *deliberativa interna* foi a que se mostrou mais problemática no julgamento do caso do ensino domiciliar. Essa constatação se dá com base em diferentes razões, como a disparidade entre as teses centrais dos votos, os sentidos atribuídos a fundamentos jurídicos chave para a resolução da controvérsia, as visões de Estado no âmbito da prestação educacional, e as estruturas argumentativas mobilizadas.

Essas disparidades demonstraram que no julgamento do caso do *homeschooling* o processo decisório se deu através da formação de ‘blocos e redes de votação’ (OLIVEIRA, 2012, p.139), seja a partir das três correntes construídas sobre a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico (constitucional, constitucional ‘condicionada’,

inconstitucional), seja sobre as três compreensões sobre as previsões constitucionais e legais de frequência e matrícula escolar (previsões aplicáveis somente aos optantes pelo ensino institucional; previsões concretizadas a partir da supervisão e fiscalização do *homeschooling* pelo poder público; ou previsões que impossibilitam o ensino domiciliar por demandar a matrícula e frequência na rede regular de ensino); seja, ainda, pelas três concepções de atuação estatal na educação (modelo de Estado mais próximo da figura liberal, reguladora ou provedora).

Já a análise das estruturas argumentativas observadas em cada voto, a partir da adaptação de grade analítica proposta por Dimoulis e Lunardi (2013), também possibilitou observar que, apesar dos tipos argumentativos sistemáticos, literais e baseados na vontade do legislador serem prevalentes nos votos do caso do ensino domiciliar, as substâncias de cada tipo argumentativo foram extremamente variadas. Assim, um mesmo tipo de argumento foi mobilizado para defender conclusões ora complementares, ora completamente opostas.

A análise desses critérios possibilitou concluir que, no julgamento do caso do ensino domiciliar, houve maioria decisora (pelo desprovimento do recurso e constitucionalidade da prática domiciliar – a despeito das diferenças já ressaltadas entre a corrente ‘condicionada’ e a ‘incondicionada’), mas muita dificuldade de visualização de uma maioria fundamentadora, isto é, um consenso majoritário entre as razões e argumentos que solucionaram a controvérsia debatida. Esse fenômeno foi igualmente observado pela literatura especializada (KLAFKE; PRETZEL, 2013, p.93) e parece apontar para um padrão comportamental em outras decisões do Supremo.

A falta de clareza sobre a maioria fundamentadora aponta para outro potencial problema decisório: ao dificultar a visualização da *ratio decidendi* (razões de decidir) fixada no caso, arrisca-se consolidar uma cultura judicial de ausência de respeito à formação e construção de precedentes judiciais (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, pp.21-44).

Esse diagnóstico se torna ainda mais problemático no julgamento do ensino domiciliar na medida em que houve reconhecimento de repercussão geral no caso. Em que pese o fato de a decisão final rejeitar claramente o pedido, as razões e argumentos responsáveis por solucionar a controvérsia em questão, dada a fragmentação dos votos, dificulta que a decisão corte possa pautar futuros casos semelhantes, com especial foco

para questões educacionais que compõem e poderão vir a compor a jurisprudência do STF no âmbito da educação.

Esse ponto retoma o argumento sustentado por Ranieri (2017) de que a decisão do *homeschooling* poderia representar ponto de inflexão da jurisprudência educacional do STF, tendo em vista a natureza abstencionista do Estado contida no pedido da ação. Referido argumento impacta, inevitavelmente, a(s) compreensão(es) que a corte tem sobre o modo de atuação estatal na educação e o impacto que a decisão judicial terá na mensagem transmitida aos demais atores políticos. Em outras palavras, torna-se incontornável observar a relação estabelecida entre o Direito e as Políticas Públicas por conta dos elementos debatidos no caso do *homeschooling*.

Como apontado acima, uma das razões pela escolha por analisar a decisão do STF sobre o caso do ensino domiciliar foi o argumento desenvolvido por Ranieri (2017) de que o julgamento sobre o *homeschooling* poderia representar ponto de inflexão na jurisprudência educacional do Supremo, na medida em que o pedido contido na ação apresentaria natureza diversa quanto à prestação estatal (negativa) em relação aos demais casos julgados no âmbito educacional, que, conforme aponta a autora, demandariam prestações positivas do Estado nos últimos anos.³⁷

Deste modo, analisar as visões de Estado que informaram os votos individuais e, principalmente, o pronunciamento colegiado, se tornou elemento importante na análise na decisão sobre o *homeschooling*. Mais do que isso, esse elemento também chamou atenção para a relação entre o Direito e as Políticas Públicas, conforme já destacado por Bucci (2002), na medida em que a decisão do STF também deveria informar aos demais poderes e instituições do Estado a posição e natureza jurídica do ensino domiciliar.

A partir do momento em que fosse declarada a constitucionalidade do *homeschooling*, como foi o caso, a matéria se tornaria interesse não só do Direito, mas também das Políticas Públicas, uma vez que a decisão ‘permitiu’ ao Poder Legislativo formular e aprovar projetos de lei que tenham por objeto a modalidade domiciliar de ensino e, a partir daí, possibilitar a execução de políticas pelo Poder Executivo visando concretizar o ensino no lar.

³⁷ O recorte temporal mencionado por Ranieri (2017) trata das decisões do STF no âmbito educacional entre 2000 e 2015.

A decisão do Supremo sobre o ensino domiciliar - que fixou a constitucionalidade da prática desde que seguidos os critérios estabelecidos no acórdão, dentre os quais a capacidade do poder público de fiscalizar e avaliar o desempenho educacional prestado pela família - permite expandir o diagnóstico traçado por Ranieri (2017) e levantar a hipótese de que futuras decisões do STF no âmbito educacional irão colocar em confronto diferentes concepções de atuação estatal.

Essa hipótese parte da constatação levantada pela autora de que as decisões pretéritas da corte demandaram posturas positivas e ativas do Estado no âmbito educacional, relacionando-se diretamente com compreensão provedora de Estado, como a garantia de vagas em creches ou em escolas públicas e ações afirmativas no ensino superior.

Já a decisão sobre o *homeschooling*, em contrapartida, poderia inaugurar inflexão na jurisprudência educacional do Supremo na medida em que demandou prestação negativa (abstenção) do Estado na educação. Conforme sugerido pela presente pesquisa, ocorreu, no caso, migração da compreensão *provedora* de atuação estatal – o Estado cumpre diretamente o dever educacional – para a figura *reguladora* – o Estado permite que outro ator desempenhe a função educacional, desde que supervisionada e avaliada pelo poder público.

Apesar de a decisão final da corte, nesse caso específico, apontar para o modelo de Estado regulador na educação, o que se observou na decisão, a partir dos votos e correntes formuladas, foram três compreensões distintas acerca da atuação estatal no âmbito da educação, denotando, assim, uma multiplicidade de visões de Estado pelo Supremo. Conforme já explicitado, foi possível observar compreensões de Estado alinhadas à figura liberal (CARNEIRO, 2016, p.83), reguladora (ZANARDINI, 2007, p.247) e provedora (STRECK, 2003, p.266), a partir dos votos que encabeçaram, respectivamente, as correntes de constitucionalidade (Barroso), constitucionalidade ‘condicionada’ (Moraes) e inconstitucionalidade (Fux).

A multiplicidade de compreensões sobre a atuação do Estado na educação, conforme observada na decisão sobre o *homeschooling*, permite levantar a hipótese que sustenta a contribuição normativa que esta pesquisa pretende oferecer: em decisões do STF que tratam de direitos fundamentais e exigem a formulação e execução de políticas públicas para sua concretização – como foi o caso do ensino domiciliar –, observar as

visões de Estado que informam os votos individuais e a decisão colegiada é categoria analítica imprescindível para investigar a argumentação jurídica da Corte e as ponderações realizadas pelo tribunal.

Essa hipótese não se restringe aos casos que solicitam prestação negativa por parte do Estado, como o caso do *homeschooling*. Nas decisões que tratem de prestações positivas e que, inevitavelmente, esbarram na relação entre Direito e Políticas Públicas, observar como a corte compreende o papel do Estado também se torna elemento essencial, uma vez que são possíveis diferentes arranjos institucionais e formas de organização e cooperação do Estado com outros agentes políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. *Teoria de La argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007.

ATIENZA, M. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROS, M. L. de.; NASSAR, P. A.; GLEZER, R. E. *Pressupostos teóricos: fundamentação e previsibilidade*. In: *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. (Org.) DIMOULIS, D.; CUNHA, L. G.; RAMOS, L. O. São Paulo: Direito GV, 2014, pp.21-24.

BARROSO, L. R. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v.5. n. especial. 2015, pp.23-50.

BONAVIDES, P. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. *Estudos Avançados*. v.18. n.51. 2004, pp.127-150.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 888.815*. Inteiro Teor do Acórdão. Min. Rel. Luís Roberto Barroso. d.j. 12/09/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>>

BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSTAMANTE, T. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades de jurisdição constitucional no Brasil*. Revista de Informação Legislativa. v. 51. n. 202. 2014, pp.159-179.

CARNEIRO, A. M. *Uma breve perspectiva histórica acerca dos modelos de Estado: do Estado Absolutista ao Estado Regulador*. Lumen. v.25. n.2. 2016, pp.79-89.

CAVALCANTI, T. N.; TREVISAM, E. *A 'abordagem das capacidades' na teoria de Amartya Sen sobre o desenvolvimento humano*. Revista Jurídica. v.1. n.54. 2019, pp.173-192.

CHEVALLIER, J. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DAMMELE, G.; MASTROAOLO, M.; PALLANTE, A.; RADICONI, F. *On Legal Argumentation Techniques: Towards a Systematic Approach*. Frontiers in Artificial Intelligence and Applications, 2011. Disponível em: <<http://www.di.unito.it/~radicion/papers/dogliani11legal.pdf>>

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. *A decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo*. In: *STF e direitos fundamentais*. (Org.) ANJOS FILHO, R. N. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 139-154.

DWORKIN, R. *A matter of principle*. Harvard University Press, 1985.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*. In: *Constitutional Justice: East and West*. (Org.) SADURSKI, W. Kluwer Law International. 2002, pp.21-36.

_____. *Constitutional adjudication: Lessons from Europe*. Texas Law Review. n. 82. 2004, pp.1671-1704.

GÜNTHER, K. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HELD, D. *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*. Cambridge, Mass.: Polity, 1995.

KLAFKE, G. F.; PRETZEL, B. R. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direito. v.1. n.1. 2013, pp.89-104.

MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAJONE, G. *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*. Journal of Public Policy, v.17. n. 2. 1997, pp.139-167.

MARTINUSSEN, J. D. *Society, State & Market: A guide to competing theories of development*. Londo: Zed Books, 1997.

MENDES, C. H. *O projeto de uma corte deliberativa*. In: *Jurisdição constitucional no Brasil*. (Org.) H. M. PINTO, H. M. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo. 01/02/2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>

MORAN, M. *Understanding the Regulatory State*. British Journal of Political Science. v.32. n.2. 2002, pp.391-413.

MOREIRA, A. M. *O direito à educação domiciliar*. Brasília: Editora Monergismo, 2017, 240p.

OLIVEIRA, E. *Bolsonaro assina projeto de lei que pretende regulamentar a educação domiciliar no Brasil*. G1. 11/04/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/04/11/bolsonaro-assina-projeto-de-lei-que-pretende-regulamentar-a-educacao-domiciliar-no-brasil.ghtml>>

OLIVEIRA, F. L. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”*. Revista de Sociologia Política. v. 20. n. 44. 2012, pp.139-153.

OST, F.; KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.

RANIERI, N. S. *Direito à educação: aspectos constitucionais*. Nina B. S. Ranieri (coord.); Sabine Righetti (org.). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

_____. *O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal*. Proposições. v.28. n.2. 2017, pp.141-171.

_____. *Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: MORAES, A. (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, pp.183-200.

RAMOS, L. O. *A argumentação do STF em recursos extraordinários*. In: *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. (Org.) DIMOULIS, D. CUNHA, L. G. RAMOS, L. O. São Paulo: Direito GV, 2014, pp.97-102.

REGINATO, A. A. *Uma introdução à pesquisa documental*. In: *Pesquisar empiricamente o direito*. (Org.) MACHADO, M. R. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp.189-224.

RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, C. R. *Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas*. São Paulo: Revista Direito GV, 10(2), 2014, pp.615-638.

ROSANVALLON, P. *La crise de l'État-providence*. nouv. ed. Paris: Seuil, 1992.

SEN, A. *Equality of what? The Tanner Lecture on Human Values*, Stanford University. 1979, pp.197-220.

SILVA, G. B. *Educação e desenvolvimento nacional*. Revista Brasileira de História da Educação. n.6. 2003, pp.177-216.

SILVA, V. A. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, 2009, pp.197-227.

_____. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law. v.11. n.3. 2013, pp.557-584.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos. v.8. n.2. 2003, pp.257-301.

TSEBELLIS, G. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. Revista Direito GV. v.4. n.2. 2008, pp.441-463.

VOJVODIC, A. M.; MACHADO, A. F.; CARDOSO, E. C. Escrevendo um romance primeiro capítulo: Precedente e processo decisório no STF. Revista Direito GV. v.5. n.1. 2009, pp.21-44.

XAVIER, C. *Educação domiciliar no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Angelicum, 2019, 104p.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal. v.115. n.6. 2006, pp.1346-1406.

ZANARDINI, I. S. *A reforma do Estado e da educação no contexto da ideologia da pós-modernidade*. Perspectiva. v.25. n.1. 2007, pp.245-270.