

LUIZA BRAGA DE OLIVEIRA
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

João Monlevade
2018

LUIZA BRAGA DE OLIVEIRA
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João Monlevade,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito .**

**Área de concentração: Direito
Constitucional e Direito das Famílias.**

**Profa. Orientadora: MSc. Renata
Martins de Souza.**

**João Monlevade
2018**



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR, elaborado pela aluna LUIZA BRAGA DE OLIVEIRA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

João Monlevade, ____ de dezembro de 2018

Nome Completo

Prof. Orientador

Nome Completo

Prof. Examinador 1

Nome Completo

Prof. Examinador 2

Dedico esta monografia a Deus,
por me guiar em todas as
etapas da minha vida, bem
como à minha família, que me
proporcionou todo apoio
necessário.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por sua infinita bondade, que iluminou meus pensamentos e encorajou-me a questionar as realidades vividas, podendo, assim, propor um novo mundo de possibilidades.

Aos meus pais, aqueles que de forma especial me apoiaram ainda que em pouco compreender o tema proposto. Demonstrando-se receptivos e positivamente diligentes quanto à temática escolhida.

À minha querida professora e também orientadora Renata Martins de Souza, por sua excelência em ensinar. Agradeço pelo incentivo na escolha do tema e por guiar as linhas deste trabalho com zelo inquestionável.

Aos meus amigos pelo apoio e ideias trocadas, a Dra. Renata Godinho por dividir comigo seu acervo pessoal e pela experiência como Defensora Pública nessa comarca, fatos que contribuíram de forma significativa para elaboração desta monografia.

É com vocês que quero compartilhar esta conquista e dizer muito obrigada por fazerem parte da minha trajetória. A todos vocês, o meus sinceros agradecimentos.

“A educação é a ferramenta mais poderosa que podemos usar para mudar o mundo.” (MANDELA, Nelson, 2003, p.02).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGV	Agravo
ANED	Associação Nacional de Educação Domiciliar
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LDBEN	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MEC	Ministério da Educação
MS	Mandado de Segurança
PUC	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
OIT	Organização Internacional do Trabalho

RESUMO

As questões propostas que permitiram a construção deste ensaio surgiram com base na curiosidade de melhor entender a finalidade da educação domiciliar, bem como sua legalidade e execução. Neste contexto, propôs-se a refletir a respeito de algumas questões que surgiram no ordenamento jurídico e que causaram grandes impactos numa sociedade em que o ensino institucional ainda enfrenta bastantes obstáculos. A partir deste norte, buscou-se aprofundar o estudo com recorte numa análise crítica sobre implicações jurídicas relativas à educação domiciliar, dentro de um ordenamento jurídico que ainda não possui previsão legal para tal modalidade educacional, focando-se, por isso, nos direitos fundamentais existentes para inferir nessa temática. A pesquisa, essencialmente bibliográfica, foi pautada na análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudências sobre o tema, ou seja, sobre o reconhecimento – ou não – dessa espécie de educação no meio jurídico constitucionalmente no âmbito institucional e familiar. Partindo, assim, da máxima de que o Direito deve dar toda atenção necessária à tutela do indivíduo como ser humano, a pesquisa avançou para além da possibilidade do reconhecimento desses arranjos educacionais, analisando as consequências destes juridicamente e socialmente. Ao final, chegou-se à conclusão de que para resolver o impasse deve-se recorrer ao processo democrático de legiferação, fonte de toda legitimidade, na medida em que só este é capaz de garantir condições equânimes de inclusão na deliberação.

Palavras-chave: Educação domiciliar. Direitos fundamentais. Democracia deliberativa.

ABSTRACT

The issues that allowed us to obtain a method of assessing the quality of life in the country, as well as its legality and execution. This context, it was proposed to reflect on some issues that arose in the legal system and which had the greatest impact in a society where institutional education still had enough obstacles. From this north, the study was sought on how to respond to legal issues related to home education, within a legal framework that is not yet legally established for such an educational modality, focusing, therefore, on the existing fundamental rights to infer in this theme. The research, mainly bibliographical, was or not about the analysis of doctrinal positions and jurisprudence on the subject, that is, about the recognition - or not - of this type of education in the juridical environment constitutionally no institutional and family time. Starting from the maxim that the right should be a requirement of attention to the individual as a human being, an advanced search beyond the possibility of receiving such educational arrangements, analyzing themselves as legally and socially. In the end, it was concluded that the process of decree must be applied to the democratic process of legitimation, source of all legitimacy, to the extent that there can be a democratic recourse to legalization.

Keywords: Homeschooling. Fundamental rights. Deliberative democracy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
3	DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
3.1	Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	17
3.2	Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	18
3.3	Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	20
3.4	Direitos fundamentais de quarta dimensão.....	22
3.5	Direitos fundamentais de quinta dimensão.....	23
4	EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL DE SEGUNDA DIMENSÃO.....	24
5	EDUCAÇÃO DOMICILIAR.....	30
5.1	Conceito do Instituto da educação domiciliar.....	32
5.2	Argumentos favoráveis e contrários à liberação da educação domiciliar.....	33
6	DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	38
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado no presente projeto, qual seja, a discussão acerca da constitucionalidade da educação domiciliar no Brasil, versa sobre assunto de grande relevância no âmbito social, tendo em vista que é uma modalidade educacional realizada no domicílio do aluno, sob a justificativa de insatisfação das famílias brasileiras com o ensino atual, tais como, de cunho religioso, moral, entre outros.

Ou seja, estas famílias que desejam adotar a prática da educação domiciliar acreditam que a matrícula em instituição escolar não significa que os estudantes estejam realmente aprendendo, tão pouco consentem com a ideia de que as escolas brasileiras são capazes de fornecer o desenvolvimento completo dos seus alunos.

Para parte dos operadores do direito, porém, o pensamento destas famílias estaria supostamente em conflito com o aquilo que restou estabelecido pelo legislador brasileiro, tendo em vista que o ensino institucional realizado em domicílio destes estudantes é proibido e considerado crime no Brasil, conforme estabelece o artigo 246 do Código Penal, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) nº 9.394/96. Ou seja, o atual ordenamento jurídico brasileiro obriga os pais ou responsáveis a matriculem seus filhos nas escolas a partir dos quatro anos de idade, garantindo a permanência destes nestas instituições.

Dessa forma, o legislador enfoca que a instituição escolar, afastada do domicílio das crianças, tem como fundamento a convivência em sociedade, instalando-se o respeito e transmissão do conhecimento por pessoas especializadas, que são devidamente preparadas para fornecerem a verdadeira alfabetização destas crianças.

Nota-se que há intensa discussão jurídica e doutrinária acerca da possibilidade da instrução escolar realizada diretamente pela família, desvinculando o Estado de tal função. Diante deste conflito, é possível afirmar que a modalidade da educação domiciliar seria compatível com os ditames estabelecidos constitucionalmente? Por se tratar de questão controversa, justifica-se a necessidade do presente estudo.

Sendo assim, a pesquisa se embasa na Constituição da República de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Diretrizes e Base da Educação (Lei nº 9434/96), no projeto de Lei nº 3179/2012, e, principalmente, o Recurso Extraordinário nº 888815 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de setembro

de 2018. A pesquisa ainda tem como referencial teórico autores como Ferreira (2015), Lenza (2014), Giusti (2012), dentre outros.

Para a concretização da presente pesquisa, utilizou-se a metodologia bibliográfica, no tocante a livros e artigos científicos direcionados ao tema, diretamente ou indiretamente.

Quanto à tipologia aplicada, usou-se o método indutivo, tendo em vista que este considera o conhecimento baseado na experiência.

No tocante à generalização, esta decorre de observações de situações reais e concretas, ordenadas por constatações particulares.

No que tange à abordagem, esta é qualitativa, tendo em vista a finalidade de aprofundar e abranger as relações e ações humanas, a partir de fenômenos sociais.

Acerca dos objetivos, a pesquisa é descritiva, ao expor os fenômenos, a frequência dos acontecimentos dos fatos, características e natureza.

Por meio de minuciosa análise sobre a questão central, a (in) constitucionalidade da educação domiciliar, a proposta do trabalho é a divisão do conteúdo em seções, sendo: a evolução da educação, apontamento dos dispositivos constitucionais e civilistas que se relacionam com o tema e, a evidenciação de certames doutrinários e jurisprudenciais, e por fim, o reflexo no âmbito do direito constitucional e familiar.

Sem esgotar o tema que, por si só, extrapola a questão jurídica, tendo suas bases também em questões culturais e sociais diversas, pretende-se contribuir com a discussão, já que é função precípua de uma sociedade justa, tutelar a educação como um direito constitucional fundamental.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor compreensão dos preceitos inerentes a educação domiciliar, necessário se faz apresentar a evolução histórica dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes surgiram com o progresso histórico e social dos indivíduos.

Assim, para que existisse uma sociedade justa, baseada no respeito mútuo entre a nação e o poder estatal, foi necessário inserir a dignidade da pessoa humana como um fundamento supremo, como um princípio acima de todos os outros presentes no ordenamento jurídico, no qual possibilita o exercício dos demais direitos existentes.

Os direitos fundamentais se originaram, principalmente, em razão da incisiva incidência da religião e das orientações filosóficas na antiguidade, nas quais buscavam coordenar e conter os abusos do Estado, para que a sociedade usufrísse de direitos que permitissem os indivíduos subsistissem dignamente.

Assim, por meio da intensa crença religiosa baseada na manutenção da fé monoteísta, na qual acreditava em um mundo criado por apenas um Deus transcendente, os direitos fundamentais tornaram-se inescusáveis.

Ocorre que as teorias religiosas enfraqueceram, e foram supridas pelo surgimento dos pensamentos filosóficos do século V a.C, que ponderavam a importância do saber lógico da razão. Conforme sustenta Giusti (2012, p. 9) “o indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade.”

Dessa forma, o enfraquecimento dos ensinamentos religiosos pelas orientações filosóficas, instituíram novos questionamentos e o homem passou a ser o elemento principal das análises e reflexões, fazendo nascer o posicionamento jusnaturalista, no qual ampara que a partir do momento da existência do ser humano este já é sujeito de direitos naturais, os quais são inalienáveis e irrenunciáveis.

Nesse sentido, corroboram os ensinamentos de Neto (2011, p. 19):

O jusnaturalismo é uma corrente doutrinária que defende a existência do direito natural (*ius naturale*): um sistema de normas de conduta intersubjetivas discrepante do sistema formado pelas leis impostas pelo Estado (direito positivo). Segundo a doutrina, o direito natural é anterior até mesmo à formação do próprio estado, sendo oriundo da vontade divina ou decorrente da razão humana. O direito natural tem validade em si próprio bem como antecede e supera o direito positivo. Em caso de conflito entre uma norma natural e uma norma positivada, aquela que prevaleceria sobre esta, uma vez que a validade de todo arcabouço jurídico seria oriunda das leis naturais.

Com isso, ao considerar o indivíduo como um sujeito detentor da autonomia intelectual, moral e, principalmente, individual, criou-se a existência dos direitos humanos, que assegura a própria condição humana, e que desse insurgiu os direitos fundamentais, buscando afastar da sociedade o poder exacerbado do ente estatal.

Assim, os direitos fundamentais objetivam fazer com que os indivíduos possam exercer livremente o papel de cidadão, ao criar direitos sociais, econômicos, culturais, dentre outros, os quais estão intimamente ligados à função democrática, atribuindo ao poder político à edição de normas no interior dos Estados, como funciona no âmbito internacional, tendo em vista que os direitos humanos são positivados nos tratados internacionais.

Necessário ressaltar que há uma diferença ao se tratar de direito fundamental e de direitos humanos, tendo em vista que estes dois não se confundem, uma vez que o primeiro está introduzido no direito constitucional positivado de um Estado específico, enquanto que os direitos do homem estão inseridos aos diplomas internacionais.

Dessa forma, “os direitos fundamentais nada mais são do que a incorporação dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado, mas não basta que estes direitos sejam positivados é essencialmente necessário que tenham efetividade.” (GIUSTI, 2012, p. 11).

Assim, os direitos naturais intimamente ligados à existência humana foram acolhidos e positivados em constituição estatal como direitos fundamentais, tendo em vista que sob o estímulo dos posicionamentos jusnaturalistas, proporcionam aos indivíduos direitos naturais, sendo estes inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis.

A Declaração de Virgínia criada no ano de 1776 é considerada o primeiro registro do surgimento dos direitos humanos, haja vista que esta assevera que os homens são iguais pela sua própria natureza.

Entretanto, há uma discordância quanto ao surgimento dos direitos fundamentais constituídos entre a Declaração do Povo da Virgínia, no ano de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem, a qual foi reconhecida no ano de 1789 pelos franceses, que marca a passagem dos direitos inerentes às liberdades legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

A liberdade e a igualdade foram reconhecidas também no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual diz: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na

utilidade comum.” (RUSSOMANNO, 2014).

Logo após, juntamente com os ideais acima mencionados, a fraternidade foi reforçada na Declaração Universal de Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1948, através da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Acerca da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal de Direitos Humanos, assim diz Giusti (2012, p.11):

A proclamação dessas duas Declarações foi uma forma encontrada pela burguesia de abolir os privilégios conferidos ao clero e a nobreza, portanto, a criação dos novos direitos não teve objetivo principal defender a parcela mais frágil da sociedade de então e sim, tornar o governo mais responsável perante os direitos da classe burguesa. Com a expansão do comércio, para promover o crescimento econômico foi necessário a criação de meios que limitassem o arbítrio do poder político com o intuito de dar maior segurança e certeza na vida dos negócios. Assim, sem a criação de novos direitos não haveria a limitação do poder do Estado e certamente o capitalismo não teria prosperado.

No que tange a Revolução Francesa, esta foi apta a modificar o modo de viver da sociedade, haja vista que tanto a população francesa almejava a criação de novos direitos por parte do ente estatal, em detrimento das novas imposições e conflitos, sendo imperiosa a criação de novas modalidades de garantias legais, os quais precisaram de instrumentos jurídicos eficientes para proporcionar a concretização no âmbito social, bem como assegurar a sua tutela jurisdicional por parte do ente estatal.

Sendo assim, a Declaração de Virgínia, bem como a Declaração Francesa, garantiram estas novas modalidades de direitos, por sustentar que os homens possuem direitos naturais inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, dos quais necessitavam dos direitos fundamentais para reafirmar a existência dos direitos dos homens.

Quanto aos direitos fundamentais, necessário destacar os dizeres de Giusti (2012, p.13):

Muito embora tanto a Revolução Francesa quanto a Declaração de Virgínia, sejam consideradas marcos históricos na positivação de direitos fundamentais, direitos que visam assegurar uma vida mais digna, livre da opressão de qualquer ente Estatal, o problema que permeia sobre tais direitos é sua eficácia, seu respeito e seu reconhecimento.

No que tange à Revolução Industrial, que ocorreu no século XIX, sucedeu em razão da população desfavorecida economicamente migrar do campo para a cidade em busca de emprego, a qual foi submetida a jornadas e condições desumanas de trabalho, formando uma nova classe social, qual seja, proletariado.

Assim, devido às condições desfavoráveis e indignas de trabalho, a classe trabalhadora organizou uma reivindicação de garantias legais, fazendo com os nobres empregadores, coligados com o ente estatal, criassem novos direitos, os quais estão dispostos na Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, conforme aduz Giusti, (2012, p. 13).

Assim, é possível perceber que os direitos fundamentais surgiram em consequência de objeções e descontentamentos por parte da população, que vivia em circunstâncias injustas e agressivas, e por meio de reivindicações, conseguiram fazer com que o poder estatal reconhecesse, bem como afirmasse os direitos fundamentais, os quais estão intrínsecos a dignidade da pessoa humana, que se sobressai a qualquer ordem jurídica.

Ou seja, os direitos são modificados em decorrência do desenvolvimento da sociedade, tendo em vista que em cada situação histórica existe a indigência da criação de novos dispositivos legais que possam suprir as ausências existentes, ou seja, criam-se direitos, bem como extingue outros, de acordo com as necessidades da sociedade. (GIUSTI, 2012, p. 14).

Logo, diante destas evoluções sociais e históricas, os direitos fundamentais encontram-se determinados em algumas fases de evolução, sendo estas denominadas de dimensões.

3 DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Necessário se faz abordar a evolução dos direitos fundamentais, em razão da importância que estes trouxeram aos indivíduos, por ser uma consequência da Revolução Industrial ocorrida no século XIX, já que houve maior urgência em assegurar a proteção ao labor, à saúde, educação, dentre muitos outros, os quais são amparados nos dispositivos da Constituição da República de 1988.

Os direitos fundamentais são abordados como gerações ou dimensões de acordo com a sua evolução, sendo utilizado pela doutrina atual o termo “dimensão”, por entender que os novos avanços destes direitos não desamparam os anteriores. (LENZA, 2014, p. 1056).

Nesse sentido, assim diz Mendes (2014, p.1):

[...] Desse modo, a liberdade, a igualdade e a fraternidade conquistadas pelos Direitos Fundamentais, sendo tidas como dimensões, demonstram que a primeira não inibe a próxima, ou seja, que não há necessidade de se abrir mão de sua liberdade para conquistar sua igualdade, posto que possuem como característica a interdependência. Os iluministas disseminaram seus ideais tornando-os referência para que a humanidade viesse a elaborar sua legislação, tendo na dignidade da pessoa humana seu alicerce fundamental. Com essa base, temos as dimensões dos Direitos Fundamentais.[...]

Assim, essa diferenciação entre as dimensões dos direitos fundamentais, possui apenas o designo de estabelecer as distintas ocasiões em que estes direitos manifestam-se como imposição do povo que foram adotadas pelo ordenamento jurídico, com a evolução das sociedades, conforme expõe Giusti (2012, p. 19).

Necessário ressaltar que as dimensões dos direitos fundamentais são marcadas por progressos, regressos e contrassensos, os quais ocorreram por meio de um processo dinâmico e dialético, intrinsecamente conectados ao jusnaturalismo.

Conforme expressa Lenza (2014, p. 1056), em razão de a Revolução Francesa ter como lema a liberdade, igualdade e fraternidade, estes foram considerados como direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, os quais se estenderam para quarta e quinta dimensão.

Ainda, sobe a fragmentação desses direitos em dimensões, nos ensina Maranhão Junior (2010, p.7):

A sedimentação desses direitos fundamentais como normas obrigatórias e reitoras de conteúdos ético-jurídicos, é resultado da maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas.

Dessa forma, em razão da imprescindibilidade dos direitos fundamentais e sua consequência para a sociedade, por estar intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, é inescusável apontar as particularidades que cada dimensão possui, já que todas elas fazem menção à direitos de natureza diversas que possuem a função de limitar o poder e os atos do Estado a favor de determinados valores.

3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram em meados do século XVII, XVIII e XIX e são aqueles que abrangem as liberdades públicas, direitos civis e políticos, enfatizando com suma importância a liberdade.

Nesse diapasão, interessante fazer remissão aos dizeres de Maranhão Júnior. (2010, p.13):

A primeira delas engloba uma gama de direitos reivindicados nas revoluções americana e francesa, representados pelo ideal de liberdade, constituindo os chamados direitos individuais, também denominados de direitos civis e políticos, inspirados pelo Estado liberal.

Assim, antes da existência do direito fundamental de primeira dimensão, o Estado não proporcionava plenamente a autonomia e a liberdade dos indivíduos, já que não havia a real preocupação com a subsistência digna dos homens, impedindo que este exercesse sem receio sua liberdade, segundo Maranhão Júnior. (2010, p.13). Percebe-se então que os direitos de primeira dimensão são oriundos do Estado Liberal e em decorrência das revoluções burguesas do século XVII e XVIII, e eram os únicos que estavam normatizados em Constituições. Já no Brasil, estão positivados desde a concepção da Constituição de 1824.

Ainda, alguns documentos históricos marcaram a existência desta dimensão, sendo eles a Magna Carta de 1215, a qual foi assinada pelo rei “João Sem Terra”, a Paz de *Westfália* de 1648, o *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1688, a Declaração Americana de 1776, a Declaração Francesa de 1789.

Ainda, sobre os direitos fundamentais de primeira dimensão, assim conceitua Lenza (2014, p. 1056):

[...] Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burgês do século XVIII. Tais direitos dizem respeito às

liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade.[...]

Dessa forma, a liberdade de uma sociedade é impetrada quando esta designa estruturas de gestão de uma nação por meio de seus governantes, nos quais são escolhidos por meio da democracia, ou seja, nas eleições, por ser um exercício que limita o poder estatal, consoante expõe Maranhão Júnior (2010, p.14).

Ainda, esta dimensão de direitos enfatiza a liberdade privada, sendo esta um mecanismo de autoproteção dos indivíduos em oposição às intervenções estatais.

Logo, são direitos oponíveis ao Estado, por possuírem a natureza de resistência em razão da sua grandiosa demanda. Ou seja, os direitos de primeira dimensão impõem ao Estado o dever principal de não fazer, de não colocar seus atos em ação, bem como de não intervir na liberdade pública de cada indivíduo.

Como diz Martins Júnior, (2017, p. 748): “São direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Assim, conclui-se que são direitos subjetivos, já que os indivíduos são titulares destes direitos, quanto ao Estado, este detém o dever principal de não fazer, e ainda possui o dever secundário de fazer, sendo este o de garantir a liberdade pública da sociedade.

3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram em meados do século XIX com a Revolução Industrial europeia, em detrimento das inapropriadas condições de trabalho.

Grandes movimentos que demonstraram a insatisfação da população ocorreram, em destaque tem-se o Cartista, na Inglaterra e a Comuna de Paris, no ano de 1848, que visavam reivindicar direitos trabalhistas e assegurar melhorias no que tange a assistência social.

Ainda, é importante ressaltar que com a Primeira Guerra Mundial, ocorrida no início do século XX, os direitos fundamentais tiveram uma grande relevância.

Segundo Lenza (2014, p. 1057), os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, correspondem aos direitos da igualdade ainda que de forma substancial, real ou material.

Estes direitos sociais voltados à igualdade marcaram alguns documentos, quais sejam, a Constituição do México em 1917, a Constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha, sendo esta conhecida como a Constituição da primeira república alemã e o Tratado de Versalhes em 1919 – OIT.

No Brasil, o primeiro documento que tratava dos direitos sociais de segunda dimensão foi a Constituição de 1934, a partir do seu artigo 121, no qual abordava os direitos do trabalhador, como o salário mínimo, férias anuais remuneradas, a proibição do trabalho infantil, dentre outros.

Nesse sentido, necessário transcrever o artigo 121 da Constituição de 1934, que diz:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

§ 7º - E vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.

§ 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex - officio. (BRASIL, 1934).

Ainda, o seu artigo 149 enfatizava que a educação era direito de todos, devendo ser administrado pela família e pelos entes públicos. Já a saúde pública, era mencionada e assegurada, porém, esta não constituía um capítulo específico, mas encontrava-se expressa em artigos ao longo do ordenamento jurídico da época, conforme aduz Martins Júnior (2017, p. 749).

Assim, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, o Estado tem como dever principal fazer, agir e concretizar políticas públicas, os quais tornem efetivos s direitos constitucionalmente previstos, consoante ensinamento de Maranhão Júnior (2010, p. 749).

Ou seja, os direitos de segunda dimensão são garantias sociais voltadas à saúde, educação, trabalho e assistência aos desfavorecidos.

Nesse sentido, assim diz Maranhão Junior (2010, p.14):

A segunda dimensão está intimamente atrelada aos ideais do Estado Social e à ideia do welfare state, cujo escopo é garantir condições mínimas de vida à população. Representada, portanto, pelo ideal de igualdade, esse conjunto de direitos fundamentais é denominado de direitos sociais ou de direitos econômicos, sociais e culturais. Enquanto os direitos de primeira dimensão, caracterizados pelo ideal de liberdade, demandam, preponderantemente, uma prestação negativa do Estado, os direitos de segunda dimensão necessitam de uma prestação positiva do Estado.

Dessa forma, os direitos sociais fizeram com que o ente público reconhecesse a importância de assegurar aos indivíduos condições dignas de subsistência, bem como a necessidade de proteger a sociedade, sendo considerados garantias jurídicas não oponíveis ao Estado, mas sim, almejam que sejam garantidos e concedidos a todos os indivíduos através de atitudes positivas e ativas do ente estatal. (GIUSTI, 2012, p.16),

3.3 Direitos Fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram em decorrência das nítidas mudanças na comunidade internacional, onde houve intenso crescimento científico e tecnológico, ocasionando excessivas alterações nos vínculos econômicos-sociais, segundo Lenza (2014, p. 1058).

Dessa forma, em razão da preocupação com o meio ambiente, bem como com os benefícios dos consumidores, os indivíduos passaram a conviver em uma coletividade marcada por direitos de solidariedade ou fraternidade, como leciona Lenza (2014, p. 1058).

As primeiras Constituições brasileiras, quais sejam, a de 1824 e 1891, são definidas pela doutrina como liberais, por abordar somente os direitos de primeira dimensão, não apresentando qualquer normatização concernente a proteção do meio ambiente, a qual surgiu através de Lei infraconstitucional, por meio do Decreto 23.793/34, ou seja, pelo Código Florestal de 1934.

No que tange ao texto constitucional, o meio ambiente ganhou proteção em 1937, ao apontar medidas de polícia e defesa das plantas e dos rebanhos contra as doenças e agentes nocivos, em seu artigo 18, que diz:

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

- a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração;
- b) radiocomunicação; regime de eletricidade, salvo o disposto no nº XV do art. 16;
- c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;
- e) medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos;
- f) crédito agrícola, incluídas as cooperativas entre agricultores;
- g) processo judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal. (BRASIL, 1937).

Ainda, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, em seu o artigo 134, retrata os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens, considerando crime contra o patrimônio os atos atentatórios ao meio ambiente.

Nesse diapasão, interessante fazer remissão ao mencionado artigo:

Art. 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. (BRASIL, 1937).

Ressalte-se que as Constituições de 1946 e 1967 não deram prosseguimento ao o ínfimo avanço dado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, já que não abordou a proteção ao meio ambiente, na qual voltou a ganhar importância com a Constituição da República de 1988.

Assim, os direitos fundamentais de terceira dimensão são considerados transindividuais, por resguardar o gênero humano em sua totalidade, sendo um valor universal, como ensina Lenza (2014, p. 1058).

Nesse sentido, assim diz Maranhão Júnior (2010, p.14):

Por fim, os direitos colacionados na terceira dimensão visam a tutelar os direitos difusos e coletivos, e não o homem isoladamente. Representando assim os ideais de solidariedade humana, corroborados pelo ideal da fraternidade, que era o terceiro pilar do movimento iluminista que influenciou de forma consistente a Revolução Francesa de 1789.

Sendo assim, os direitos fundamentais de terceira dimensão pertencem a uma coletividade determinável ou indeterminável de pessoas, com o objetivo de garantir o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente sadio, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e a solução pacífica dos conflitos.

3.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Com a crescente globalização da sociedade, e com a criação do Estado Neoliberal, passou a existir a quarta dimensão de direitos, a qual abrange o direito à informação, democracia e pluralismo.

Esta dimensão de direitos é decorrente dos progressos no âmbito da engenharia genética, que em virtude da utilização do patrimônio genético pode colocar em risco a existência humana, conforme sustenta Lenza (2014, p. 1058).

Sobre a quarta dimensão dos direitos fundamentais, assim nos orienta Giusti (2012, p.18):

Este grupo de direitos é alvo de complexas e polêmicas discussões entre diversos profissionais como biólogos, médicos, juristas, filósofos, sociólogos, psicólogos, teólogos, os quais visam proteger o ser humano de qualquer ameaça preservando sempre seu bem – estar. Como a sociedade está em constante transformação, os direitos acabam acompanhando essas mudanças, e assim vão surgindo novos direitos com o intuito de suprir as necessidades existentes dentro dessa sociedade mutável.

Assim, a quarta dimensão dos direitos fundamentais abrange a manipulação genética, e busca proteger e respeitar os indivíduos, tendo em vista que não é possível determinar com clareza as consequências ocorridas com as manipulações

realizadas pela engenharia genética.

Nesse sentido, assim diz Maranhão Júnior (2010, p.18):

Todas essas propostas são plenamente condizentes com os avanços tecnológicos atuais, notadamente pela política neoliberal e pelo fenômeno da globalização, que permite maior compartilhamento de informações estimulando a cooperação entre os indivíduos e os Estados. Porém, apenas com a sedimentação dos direitos de terceira dimensão, que abrangem a aceitação desses direitos em prol da civilização futura que se terá a maturidade necessária para acrescentar mais uma dimensão protetiva no rol de direitos fundamentais.

Assim, esta dimensão dos direitos fundamentais é oriunda do avanço tecnológico, da ciência genética, do biodireito e da biotecnologia, conforme afirma Martins Júnior (2017, p. 751).

3.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão

No que tange os direitos fundamentais de quinta dimensão, estes estão relacionados à evolução da tecnologia e da cibernética, ou seja, da realidade virtual e da internet.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que a paz deve ser um direito fundamental de quinta dimensão, em razão do valor sublime que possui, por ser considerado um dos maiores direitos conquistado pela humanidade, sendo este um valor supremo e intimamente ligado com a democracia participativa, merecendo estar em uma dimensão autônoma.

Nesse sentido, segue entendimento do jurista e cientista político brasileiro Bonavides (2008, p.86):

A concretização e observância desses direitos humaniza a comunhão social, tempera e ameniza as relações de poder; e faz o fardo da autoridade pesar menos sobre os foros da cidadania.
O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito e todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Destarte, os direitos fundamentais, estão inerentes à sociedade, haja vista os esforços utilizados para conquistar e reconhecer a existência destes, sendo necessário observá-los e respeitá-los, para que assim os indivíduos recebam o tratamento digno, justo e solidário no âmbito social em que vivem.

4 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL DE SEGUNDA DIMENSÃO

A Constituição da República de 1988, em seu capítulo da Ordem Social, compreende artigos imprescindíveis para efetivação do direito fundamental à educação, tendo em vista que reconhece que este é um dever do Estado, e um direito público subjetivo de todos, que objetiva o íntegro crescimento moral e intelectual dos indivíduos, para que este possa exercer a cidadania e assim cooperar com o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, assim diz Glitzenhirn (2015, p.13):

A educação possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à construção da cidadania. É através da educação que o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. A educação, além de passaporte para a cidadania, é meio necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos sujeitos é fundamental.

Assim, a educação é considerada como um meio pelo qual os indivíduos se desenvolvem plenamente, e proporciona a integração com as demais diversidades sociais, ou seja, é um exercício contínuo e interrupto para desenvolver e auferir informações ao longo do tempo, colaborando com o próprio indivíduo e o meio que vive, conforme ensina Glitzenhirn (2015, p.13).

Nesse sentido, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sustenta que a educação tem como pretensão alcançar o absoluto desenvolvimento da individualidade humana, bem como atingir a plena consolidação respeitosa pelos direitos e liberdades fundamentais, na qual propaga a tolerância às nações, grupos raciais e religiosos, em busca da sustentação da paz. (UNICEF, 2017).

Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases (nº 9.394/96), dispõe em seu artigo 1º, que a educação consiste em regimes formativos, que começam no âmbito familiar, no ambiente laboral, no convívio humano, capacitando os indivíduos a refletir sobre tudo o que conhece, fazendo ser o sujeito de sua circunstância histórica, e, ainda, ser capaz de reivindicar seus próprios direitos.

Os direitos fundamentais são agraciados em diversas declarações, sendo as mais importantes a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos

em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais; sendo o Brasil signatário de todos. Assim, percebe-se que a educação e sua suma importância ultrapassa o âmbito nacional, não estando inserida apenas na Constituição da República de 1988 atualmente, mas sim, em diversos diplomas legais internacionais, possuindo um reconhecimento externo.

Nesse sentido, é possível perceber que o Estado tem o dever de elaborar políticas públicas e circunstâncias objetivas capazes de possibilitar o acesso ao sistema educacional, por ser uma norma constitucional de eficácia direta.

Relevante, outrossim, fazer referência aos ensinamentos de Glitzenhirin (2015, p. 15): “O direito fundamental à educação é tem valor incontestável. A educação é vista como um dos direitos sociais mais significativos, para tanto condiciona o Estado ao dever jurídico de concretiza-lo como direito.”

Indubitável asseverar que antes promulgação da Constituição da República de 1988, a educação como um direito social já existia, conforme demonstra a Constituição Política do Império do Brasil em 1824, em seu artigo 179, incisos XXXII e XXXIII, que diz:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...]

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. [...] (BRASIL, 1824).

Dessa forma, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, garantia aos indivíduos à gratuidade da educação primária a todos os cidadãos, bem como o ingresso de alunos em colégios e universidades, nas quais ensinavam ciências, artes e letras.

Assim, desde o Império o legislador preocupou com a instauração cultural na sociedade, priorizando a ciência, artes e letras, pois estas eram as matérias principais da época.

Porém, ainda havia dificuldades neste exercício educacional, tendo em vista que a população mais desfavorecida economicamente não conseguia adentrar aos colégios e universidades, sendo necessária a busca por soluções eficientes.

Por conseguinte, a Constituição Republicana de 1891, trata da educação em seu artigo 72, parágrafo 6º, ao afirmar que não é suficiente o ensino lecionado nas instituições públicas, e, ainda, o seu parágrafo 24 assegura o livre desempenho

profissional, intelectual e industrial, independente do meio a que se destina, pois a educação capacita o indivíduo a exercer qualquer profissão.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, em seu capítulo II do título V, aborda a educação e a cultura, demonstrando a preocupação e engajamento pelo legislador acerca dos direitos sociais, o que levou a criação de diversos conselhos e universidades, entretanto, não fez com que a sociedade brasileira tivesse a plena participação e acesso a esses meios.

Quanto à presença da educação sob a perspectiva de um direito em favor de toda a sociedade, esta foi mencionada pela primeira vez pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1934. Nesta época, a igreja católica propagava que as famílias deveriam ter a liberdade de escolha quanto à educação fornecida aos seus filhos, e o Estado apenas proporcionaria meios efetivos para que isto ocorresse.

Em outro momento, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, não abrange a educação de modo específico, tanto no âmbito federal como estadual.

Porém, no seu artigo 125, privilegiou a família quanto ao ensino, por sustentar que a educação integral dos filhos é considerada um dever fundamental e natural dos pais, não isentando do Estado o dever de contribuir, preponderantemente ou subsidiariamente, com o efetivo desempenho da educação, solucionando quaisquer problemas e lacunas relativas ao ensino em particular, (BRASIL, 1937).

Ainda, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, do ano 1937, no artigo 130, enfatizou a necessidade da obrigação e gratuidade da educação. (BRASIL, 1937).

A esse respeito, oportuno demonstrar o art. 130 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil do ano de 1937:

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

Quanto a Constituição Federal de 1946, seguindo os ditames da Constituição de 1934 e 1937, se dedicou a educação e cultura, porém, de modo mais avançado do que as Cartas anteriores, além de manter a gratuidade do ensino aos hipossuficientes, ponderou a educação como um encargo às empresas industriais, a

fim de que estas proporcionem aos seus trabalhadores menores o acesso à educação.

O título IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 enfatiza também a importância do acesso à educação e a cultura, conforme demonstra os artigos 168 a 172 da referida Carta:

Art.168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

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

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

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

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

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

Art. 169 - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

§ 2º - Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Art. 170 - As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes. Parágrafo único - As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

Art. 171 - As ciências, as letras e as artes são livres. Parágrafo único - O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art. 172 - O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. (BRASIL, 1967).

Dessa forma, percebe-se através dos artigos acima mencionados, que o legislador impôs ao poder estatal o dever de assegurar a educação, haja vista a gratuidade de ensino, sendo necessário apenas comprovar a situação de hipossuficiência.

Necessário ressaltar que a Emenda Constitucional nº 1/69, além de preservar os atributos do sistema da Constituição Federal de 1967, adicionou a probabilidade de intromissão dos Estados nos Municípios quando não aplicado anualmente 20% (vinte por cento) da receita tributária municipal.

Logo após, a Emenda Constitucional nº24/83 alterou este percentual, sendo 13% (treze por cento) para a União e 25% (vinte e cinco por cento) para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como aponta Glitzenhirn (2015, p.17).

Apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que o direito à educação manifestamente evidenciou-se quanto sua importância, tendo em vista que esta carta enfatiza os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, assim diz Queiroz (2013, p.15):

Ao analisar a natureza do direito à educação, é insito ratificar que o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe um olhar mais cidadão para os direitos ali elencados, dentro disso, há uma Carta de intenções mais social, preocupada com o fim mais humanitário. Esta característica pode ser devidamente apontada em seu texto.

O artigo 205 ao 214 da Carta Magna de 1988, sustenta que ente federativo deve fornecer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino, quais sejam, a União 18% (dezoito por cento) e os estados, o distrito federal e os municípios 25% (vinte e cinco por cento), conforme sustenta Glitzehirn (2015, p.18)

Importante ressaltar que a Constituição da República de 1988 destinou aos municípios intervenção prioritária ao ensino fundamental e infantil, já aos estados e distrito federal, estes devem contribuir, de forma prioritária, o amparo ao ensino fundamental e médio.

Assim, é possível perceber que o desenvolvimento da educação ocorreu em decorrência da necessidade apenas de se qualificar para o mercado, em busca de melhoria da economia, e não somente para o avanço dos indivíduos em sociedade.

Nesse tocante, segue a lição de Queiroz (2013, p.14):

Ao longo do processo de formação do Estado Nação- Brasil- é perceptível a pequena participação da população, a fim de solidificar direitos inerentes ao homem. O acesso à educação sempre foi uma preocupação maior dos que necessitam, do que daqueles que estão no poder. Entretanto, as grandes mudanças, dentro do país, infelizmente, vieram do Estado, de forma tímida, mas necessária, devido às inúmeras revoluções que impulsionaram o mundo. Assim, a progressão da educação não foi um ato de caridade do Estado, mas uma necessidade de se manter ativo no mercado que se transformava constantemente.

Assim, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que trouxe a importância e a proteção dos direitos sociais de cunho fundamental, o Estado passou a ser o principal dirigente pela criação e execução de políticas públicas, sendo permitida a sociedade a exigência da efetivação destes direitos, por ser considerado um direito público subjetivo.

Sendo assim, em razão da relevância dos direitos fundamentais e sua incidência nacional e internacional, estes não são passíveis de serem retirados facilmente do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que são considerados cláusulas pétreas, e possuem uma abordagem diferenciada, conforme sustenta Queiroz (2013, p. 29).

Dessa forma, os cidadãos brasileiros possuem com a promulgação da Constituição da República de 1988, bem como os diplomas legais internacionais, o reconhecimento da educação como um direito essencial ao indivíduo, estando resguardado de violações grosseiras e possuem meios, ainda que não plenamente eficazes, de garantir e fornecer o ensino de qualidade, em razão da existência de normas jurídicas que tutelam a implantação.

5 EDUCAÇÃO DOMICILIAR

A educação passou a ser considerada primordial à manutenção do ser humano, tendo em vista que educar desvinculou-se do conceito de apenas repassar saberes formalizados e programáticos, reconheceu-se que através dela o indivíduo alcança toda a extensão do desenvolvimento moral e psíquico.

Nesta perspectiva, a educação é considerada um dever e um direito, tanto do Estado, como da sociedade e da família, pois é por meio desta que as crianças e adolescentes começam a se inserir no meio social, interagindo com diversas pessoas, compondo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, o ensino no Brasil ainda não alcançou a plenitude de sua efetividade, sendo ainda um sistema bastante escasso e insuficiente, e o Estado não encontrou a solução para estas adversidades.

Em razão disso, a insatisfação das famílias brasileiras fizeram com que uma nova modalidade educacional crescesse consideravelmente nos últimos anos, qual seja, o ensino domiciliar, também conhecido mundialmente como *homeschooling*, em razão da descrença destas famílias quanto à legitimidade do Estado em assegurar a educação de qualidade, bem como por acreditarem que o ente estatal não é capaz de proporcionar os objetivos da Constituição da República de 1988 quanto à educação, como ensina Christ (2015, p. 7).

Por conseguinte, a educação domiciliar começou a ser praticada no ambiente residencial, na qual somente os monárquicos possuíam este provento.

Assim, antes do século XIX, a entidade familiar estava inerente em todo o processo de formação dos seus filhos, e atualmente, tem-se uma inversão, pois é nas instituições escolares e nos professores que está toda a responsabilidade quanto ao desenvolvimento moral e ético das crianças e adolescentes, para que estes sejam seres humanos ímpares.

Porém, desde o século XVII esta prática educacional começou a fazer-se presente na vida dos governantes e comerciantes que possuíam condições econômicas superiores, para poder dar aos filhos a capacidade de ler, escrever, filosofar, dentre outros, conforme expõe Christ (2015, p.17).

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral do tema, no ano de 2015, nos seguintes termos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (homeschooling) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Ressalte-se que atualmente a educação brasileira é um serviço público de competência privativa do Estado, o qual poderá exercer diretamente ou indiretamente, a legitimidade jurídica de fiscalizar a qualidade e eficiência no oferecimento do serviço público.

Quanto à família esta possui, sem exclusividade, o direito de integrar-se ao processo educacional de instrução técnica, bem como de formação de suas crianças e adolescentes, tanto moralmente como socialmente.

Cumprido salientar que diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram modificados no dia 03 de agosto de 2009, pela Lei nº 12.010, a qual enfatizou a relevância da convivência no âmbito familiar, ressaltando a permanência da criança e do adolescente sob os cuidados na família natural e de origem, e, excepcionalmente, a família substituta, seja por guarda, tutela ou adoção.

Do mesmo modo, o ECA em seu capítulo IV, título II, ao tratar dos direitos fundamentais, quais sejam, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, expressa com clareza em seu artigo 53 que todo menor detém o direito à educação, tendo em vista que através desta alcança-se a plenitude do desenvolvimento e capacitação para a vida adulta.

Indistintamente, o artigo 54 do ECA aduz ser dever do Estado assegurar o acesso à educação em circunstâncias de igualdade e liberdade a todos os menores de dezoito anos, e em todos os níveis, tanto infantil, fundamental e médio.

Já o artigo 55 do ECA, expressa com clareza que os pais devem matricular as suas crianças e adolescentes em entidade formal de ensino.

No que concerne o sistema de educação escolarizada no Brasil, ressalte-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 – Lei nº 9.394, que aborda com especificidade à escolarização, bem como todas as suas complexidades.

O artigo 1º da LDBEN/96, e seu parágrafo 1º, expõem a educação como um procedimento que compreende a convivência familiar, comunitária, laboral, cultural e, principalmente, que deva ocorrer instituições próprias.

Nessa perspectiva, a educação instituída e formalizada no Brasil, ocorre unicamente por meio da frequência escolar, mas a educação em sentido amplo, proveniente do poder familiar, tem como sujeito ativo a família, tanto pelos pais ou outros responsáveis legalmente.

O risco do afastamento das crianças e dos adolescentes as instituições escolares preocupou o Poder Legislativo, o que é demonstrado através do Projeto de Lei 189 de 01 de junho de 2012, cujo autor é o Senador Cristovam Buarque, ao atribuir aos pais a obrigação de fazerem-se presentes às reuniões, sob pena de restrições e multas, com o intuito de estimular a atuação da família no que concerne à educação dos seus menores.

Não obstante, sob a justificativa de que a instituição escolar fornecida pelo Estado é falha, bem como não cumpre com eficiência a finalidade de proporcionar o íntegro desenvolvimento das crianças e adolescentes, o deputado federal Lincoln Diniz Portela, do Partido Republicano, do Estado de Minas Gerais, criou o Projeto de Lei nº 3.179/2012, sendo uma proposta legislativa que busca adicionar ao artigo 23 da LDBEN/96, a possibilidade de oferecer a educação básica domiciliar.

Assim, em razão do conflito existente em razão da insatisfação destas famílias quanto ao ensino fornecido nas escolas, bem como quanto ao descontentamento à obrigatoriedade do ensino institucionalizado atualmente, estas famílias buscam perante o Poder Judiciário o direito de ensinar seus filhos em casa, tendo em vista que não há normatização expressa no Brasil, nos parâmetros ensinados por Christ (2015, p. 8).

5.1 Conceito do Instituto da educação domiciliar

Nesse sentido, em razão da imprescindibilidade da educação, é determinado aos pais, ou do responsável legal, garantir aos seus filhos a inserção social em ambiente escolar, o que levou muitos destes, por discordar dessa imposição, a buscar pela legitimidade da modalidade da educação domiciliar, também conhecido como *homeschooling*.

Segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED, 2017), o ensino em domicílio poderá ser compreendido como: “uma modalidade de educação, na qual os principais direcionadores e responsáveis pelo processo de ensino-aprendizagem são os pais do educando (aluno).”

Nesse sentido, assim diz Christ (2015, p.9):

O Ensino Doméstico (também chamado de homeschooling) se perfaz no conceito de que os pais ou responsáveis assumam para si o efetivo controle sobre a educação e instrução de seus infantes, fora da instituição escolar, sendo promovida principalmente dentro do próprio lar, não impedindo que, a educação seja ministrada também por tutores particulares.

Esta modalidade de ensino ocorre de diferentes maneiras, sendo ela através de um cronograma de atividades realizado por seus representantes legais, bem como de um estudo livre, por meio das áreas de melhor interesse dos pais e do filho, podendo utilizar dos meios educacionais locais de cada região. Não há empecilho na cumulação de todos estes parâmetros, desde que seja capaz de proporcionar, independente da maneira exercida, a íntegra educação formal aos filhos.

Ressalta-se que esta modalidade educacional não é exercida de forma obrigatória pelos pais, podendo estes ter apenas o controle direto do que está sendo repassado programaticamente aos seus filhos e a progressão destes em cada aula.

Assim diz Christ (2015, p.10):

Essa educação, na modalidade domiciliar, permite aos pais o mais amplo poder de escolha com relação a quem, como, onde e quando se dará o aprendizado dos filhos. É costumeiramente realizada na residência da família, e não obrigatoriamente ministrada pelos pais, mas tendo estes, o controle direto sobre o processo educacional dos filhos.

Logo, tem-se que a educação domiciliar afasta do Estado à autenticidade jurídica de fornecer o serviço público de educação em suas próprias instituições.

Ainda, esta modalidade educacional retira do ente estatal o direito à fiscalização progressiva na formação dos alunos, ou seja, este não verificará a abordagem dos conteúdos programáticos obrigatórios e exigidos pela atual legislação brasileira.

Dessa forma, é notável a existência de um conflito entre o desejo da liberdade de escolha e participação na efetiva educação dos filhos por parte dos pais, e a ausência de tutela jurídica necessária que não restrinja essa liberdade de escolher qual tipo de regime educacional atenda melhor aos interesses dos seus filhos, já que estão obrigados por Lei a realização da matrícula em uma instituição de ensino.

Assim, a educação domiciliar visa efetivar o direito atribuído aos entes familiares, já que para esta modalidade de ensino, os genitores e representantes legais são os principais intendentos à formação pessoal dos filhos.

5.2 Argumentos favoráveis e contrários à liberação da educação domiciliar:

A preferência destas famílias pelo ensino domiciliar alcançou o poder judiciário, tendo destaque o Mandado de Segurança nº 7.407 de 24 de abril de 2002, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que possuía como relator o ministro Francisco Peçanha Martins. No bojo da referida demanda foi julgado improcedente o requerimento dos pais quanto a possibilidade de educação domiciliar dos seus filhos, havendo dois votos vencidos e com diversas considerações, o que repercutiu diversos posicionamentos jurídicos e doutrinários.

Nesse sentido, imperioso ressaltar o voto vencido do ilustre ministro Netto, (2002, p.40):

Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência? Quer-se também dizer que, se existirem pais mais qualificados do que os impetrantes, a esses não se pode negar, igualmente, o direito de opção, no sentido de enviarem seus filhos à escola, se assim entenderem melhor para a prole. O fundamental é aceitar-se o princípio do primado da família em tema dessa natureza.

Do mesmo modo, segue o voto vencido do respeitável ministro Medina, (2002, p.54):

O referido princípio aponta no sentido da valorização da liberdade individual, não nos moldes imperantes na época do Liberalismo, mas uma liberdade responsável e condicionada pelo bem comum. Tem-se que os indivíduos (e as sociedades menores), por sua iniciativa e indústria, devem buscar a realização de seus fins e do bem comum, devendo agir com liberdade, desde que não prejudiquem o bem geral e os demais.

Quanto à resolução do impasse do MS 7.407/02, a respeitável ministra Vaz compartilhou o voto, (2002, p. 47):

Cumprido ressaltar que o papel da família nesse processo, por certo, é fundamental e imprescindível. É uma preciosa fonte de referências. A família, não só pode, deve engajar-se na formação do indivíduo. O que não quer dizer que seja capaz de, sozinha, suprir todos os flancos. Não creio que restringir o processo, limitando os filhos às experiências dos pais, por melhor e mais bem intencionados que sejam, venha a ser uma boa opção.

Considerável também trazer apontar algumas decisões dos tribunais de justiça quanto à permissão da educação domiciliar:

AGRAVO INTERNO. ECA. MEDIDA PROTETIVA. MODALIDADE DE HOMESCHOOLING – EDUCAÇÃO DOMICILIAR. Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito a ser amparado. Decisão mantida, conforme entendimento da câmara. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

No âmbito social, as críticas incidem com maiores proporções pelos profissionais da educação, por sustentarem que esta modalidade de educação fomenta o individualismo e desprezo quanto à democratização da educação, da luta

quanto à existência da escola pública de qualidade, da diminuição das desigualdades, bem como da justiça social.

Os críticos ao tema afirmam que, os pais, ao educarem seus filhos em seu próprio domicílio, acabariam suprimindo a luta contra o combate às desigualdades sociais, culturais, econômicas, bem como sustentam que haveria a perda das funções dos órgãos fiscalizadores e o protagonismo escolar.

Dessa forma, os divergentes desta proposta de ensino fundamentam seus argumentos sob a justificativa de que retirar a obrigação dos pais de matricularem seus filhos em uma instituição escolar, acarretaria prejuízo à socialização destas crianças.

Ainda, a educação domiciliar recebe algumas críticas em outros ramos jurídicos, como o Código Penal, em razão da existência do crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246, ao determinar que a omissão, sem justificativa, pelos pais, quando estes não promovem a educação primária de seus filhos em idade escolar, é punido com detenção de 15 dias a um mês, ou estipulação de multa, enfatizando a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino.

Nesta perspectiva, assim ensina Queiroz (2015, p.659): “o código penal, por sua vez, busca por meio do disposto no seu artigo 246, tutelar o Direito dos filhos em idade escolar receberem o ensino fundamental com o intuito de prepara-los para o convívio social.”

Nesta linha de pensamento, por meio de uma reportagem online, denominada “Projeto de lei a favor do ensino domiciliar tem oposição do MEC”, exposta no Jornal O Globo, por Leonardo Viera, no dia 08 de julho de 2013, ressalta-se a colocação do professor Carlos Alberto Cury, da Faculdade de Educação da PUC-MG quanto ao ensino domiciliar:

[...] quem pratica o *homeschoolling* afirma que uma das razões para educar os filhos em casa é a baixa qualidade do ensino no Brasil. Mas se a qualidade é baixa, devemos melhorar a escola, e não abandoná-la. Além disso, a criança não cria espírito coletivo. Desenvolve-se um individualismo exacerbado [...] (JORNAL O GLOBO, 2013)

Já os defensores da educação domiciliar, afirmam a indevida intervenção do Estado no âmbito familiar, em violação ao princípio da intervenção mínima do Estado na família. Como consequência, a interferência estatal viola a prevalência do direito da família em decidir, com total liberalidade, as questões inerentes à educação e criação, bem como obsta a transmissão das suas convicções familiares,

sendo elas ideológicas, morais, políticas e religiosas.

Conforme expressa Andrade (2014, p. 111), os pais preferem este fenômeno isolado das instituições de ensino, por acreditarem que frequentar o ambiente escolar formal e instituído pelo Estado atual, oferece risco à integridade, tanto física e moral, das crianças e dos adolescentes.

Ainda, Andrade (2014, p. 111) menciona que os pais ou outro representante legal destas crianças, acreditam que a escola não mais atinge sua finalidade original, qual seja, o desenvolvimento íntegro e social das crianças e adolescentes.

Do mesmo modo, menciona Christ (2015, p. 07):

Não obstante a grave crise no sistema educacional, outros fatores como indisciplina, violência, bullying, atentado aos valores morais e religiosos dos alunos e dos pais, doutrinação ideológica, entre outros, fazem com que os pais e responsáveis por crianças e adolescentes, tomem uma atitude radical: tirar os filhos do sistema institucional de ensino para, dentro do lar, ministrar-lhes educação por conta própria, com o chamado Ensino Doméstico.

Porém, no dia 06 de setembro de 2018 o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do recurso extraordinário número 888.815/RS, do qual se concluiu em 12 de setembro de 2018, solucionando parcialmente a problemática envolvida.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, votou favoravelmente ao ensino domiciliar, sob a justificativa de que os responsáveis dos menores optam preferencialmente por conduzir a educação de seus filhos ao invés de colocá-los em uma instituição de ensino em razão da qualidade deste sistema, bem como sustentou que a Constituição da República de 1988 não veda a prática domiciliar institucional.

Os demais ministros, porém (sendo eles: Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio Mello, Edson Fachin, Cármen Lúcia), apesar de entenderem que não há vedação à educação domiciliar diante da Carta Magna, sustentaram que a esfera judiciária não seria o espaço adequado para solucionar a problemática, e sim o parlamento, ou seja, o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, constituído por representantes do povo.

Necessário ressaltar o parecer do ministro Edson Fachin, pois este sustentou em seu voto que, em caso de admissão da educação domiciliar, o Congresso Nacional teria que assegurar métodos fiscalizatórios e executório no prazo máximo de um ano.

Dessa forma, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal entende

que o Parlamento é o competente para avaliar a viabilidade ou não da prática do ensino domiciliar, e que este, caso entenda pela possibilidade deste sistema, teria que criar requisitos de avaliação pedagógica e de socialização, evitando assim a exclusão do sistema escolar institucionalizado de forma que não trouxesse eficiência.

Sendo assim, nos parâmetros expostos por Andrade (2016, p.15) percebe-se que a permissão ou vedação da educação domiciliar é passível de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, por abranger a liberdade individual em oposição aos direitos sociais e ao interesse público.

A decisão do STF, obediente ao princípio da separação dos poderes, reitera tal argumento e demonstra a necessidade da pluralização do debate, o qual deve estar pautado em modelo procedimental de democracia deliberativa, instituto sobre o qual se discorre, de forma sucinta, no capítulo seguinte.

6 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A interferência judicial em âmbitos eminentemente políticos tornou-se uma constante no Brasil nas últimas décadas. Senão vejamos. O Supremo tratou nas últimas décadas de temas de enorme interesse público, tais como a pesquisa com células-tronco; o aborto de anencéfalos; a demarcação de terras indígenas; a implementação do sistema de cotas em universidades; a fidelidade partidária; a distribuição de medicamentos; a liberdade de expressão na imprensa; reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo para fins de previdência (união homoafetiva), multiparentalidade, Habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, dentre outros.

Com efeito, visando a execução de prestações sociais não consolidadas pelo sistema de administração pública, demandas individuais e coletivas buscam cada vez mais a tutela jurisdicional, fazendo com que o Poder Judiciário (do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal) venha a intervir com frequência na execução das políticas públicas. De fato, a ausência de efetividade e precarização dos direitos econômicos e sociais só faz aumentar a busca pela atuação do Poder Judiciário, contribuindo, assim, para o protagonismo social e político deste poder, que passa a tratar diretamente de matérias tradicionalmente reservadas ao exercício da deliberação política em sentido estrito.

A expressiva judicialização de questões políticas e sociais encontra, porém, críticas por parte daqueles que defendem a aplicação de um conceito mais rígido de separação de poderes e que argumentam que os membros do Judiciário não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários.

Sobre o assunto, assim diz Oliveira, et. outros, (2017, p. 173):

Neste sentido, a Judicialização da Política será mensurada pela frequência em que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Para o filósofo Habermas (FERREIRA *apud* HABERMAS, 2015, p. 164¹) a postura criativa do tribunal não estaria conectada com o procedimento específico de

¹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. Jurisdição Constitucional Agressiva, p.164 *apud* HABERMAS.

formação das normas legítimas, e acaba por implicar em nefasto detrimento dos verdadeiros destinatários das normas. O ativismo implicaria, ademais, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

A democracia deliberativa foi criada pelo alemão Jürgen Habermas e consiste nas discussões de um determinado grupo, baseado na comunicação entre os indivíduos, impondo limites aos grupos hierarquicamente superiores e protegendo os inferiores.

Com efeito, Habermas sustenta que o Tribunal não deve e não pode ser ativo em questões relativas ao conteúdo de um consenso válido, ou seja, não pode revisar o conteúdo de uma produção legislativa legítima, devendo o mesmo apenas assegurar a autodeterminação deliberativa de elaboração do direito. O tribunal não deve, pois, figurar como o guardião da Constituição e sim como o guardião da democracia deliberativa, garantindo o processo democrático.

No caso sob análise (educação domiciliar) é possível aferir que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal corresponde aos anseios da Democracia Deliberativa, a qual é definida como uma possibilidade de argumentar e discutir assuntos a serem decididos em prol da sociedade, sendo um sistema que abrange a comunicação dos indivíduos envolvidos no processo decisório de algum tema específico.

Acerca do assunto, assim aduz Oliveira, et. outros, (2017, p.175):

[...] processo baseado na comunicação entre os indivíduos, não desprezando a ideia de que os indivíduos envolvidos são tratados de igual forma. Além disso, os grupos em minoria são protegidos pelo sistema, que impõe limites aos grupos majoritários. Neste contexto, existindo o conflito entre o constitucionalismo e a democracia, exsurge a democracia deliberativa que exalta o conflito, como modo prevalente da tomada de decisões.

Nesse sentido, imperioso fazer menção ao Estado de Direito, tendo em vista que este possui a finalidade de suprimir o abuso de poder do ente estatal, subordinando este às regras gerais, abstratas e não retroativas, e para alcançar esse objetivo, os cidadãos devem usufruir de meios cognitivos para prognosticar as decisões a serem tomadas pelo poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como dispõe (OLIVEIRA, et. outros, 2017, p. 165).

Além disso, a democracia deliberativa existe para impedir com que esta Judicialização Política ocorra de forma exacerbada, pois é nesta modalidade democrática que é encontrado o adequado procedimento decisório, por garantir a

liberdade e igualdade entre os órgãos estatais, haja vista que estes são os pilares do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é cogente que o poder decisório não esteja contido apenas em um só um dos poderes, ou seja, unilateralmente, devendo ser distribuído de forma isonômica entre os órgãos estatais, a fim de que um possa controlar o outro.

Neste sentido, colaciona-se posicionamento de Oliveira, et. outros, (2017, p. 166): “A este sistema normativo-constitucional, denominou-se ‘freios e contrapesos’, no qual a principal ideia é a interpenetração das funções do Estado. Assim, as funções são divididas entre os órgãos existindo uma nítida cooperação entre os poderes.”

Cumprir destacar o artigo 2º da Constituição da República de 1988, que diz: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Ou seja, através da especialização funcional e a independência orgânica de cada poder, busca-se o equilíbrio entre as funções de cada órgão.

Sendo assim, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, por ser considerado o guardião da Constituição da República de 1988, detém o dever de fiscalizar a participação popular e conter as discriminações em favor dos direitos políticos, a manutenção e o funcionamento do processo decisório, garantindo a liberdade de expressão, o direito de reunião, da associação partidária e o direito ao voto, assegurando a democracia como a principal norteadora do pensamento político moderno.

Sobre o assunto, segue o brilhante entendimento de Oliveira, et. outros, (2017, p. 167):

A democracia tem como principal fundamento a preocupação com a participação do indivíduo no processo decisório sobre a política. Uma norma só é legítima quando os seus destinatários participam do processo de elaboração, ou seja, deve haver uma harmonia, um equilíbrio, entre governantes e governados. E, por conseguinte, uma isonomia entre os governados. É imprescindível que a democracia seja uma forma de governo para que a soberania popular seja efetiva, além disso, é necessário que ela seja aplicada também fora do âmbito eleitoral.

Dessa forma, é necessário ponderar que na esfera pública democrática os cidadãos devem, de forma igualitária, debater, opinar e argumentar assuntos que abrangem seus interesses, influenciando as decisões políticas. (SILVA, 2016, p.21)

Assim, além da representação política, é necessário haver a participação

ativa dos cidadãos acerca das decisões tomadas na esfera pública.

Sobre o assunto, necessário ponderar os ensinamentos de Silva (2016, p.21):

Nesse contexto, a discussão adquire natureza mais pragmática: trata-se de criar instituições que permitam a influência direta dos cidadãos nos rumos da ação estatal, o que frequentemente supõe a deliberação em instituições participativas, assim como o controle social (ou dos cidadãos) sobre a gestão pública, de forma a aumentar a transparência do processo decisório e as possibilidades de responsabilização dos agentes públicos por eventuais desvios.

Ressalte-se que esta inclusão social no tocante às decisões públicas se fortaleceu com a promulgação da Constituição da República de 1988, por estar repleta de princípios democráticos que foram alcançados por meio da mobilização da sociedade que buscava maior participação política, bem como expandir e melhorar os serviços públicos.

Acerca do exposto, segue o posicionamento de Macedo (2016, p.13):

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o Brasil se tornou um país com uma diversificada e complexa estrutura de participação social. Iniciativas inovadoras surgiram no país que levaram a mudança de paradigma na democracia e na gestão do Estado, possibilitando a ampliação da participação popular nas decisões governamentais em espaços institucionais, abrindo oportunidade para uma democracia mais intensa.

Sendo assim, percebe-se que a esfera pública é destinada à deliberação comunicativa, de forma que os entes estatais interagem uns com os outros, provocando a apreciação de todos, tendo em vista que a sociedade brasileira é democrática.

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 888815, de forma a designar a competência do Poder Legislativo para regularizar a situação do ensino domiciliar no Brasil, atingiu a finalidade da Democracia Deliberativa, permitindo que haja a ampla participação popular, tendo em vista que o Poder Legislativo é constituído de representantes eleitos pelo povo brasileiro, evitando assim, atos arbitrários e contrários à vontade popular.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa, que teve por objetivo a análise da compatibilidade da educação domiciliar com os ditames estabelecidos constitucionalmente, restou demonstrada a colisão entre os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e a incerteza da permissão quanto ao ensino programático no domicílio do aluno.

O direito à educação está inserido no contexto dos direitos sociais, econômicos e culturais, os chamados direitos de segunda dimensão, no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição da República de 1988 a enuncia como direito de todos, dever do Estado e da família, com a tríplice função de garantir a realização plena do ser humano, inseri-lo no contexto do Estado Democrático e qualificá-lo para o mundo do trabalho.

Segundo a legislação pátria, é possível afirmar que compete prioritariamente ao Estado à garantia do Ensino Fundamental obrigatório e gratuito, portanto cabe as famílias matricularem e acompanharem os seus filhos no processo de aprendizagem, a fim de que não venham a responder criminalmente por abandono intelectual, ou seja, não garantir a instrução primária aos seus filhos.

Alguns, porém, amparados na insatisfação de algumas famílias brasileiras quanto ao ensino institucional oferecido às suas proles por parte do ente estatal, sustentam que a *homeschooling* está em consonância com o princípio fundamental da República do pluralismo político e compatível com o sistema jurídico-legal em vigência, dispondo a família do direito ao exercício da liberdade educacional quanto à prioridade na escolha da direção na criação e educação dos filhos menores – liberdade de aprender e ensinar, incluindo a educação familiar.

Dada a enorme controvérsia que paira sobre a temática, no segundo semestre do corrente ano o Supremo Tribunal Federal chegou a deliberar quanto ao reconhecimento constitucional ou não da prática do ensino domiciliar. Assim, no bojo do Recurso Extraordinário número 888.815/RS, concluído em 12 de setembro de 2018, declarou o Supremo que não há na Constituição da República de 1988 qualquer dispositivo vedando a prática domiciliar educacional, acrescentado, porém, que há necessidade de regulamentação da matéria por parte do Poder Legislativo, órgão investido de maior representatividade popular e portanto, o mais apto a solucionar a problemática envolvida.

Com efeito, a caótica situação do sistema educacional do país, torna imperioso o debate acerca da possibilidade do ensino domiciliar e como forma de pluralizar o debate e resolver o impasse deve-se recorrer ao processo democrático de legislação, considerando que o legislador, típico representante da vontade popular, é o mais apto a garantir condições equânimes de promover o debate sobre a temática, realizando verdadeira democracia deliberativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Édison Prado. *A Educação Familiar Desescolarizada como um Direito da Criança e do Adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do Direito à educação*. Disponível

em: <file:///C:/Users/Defensoria/Downloads/EDISON_PRADO_DE_ANDRADE_rev.pdf>

Acesso em: 07 de abr. 2018.

ANED. *Associação Nacional de Educação Domiciliar. Belo Horizonte*. Disponível

em: <https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito>. Acesso em 16 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>

Acesso em 15 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em 13 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em: 15 de jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente de 1990*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm > Acesso em: 11 de abr. 2018.

BRASIL. *Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos*.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9394.htm >

Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 7.407*. Relator: Francisco Peçanha

Martins. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/42/docs/ms-ensino_fundamental-7407_stj.pdf > Acesso em: 18 de jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 888815*. Relator: Roberto Barroso.

Disponível em: < file:///C:/Users/Defensoria/Downloads/texto_312348485.pdf > Acesso em: 15 de jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. *AGV nº 70068377100*. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321849063/agravo-agv-70068377100-rs>> Acesso em: 15 de jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CHRIST, Mara Vicelle Ruviaro. *O ensino Domiciliar no Brasil: Estado, escola e família*. Disponível em: < <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/02/O-ENSINO-DOMICILIAR-NO-BRASIL-ESTADO-ESCOLA-E-FAMILIA.pdf>> Acesso em 17 de abr. 2018.

ELMA, Cristina Pessoa de Queiroz. *A educação como direito fundamental para a sociedade*. Disponível em: < <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2144/2/Elma%20Cristina%20Pessoa%20de%20Queiroz.pdf>> Acesso em: 19 de out. 2018.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva*. 22.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

GIUSTI, Daiane. *A evolução dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: < <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Daiane-Guisti.pdf>> Acesso em 02 de set. 2018.

GLITZENHIRN, Patrícia. *O acesso à educação como direito fundamental garantido constitucionalmente*. Disponível em: < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3187/MONOGRAFIA%20Patricia%20Glitzenhirn%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1>> Acesso em: 05 de out. 2018.

GLOBO, O. *Projeto de lei a favor do ensino domiciliar tem oposição do MEC*. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/projeto-de-lei-favor-do-ensino-domiciliar-tem-oposicao-do-mec-8950739#ixzz5lXwnn4sK>> Acesso em: 12 de jun. 2018.

JÚNIOR, M., Magno de Aguiar. *A derrocada da Suma Divisio e a ascensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Magno%20Aguiar%20Maranhao%20JR.pdf> Acesso em 09 de out. 2018.

JÚNIOR, N., Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚNIOR, Walter Julio de Nazareth. *A educação domiciliar (homeschooling) no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4974/1/walterjuliodenazarethjunior.pdf>> Acesso em: 14 de abr. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Ingrid Araújo Tenchini. *As deliberações das conferências estaduais de assistência social em minas gerais de 2011 a 2015*. Disponível em: < file:///C:/Users/Defensoria/Downloads/TCC%20-%20INGRID%20ARA%C3%9AJO%20TENCHINI%20MACEDO.pdf > Acesso em: 03 de nov. 2018.

MANDELA, Nelson. *Frases de Nelson Mandela*. Disponível em: < https://www.pensador.com/frases_nelson_mandela/> Acesso em: 22 de nov. 2018.

MENDES, Jéssica Coura. *Direitos de Quarta Dimensão*. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/27836/direitos-de-quarta-dimensao > Acesso em: 01 de out. 2018.

NETO, João Alberto da Trindade. *Thomas Hobbes: Jusnaturalista ou Juspositivista? – Elementos de ambas as doutrinas na filosofia jurídica Hobbesiana*. Disponível em: < http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6247/1/PDF%20-%20Jo%C3%A3o%20Alberto%20da%20Trindade%20Neto.pdf > Acesso em: 29 de ago. 2018.

OLIVEIRA, Armando Albuquerque; FILHO, José Filomeno de Moraes; BEÇAK, Rubens. *Teorias da Democracia e Direitos Políticos*. Disponível em: < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/42q5qa76/HPIbl6M39qHB5BfQ.pdf > Acesso em: 02 de nov. 2018.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 2º ed. Juspodivm, 2015.

RUSSOMANNO, Celso. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: < http://www.celsorussomanno.com.br/26-de-agosto-dia-da-declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao/ > Acesso em: 12 de set. 2018.

SILVA, Lilian Mara Ferreira. *Ouidoria pública como Instrumento de Controle e Participação Social da Gestão Pública*. Disponível em: < file:///C:/Users/Defensoria/Downloads/TCC%20-%20LILIAN%20MARA%20FERREIRA%20DA%20SILVA%20(1).pdf > Acesso em: 13 de nov. 2018.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm > Acesso em: 16 de out. 2018.