

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ENSINO DOMICILIAR: UMA ANÁLISE DA TIPOLOGIA ARGUMENTATIVA OBSERVADA NOS VOTOS DOS MINISTROS DO R.E. Nº 888.815

BRAZILIAN SUPREME COURT AND HOMESCHOOLING: AN ANALYSIS OF THE ARGUMENTATIVE TYPOLOGY OBSERVED IN MINISTERS' VOTES ON THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº 888.815

Fernando Romani Sales

Doutorando em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Pesquisador no grupo Constituição, Política & Instituições (CoPI) da Faculdade de Direito da USP.
Mestre em Direito e Desenvolvimento, com bolsa Capes, pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), na linha de Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político e Social. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Atualmente é pesquisador no Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT).
E-mail: fernandoromanisales@gmail.com

Recebido em: 18/03/2020

Aprovado em: 26/10/2020

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo principal analisar a argumentação presente nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no caso do ensino domiciliar (R.E. nº 888.815), julgado em 2018 com reconhecimento de repercussão geral, a saber se o homeschooling poderia ser viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever constitucional educacional. A grade analítica utilizada no trabalho parte de adaptação da tipologia argumentativa proposta por Dimoulis & Lunardi (2013), baseada em teorias de argumentação jurídica. Também são objetivos do texto observar se a tese de repercussão geral (822) fixada no caso foi fruto de construção coletiva majoritária, ou não; bem como constatar se o acórdão foi capaz de definir a posição (constitucional ou inconstitucional) do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, ou se a decisão se limitou apenas em apreciar (dar provimento ou denegar) o Recurso Extraordinário em questão.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Argumentação jurídica. *Ratio decidendi*. Ensino domiciliar.

ABSTRACT: This essay aims at analyzing the arguments presented by Brazil's Supreme Court Justices when deciding E. A. nº 888.815, which was granted general repercussion status by the STF. The Court was called to decide whether homeschooling fulfills the Constitutional command that makes formal primary education mandatory. As a secondary goal, this paper aims at examining the reasons for the Court to have granted general repercussion status to this case. It also discusses whether the decision offers a substantive response to the problem at hand. Dimoulis & Lunardi (2013)'s argumentative typology is used to examine individual opinions.

Keywords: Brazilian Supreme Court; Legal reasoning; General repercussion status; *Homeschooling*.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Objeto: O Recurso Extraordinário nº 888.815. 2 Metodologia: Referencial teórico adotado. 3 Análise dos votos. 3.1 Ministro Luís Roberto Barroso. 3.2 Ministro Alexandre de Moraes. 3.3 Ministro Edson Fachin. 3.4 Ministra Rosa Weber. 3.5 Ministro Luiz Fux. 3.6 Ministro Ricardo Lewandowski. 3.7 Ministro Gilmar Mendes. 3.8 Ministro Marco Aurélio. 3.9 Ministro Dias Toffoli. 3.10 Ministra Cármen Lúcia. 4 Resultados. Conclusões. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 888.815, que teve repercussão geral reconhecida no caso para decidir “*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.*” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, *Plenário - Inteiro Teor do Acórdão*, p.1).

O referencial teórico adotado para análise da argumentação dos votos parte do modelo proposto por Dimoulis & Lunardi em *A decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo* (2013). O *corpus empírico* analisado trata do acórdão do Recurso Extraordinário acima referido.

O trabalho busca, primordialmente, analisar a tipologia argumentativa presente nos votos, exposta nas razões postuladas como fundamento da decisão tomada por cada ministro. Essa modalidade de estudo se justifica, sobretudo, pelo fato de que as decisões do Tribunal Constitucional constituem elemento fundamental para obtenção de segurança jurídica. Essa, entretanto, não se resume à estabilidade esperada dos vereditos (CANOTILHO, 2002, p. 257) em sua dimensão substantiva, mas, também, na consistência de sua tessitura argumentativa.

Vale dizer, para além das menções pontuais a diplomas normativos, os modos como os ministros da Suprema Corte constroem seus argumentos revela visões específicas sobre (a) função do Direito e (b) papel da Corte Constitucional na apreciação e julgamento de determinada matéria. Assim sendo, toma-se como pressuposto a noção de que o peso relativo que os diferentes ministros conferem, por exemplo, a argumentos de tipo *sistemático*, *literal* ou *neoconstitucional*, respectivamente, longe de ser neutro ou irrelevante, representa um dos elementos centrais da *ratio decidendi* (DWORKIN, 2001, pp. 237-238).¹

O presente trabalho se insere na literatura sobre o processo decisório de cortes constitucionais, tendo por foco o Supremo Tribunal Federal². A literatura costuma identificar diferentes funções que podem ser exercidas pelas cortes constitucionais nas democracias contemporâneas (MENDES, 2012, p.59), dentre as quais se destaca, para a análise aqui proposta, a *função deliberativa* do Supremo (SILVA, 2009, p.210).

A *função deliberativa* pode ser compreendida tanto num aspecto interno, quanto externo. A *deliberação interna* trata da troca de argumentos e razões entre os membros da própria Corte na

¹ A importância da *ratio decidendi* é destacada por Ronald Dworkin em seu conceito de ‘romance em cadeia’, no qual as decisões judiciais deveriam levar em conta não somente os parâmetros legais e constitucionais utilizados na solução de casos difíceis, mas, especialmente, a *argumentação coletiva* desenvolvida pela Corte para fundamentar casos pretéritos. Nesse sentido, cada juiz seria ‘um romancista na corrente’ que teria o dever de observar as fundamentações pretéritas, a fim de basear suas argumentações futuras, de modo a estabelecer uma coerência interna decisória substantiva que vise a consolidação de segurança jurídica.

² Trabalhos expoentes sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal podem ser observados em VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009; OLIVEIRA, 2012; KLAFKE; PRETZEL, 2013; RODRIGUEZ, 2013; e DIMOULIS; CUNHA; RAMOS, 2014.

resolução de casos concretos, enquanto a deliberação *externa* diz respeito ao diálogo argumentativo entre a Corte e outras instituições e poderes do Estado (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p.1692).

A importância da análise da deliberação de uma corte constitucional (WALDRON, 2006, p.1382) reside na compreensão de que a legitimidade do exercício de controle de constitucionalidade passa, necessariamente, pela qualidade argumentativa da Corte e sua capacidade de exteriorizar com clareza as razões públicas que sustentam suas decisões (RAMOS, 2014, p.98).

Com base nessa compreensão, a deliberação sobre a *razão para* decidir se dá, necessariamente, a partir de um repertório pré-existente de tipos de argumento. O uso que cada julgador faz desse repertório - as inclusões e exclusões que opera, delimitando as modalidades que entende estejam legitimamente à disposição de uma corte constitucional - é índice de leituras sobre o jurídico, em geral, e sobre o papel da Corte, em particular. Assim, a compreensão mais ampla da *ratio decidendi* solicita, para ser realizada, um exame cuidadoso de seu tecido argumentativo.

Além disso, por objetivar a análise de caso com reconhecimento de repercussão geral, torna-se igualmente importante observar se a tese fixada (822) ao fim do julgamento partiu de construção coletiva majoritária da Suprema Corte, ou não.

Ademais, tendo em vista se tratar de ação do controle de constitucionalidade difuso/concreto, importa verificar se a argumentação apresentada no acórdão foi capaz de definir questões fundamentais à repercussão geral, como, por exemplo, a posição - constitucional ou inconstitucional - do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, ou se a decisão apenas tratou de responder pelo provimento ou denegação do Recurso Extraordinário.

Deste modo, o artigo apresenta quatro objetivos principais: (i) identificar a estrutura argumentativa na fundamentação dos ministros no caso do ensino domiciliar; (ii) avaliar e testar os limites da grade analítica proposta pelo referencial teórico adotado; (iii) observar se a tese de repercussão geral (822) fixada no caso foi fruto de construção coletiva majoritária, ou não; (iv) constatar se o acórdão foi capaz de definir a posição - constitucional ou inconstitucional - do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, ou se a decisão se limitou apenas em apreciar - dar provimento ou denegar - o Recurso Extraordinário em questão.

Dos quatro objetivos propostos, os objetivos (iii) e (iv) são utilizados para elaboração de duas hipóteses de análise: argumenta-se que a tese de repercussão geral fixada no caso do ensino domiciliar (822) não foi fruto de construção coletiva majoritária pela Suprema Corte; e propõe-se que a decisão em análise não foi capaz de definir a posição - inconstitucional ou constitucional - do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro.

1 OBJETO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888.815

No objeto de análise, a ação originária tratou de mandado de segurança impetrado por menor incapaz contra ato da Secretaria Municipal de Educação do Município de Canela/RS que, em resposta à solicitação dos seus pais, impediu a prática de ensino domiciliar do menor e recomendou sua imediata matrícula na rede regular de ensino (STF, R.E. nº 888.815, 2018, *Plenário - Inteiro Teor do Acórdão*, p.7).

Em primeiro grau, a sentença indeferiu a petição inicial por considerar pedido juridicamente impossível, na medida em que não haveria permissão expressa de ensino doméstico 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 proferida na instância 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.*” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, *Plenário - Inteiro Teor do Acórdão*, p.1).

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, determinou a suspensão de todos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versavam sobre a matéria discutida até o julgamento do Recurso Extraordinário.

Na decisão, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Ministro Luís Roberto Barroso e, em parte, o Ministro Edson Fachin. Foi fixada a tese 822 de repercussão geral: “*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*, p.4).

2 METODOLOGIA: REFERENCIAL TEÓRICO ADOTADO

O trabalho tem por método de pesquisa o estudo de caso (MACHADO, 2017, p.357), uma vez que analisa a argumentação desenvolvida pelo STF na decisão de um caso específico, qual seja, o caso sobre o ensino domiciliar (RE nº 888.815). A grade analítica utilizada no presente artigo parte de uma *adaptação* da proposta por Dimoulis & Lunardi (2013), originariamente desenvolvida para analisar a decisão da Suprema Corte no julgamento da união de pessoas do mesmo sexo.

Os autores apontam duas grandes categorias de análise da argumentação jurídica: *argumentos de teoria da interpretação jurídico-constitucional*; e *argumentos de teoria do direito* (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, pp.143 e 147).

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, p.143), 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 de sustentar dada opinião.

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. Neste sentido, *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). Note-se:

Argumentos neoconstitucionalistas (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p.148), ditos os que derivam de uma visão moralista, rejeitando o positivismo legal e exaltando o ativismo judicial 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*.³

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.

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.

3 ANÁLISE DOS VOTOS

Para a análise de cada um dos votos, a estrutura proposta neste artigo parte da exposição dos seguintes elementos: (i) posição do ministro em relação ao Recurso Extraordinário (se pela procedência ou improcedência); (ii) principais razões de decidir (*ratio decidendi*) apresentadas pelo ministro para sustentar sua posição em relação ao RE; (iii) categorias de argumentos que foram observadas no voto do ministro, tendo em vista o referencial teórico adotado; (iv) explicitação de alguns trechos do voto, no intuito de indicar e ilustrar as categorias de argumentos observadas (o recurso de sublinhar determinadas linhas dos trechos explicitados tem por finalidade demonstrar a consonância entre a passagem exposta e a categoria argumentativa a qual foi classificada).

Todas as passagens transcritas foram retiradas do inteiro teor do acórdão (STF, R.E. nº 888.815, 2018, *Plenário - Inteiro Teor do Acórdão*) do Recurso Extraordinário nº 888.815, disponível através do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, deu procedência ao Recurso Extraordinário, por considerar constitucional o ensino domiciliar em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição.

³ Conforme pode ser observado na análise dos votos, algumas fundamentações apresentam ou mencionam princípios jurídicos como instrumento de análise sistêmica de determinado fenômeno. Nesses casos, faz mais sentido classificar a argumentação como *sistemática* do que *neoconstitucionalista*.

Foi o único dos ministros votantes que, ao apresentar sugestão de tese de repercussão geral, incluiu redação de regulação do ensino domiciliar até que fosse editada legislação específica sobre o tema.

Na fundamentação desenvolvida pelo Ministro podem ser observados argumentos de diferentes naturezas, com predominância dos *sistemáticos* e de *teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social*. Argumentos dos *precedentes judiciais*; *neoconstitucionalistas* e de *teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional* também apareceram no voto.

3.1.1 Argumentos sistemáticos

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. [...] 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)

3.1.2 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

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. Nós não estamos importando um modelo. Nós estamos lidando com uma situação, e aí sim me parece legítimo verificar como este modelo que se argui deve ser admitido no Brasil opera em outros países do mundo.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.14)

3.1.3 Argumentos dos precedentes judiciais

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. Em suas razões, o Tribunal assentou que: “A teoria fundamental da liberdade, sobre a qual todos os governos desta União repousam, exclui qualquer poder geral do Estado para padronizar suas crianças, forçando-as a aceitar o ensinamento único de professores públicos. A criança não é uma mera criatura do Estado; aqueles que a nutrem e dirigem o seu destino possuem o direito, unido ao elevado dever, de reconhecê-la e prepará-la para obrigações adicionais”. Em sentido semelhante, em *Wisconsin v. Yoder* (1972), o Tribunal autorizou três famílias da comunidade amish a não matriculem seus filhos na rede regular de ensino, tendo como

fundamento a liberdade religiosa inserida na Primeira Emenda à Constituição americana.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.39)

3.1.4 Argumentos neoconstitucionalistas

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)

3.1.5 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional

À segunda indagação - se é possível e como deve ser regulamentado esse ensino enquanto não sobrevier lei emanada do Congresso Nacional - eu também respondo afirmativamente. É possível a regulamentação e eu estou propondo que ela seja do seguinte teor:[...]

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.22-23)

3.2 Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes negou provimento ao Recurso Extraordinário. Entendeu não existir vedação absoluta ao ensino domiciliar pela Constituição, mas que se trataria de figura ainda não criada e regulamentada por lei, de modo a inexistir direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao mesmo.

Defendeu que a Constituição somente permitiria a modalidade de ensino domiciliar “utilitária”, rejeitando as figuras do *homeschooling* puro e do *unschooling*. A espécie utilitária deveria observar preceitos constitucionais, como, ensino básico obrigatório entre 4 e 17 anos (art. 208, I); núcleo mínimo curricular, cabendo ao Congresso Nacional regulamentá-lo por lei (art. 210); e convivência comunitária (art. 227). Além disso, o ensino domiciliar deveria observar preceitos como o estabelecimento de frequência, supervisão, avaliação pedagógica, socialização e fiscalização, cuja materialização também dependeria de lei emanada pelo Poder Legislativo.

Apresentou como sugestão de tese de repercussão geral: “*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, p.75).

Na argumentação desenvolvida pela Ministro, pode-se observar a predominância de argumentos *sistemáticos* e *literais*, aparecendo também argumentos *dos precedentes judiciais* e *de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*.

3.2.1 Argumentos sistemáticos

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)

3.2.2 Argumentos literais

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)

3.2.3 Argumentos dos precedentes judiciais

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: AGRAVO 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.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.63-64)

3.2.4 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional/função do Tribunal Constitucional

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)

3.3 Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin deu provimento parcial ao Recurso Extraordinário. Considerou constitucional o ensino domiciliar, mas que tal medida dependeria de reconhecimento de sua eficácia pelos órgãos oficiais, de modo a lançar apelo ao legislador para que, uma vez admitida a modalidade domiciliar, disciplinasse sua forma de execução e fiscalização.

Em relação a propositura de tese de repercussão geral, o ministro concordou parcialmente com a sugestão feita pelo Relator (Ministro Luís Roberto Barroso), ao afirmar que:

Logo, acolho a tese segundo a qual é constitucional o direito de liberdade de educação no recesso do lar. *[tese 1. proposta pelo relator]* No entanto, porque essa medida está a depender do reconhecimento de sua eficácia pelo órgãos

oficiais, peço vênia a Sua Excelência para prover parcialmente o recurso, apenas para lançar um apelo ao legislador a fim de que, admitida a viabilidade do método de ensino, discipline sua forma de execução e de fiscalização, no prazo máximo de um ano.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.99)

Na fundamentação do ministro, foi possível observar a predominância de argumentos *da vontade do legislador constituinte*, tendo em vista o ministro defender que “*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*”. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.93).

Também foram observados argumentos *dos precedentes judiciais; de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social e de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*.

3.3.1 Argumentos da vontade do legislador constituinte

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)

3.3.2 Argumentos dos precedentes judiciais

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)

3.3.3 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

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 dificuldade 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)

3.3.4 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional/função do Tribunal Constitucional

No entanto, porque essa medida está a depender do reconhecimento de sua eficácia pelos órgãos oficiais, peço vênha a Sua Excelência para prover parcialmente o recurso, apenas para lançar um apelo ao legislador a fim de que, admitida a viabilidade do método de ensino, discipline sua forma de execução e de fiscalização, no prazo máximo de um ano.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.99)

3.4 Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber negou provimento ao Recurso Extraordinário. Acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes (o que pode levar a entender pelo igual acompanhamento do raciocínio em relação ao posicionamento do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da sugestão de tese de repercussão geral), ao considerar que não haveria espaço para conceder a segurança, uma vez que a ação originária tratou de Mandado de Segurança.

Em seu voto de menos de uma página, praticamente não apresenta fundamentação, se restringindo a alegar que:

Nego provimento ao recurso extraordinário. E a se entender possível essa conformação em sentido diverso, compatibilizando com uma maior liberdade aos pais a educação domiciliar, a tarefa não seria do Poder Judiciário. Com todo o respeito, estaria afeta ao Congresso Nacional. Por isso, nego provimento, pedindo toda vênha aos que entendem de forma diversa.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.100)

Nesse sentido, o argumento que pode ser identificado diz respeito ao *de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*, vez que a ministra afirma não ser de competência do Poder Judiciário, aqui representado pela Suprema Corte, a tarefa de decidir/disciplinar a matéria envolta, relegando tal competência ao Poder Legislativo.

3.5 Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux negou provimento ao Recurso Extraordinário, por considerar o ensino domiciliar inconstitucional. Sua fundamentação se baseou em três principais pontos: (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; (iii) o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão.

Ademais, o Ministro sustentou que a inexistência de lei regulamentadora não revelaria qualquer anomia, ambiguidade normativa ou óbice para a constitucionalidade, isto é, qualquer norma eventualmente editada sobre o ensino domiciliar seria igualmente considerada inconstitucional. Não propôs tese de repercussão geral.

Em sua fundamentação foi possível observar a predominância de argumentos *literais* e de argumentos *da vontade do legislador constituinte*. Argumentos *dos precedentes judiciais* e *de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social* também foram apresentados.

3.5.1 Argumentos literais

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.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.108)

3.5.2 Argumentos da vontade do legislador constituinte

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)

A passagem acima transcrita (p.110) poderia ser classificada em duas diferentes categorias argumentativas, isto é, a frase sublinhada no início do parágrafo denota aproximação ao argumento baseado na vontade do legislador, enquanto a frase destacada ao fim remete à argumentação sistemática.

3.5.3 Argumentos dos precedentes judiciais

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)

3.5.4 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

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”

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.117)

3.6 Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski negou provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que o ensino domiciliar não poderia ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de prover a educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal.

Sua fundamentação se desenvolve a partir da ideia de que “*o prisma mais adequado para analisar-se a questão é o do princípio republicano, o qual configura “o núcleo essencial da Constituição”, a lhe garantir certa identidade e estrutura, estando abrigado no art. 1º da Carta Magna.*” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.128). O ministro Lewandowski não propôs tese de repercussão geral.

Foi possível observar a predominância de argumentos *da vontade do legislador constituinte*, bem como de argumentos *sistemáticos*. Também aparecem na fundamentação

argumentos dos precedentes judiciais e de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social.

3.6.1 Argumentos da vontade do legislador constituinte

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)

3.6.2 Argumentos sistemáticos

À luz do ideal republicano, a postura que a Constituição exige do cidadão é a de cobrança, de luta pelo aprimoramento do ensino oficial, e não o de privar os filhos do necessário e salutar convívio com seus semelhantes, onde serão expostos à diversidade. A alienação do indivíduo da sociedade, sobretudo daquilo que ela tem de comum a todos os seus membros, como demonstra a História, constitui uma ameaça ao progresso da coletividade e até mesmo à liberdade individual. Em outras palavras, numa democracia, a faculdade de indignar-se e de reivindicar integra o ideal de autogoverno, servindo de verdadeira vacina para garantir a liberdade de todos.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.137)

3.6.3 Argumentos dos precedentes judiciais

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)

3.6.4 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

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)

3.7 Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes negou provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que a Constituição Federal imporia um modelo educacional mais amplo do que o modelo domiciliar e do que o modelo institucional, estatal, isoladamente considerados.

Neste sentido, o ministro entendeu não ser possível afastar do Estado o dever da prestação educacional, mas sim tratando como possibilidade a atuação conjunta entre Estado e família. Não propôs tese de repercussão geral.

A fundamentação apresentada aponta para diversos tipos de argumentos, sem deixar claro se existiria predominância ou ênfase para alguma classificação argumentativa específica. Foi possível observar argumentos *literais; sistemáticos; de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social; dos precedentes judiciais e de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*.

3.7.1 Argumentos literais

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)

3.7.2 Argumentos sistemáticos

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)

3.7.3 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

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)

3.7.4 Argumentos dos precedentes judiciais

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, [...] (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.156)

3.7.5 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional

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.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.157)

3.8 Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio negou provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que a Constituição não legitimaria o ensino domiciliar, tendo em vista exigência de ensino obrigatório, gratuito e o comando de matrícula e frequência dos alunos em idade fixada pela Carta Magna (dos 4 aos 17 anos). Não propôs tese de repercussão geral.

Em sua fundamentação, destacam-se argumentos *da vontade do legislador constituinte; de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social e de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*.

3.8.1 Argumentos da vontade do legislador constituinte

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.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, pp.169-170)

3.8.2 Argumentos de teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social

A importação de experiências estrangeiras – distantes, a mais não poder, da realidade nacional –, ao arrepio da legislação de regência em pleno vigor, contradiz todo um esforço empreendido pela sociedade brasileira na busca pela progressiva universalização do acesso à educação formal no País. Longe de representar desejável avanço, o acolhimento da pretensão recursal poderá, ao revés, sedimentar retorno a um passado não muito distante, no qual considerável parcela dos jovens em idade escolar encontrava-se alijada do sistema regular de ensino.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.174)

3.8.3 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional/função do Tribunal Constitucional

Cumpra 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. (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.175)

3.9 Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli negou provimento ao Recurso Extraordinário, e acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes (o que pode levar a entender pelo igual acompanhamento do raciocínio em relação ao posicionamento do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da sugestão de tese de repercussão geral).

Em suas duas páginas de voto, afirmou não visualizar direito líquido e certo no processo, tendo em visto se tratar de mandado de segurança na ação originária, mas também não concordar com a absoluta incompatibilidade do ensino domiciliar com a Constituição.

Por conta disso, negou provimento ao recurso sem fixar, no entanto, a inconstitucionalidade do *homeschooling*. Tendo em vista a rasa fundamentação exposta pelo Ministro, não se torna possível analisar seu voto através do referencial teórico adotado no presente artigo.

3.10 Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia, em antecipação ao voto, negou provimento ao Recurso Extraordinário e seguiu o voto do Ministro Alexandre de Moraes: “[...] parece-me que ainda é tempo de negar provimento a este recurso, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que foi acompanhado por outros colegas” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.183). Na íntegra de seu voto, no entanto, a Ministra finalizava afirmando que:

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).

Em relação a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, a ministra afirma que: “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” (STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.195).

Em sua fundamentação, a ministra retoma o processo através de detalhado relatório e, quanto mérito, expõe artigos da Constituição que, em sua visão, seriam os responsáveis por disciplinar o direito à educação e fornecer resposta em relação ao ensino domiciliar. Pôde-se observar argumentos *sistemáticos; literais e de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional*.

3.10.1 Argumentos sistemáticos

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)

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)

3.10.2 Argumentos literais

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”.

(STF, R.E. nº 888.815, 2018, Plenário - Inteiro Teor do Acórdão, p.191)

3.10.3 Argumentos de teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional

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, p.195)

4 RESULTADOS

Retomando: o artigo apresentou quatro objetivos principais, quais sejam, (i) identificar a estrutura argumentativa na fundamentação dos ministros no caso do ensino domiciliar; (ii) avaliar e testar os limites da grade analítica proposta pelo referencial teórico adotado; (iii) observar se a tese de repercussão geral (822) fixada no caso foi fruto de construção coletiva majoritária, ou não; (iv) constatar se o acórdão foi capaz de definir a posição – constitucional ou inconstitucional – do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, ou se a decisão se limitou apenas em apreciar – dar provimento ou denegar – o Recurso Extraordinário em questão.

Tendo isso em vista, o propósito deste tópico é *sistematizar* as respostas obtidas em relação aos objetivos do presente artigo.⁴ Note-se:

(i) *identificar a estrutura argumentativa na fundamentação dos ministros no caso do ensino domiciliar.*

Tendo em vista os *tipos de argumentos* utilizados na *adaptação* da grade analítica oferecida por Dimoulis & Lunardi (2013), foi possível construir a tabela abaixo a fim de melhor expor os achados da análise desenvolvida:

⁴ O objetivo (ii) do artigo, qual seja, avaliar e testar os limites da grade analítica proposta pelo referencial teórico adotado, será comentado nas *Conclusões* do trabalho.

Ministro	Tipos Argumentativos
Luís Roberto Barroso	<ul style="list-style-type: none"> • Sistemáticos • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social • Precedentes judiciais • Neoconstitucionalistas • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Alexandre de Moraes	<ul style="list-style-type: none"> • Sistemáticos • Literais • Precedentes judiciais • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Edson Fachin	<ul style="list-style-type: none"> • Vontade do legislador constituinte • Precedentes judiciais • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Rosa Weber	<ul style="list-style-type: none"> • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Luiz Fux	<ul style="list-style-type: none"> • Literais • Vontade do legislador constituinte • Precedentes judiciais • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social
Ricardo Lewandowski	<ul style="list-style-type: none"> • Vontade do legislador • Sistemáticos • Precedentes judiciais • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social
Gilmar Mendes	<ul style="list-style-type: none"> • Literais • Sistemáticos • Precedentes judiciais • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Marco Aurélio	<ul style="list-style-type: none"> • Vontade do legislador constituinte • Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
Dias Toffoli	-
Cármen Lúcia	<ul style="list-style-type: none"> • Sistemáticos • Literais

	<ul style="list-style-type: none"> • Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional
--	---

Outra forma de apresentar os resultados obtidos seria focar não mais nos tipos de argumentos observados em cada um dos votos, e sim na somatória de aparições de cada tipo de argumento, considerando todos os votos analisados. Neste sentido, torna-se possível analisar a fundamentação da Corte como corpo colegiado, e não mais a individualidade de cada voto. Veja-se:

Argumentos	Aparições
Teoria da jurisdição constitucional / função do Tribunal Constitucional	7 vezes (Barroso; Moraes; Fachin; Weber; Mendes; Aurélio; Lúcia)
Teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social	6 vezes (Barroso; Fachin; Fux; Lewandowski; Mendes; Aurélio)
Precedentes judiciais	6 vezes (Barroso; Moraes; Fachin; Fux; Lewandowski; Mendes)
Sistemáticos	5 vezes (Barroso; Moraes; Lewandowski; Mendes; Lúcia)
Literais	4 vezes (Moraes; Fux; Mendes; Lúcia)
Vontade do legislador constituinte	4 vezes (Fachin; Fux; Lewandowski; Aurélio)
Neoconstitucionalistas	1 vez (Barroso)

(iii) *observar se a tese de repercussão geral (822) fixada no caso foi fruto de construção coletiva majoritária, ou não.*

Sobre este ponto, vale lembrar que a tese de repercussão geral fixada no caso (822) foi: “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*”. Posto isso, os resultados obtidos na análise proposta foram:

Ministro	Tese de repercussão geral proposta
Luís Roberto Barroso	Propôs tese diferente da tese 822
Alexandre de Moraes	Propôs a tese 822
Edson Fachin	Propôs tese diferente da tese 822
Rosa Weber	Seguiu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, levando a entender que sustentou a tese 822
Luiz Fux	Não propôs tese
Ricardo Lewandowski	Não propôs tese
Gilmar Mendes	Não propôs tese

Marco Aurélio	Não propôs tese
Dias Toffoli	Seguiu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, levando a entender que sustentou a tese 822
Cármem Lúcia	Na antecipação ao voto, a ministra acompanha o voto do ministro Alexandre de Moraes (o que levaria a entender pela sustentação da mesma redação da tese 822). Na íntegra de seu voto, no entanto, a ministra apresenta sugestão de redação diferente da sugerida pelo ministro

(iv) constatar se o acórdão foi capaz de definir a posição – constitucional ou inconstitucional – do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, ou se a decisão se limitou apenas em apreciar – dar provimento ou denegar – o Recurso Extraordinário em questão.

Tendo em vista o objetivo traçado, apresenta-se, de forma resumida, a visão dos ministros e ministras em relação à posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas respectivas apreciações em relação ao Recurso Extraordinário:

Ministro	Posição do ensino domiciliar no Ordenamento Jurídico Brasileiro
Luís Roberto Barroso	Constitucional (provimento ao R.E.)
Alexandre de Moraes	Entende que não há vedação absoluta ao ensino domiciliar na CF/88, mas esta só permitiria a modalidade “utilitária” de <i>homeschooling</i> . O ensino domiciliar seria opção do legislador, inexistente na atual redação constitucional (desprovimento ao R.E.)
Edson Fachin	Constitucional, porém dependente de lei para existir (provimento parcial ao R.E.)
Rosa Weber	Não se manifesta em relação a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro. Acompanha o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o que leva a entender pela adoção de mesmo raciocínio sobre a questão (desprovimento ao R.E.)
Luiz Fux	Inconstitucional (desprovimento ao R.E.)
Ricardo Lewandowski	Entende que o ensino domiciliar não pode ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de prover educação (desprovimento ao R.E.)
Gilmar Mendes	Entende que a CF/88 imporia um modelo educacional mais amplo do que o modelo domiciliar e do que o modelo institucional, estatal, isoladamente considerados (desprovimento ao R.E.)

Marco Aurélio	Entende que a CF/88 não legitimaria o ensino domiciliar, tendo em vista exigência de ensino obrigatório, gratuito e o comando de matrícula e frequência dos alunos em idade fixada pela própria CF/88 (desprovimento ao R.E.)
Dias Toffoli	Entende que o ensino domiciliar não é absolutamente incompatível com a CF/88. Acompanha o voto do Ministro Alexandre de Moraes (desprovimento ao R.E.)
Cármem Lúcia	Entende que, a partir das normas constitucionais, não haveria balizas ao ensino domiciliar. No entanto, não seria possível extrair das normas o direito dos pais de tomar para si o encargo da educação de seus filhos sem auxílio do Estado (desprovimento ao R.E.)

CONCLUSÕES

Quanto ao primeiro objetivo do artigo (i), foi possível observar a presença de argumentos de variadas naturezas ao longo de todos os votos analisados. Desse modo, não se torna possível argumentar que a Corte, no caso específico do ensino domiciliar, tenha dado preferência para determinado tipo de argumento em detrimento dos demais.

No entanto, se analisado o acórdão como um todo, e não a individualidade de cada voto, pode-se argumentar pela aparição mais recorrente⁵ de argumentos sobre (a) *função do Tribunal Constitucional*; (b) *teleologia objetiva invocando mudanças na realidade social*; e (c) *precedentes judiciais*.

Neste sentido, essas constatações, tomadas as devidas proporções de zelo e limitação já expostas acima, podem apontar, no caso do *homeschooling*, uma preocupação mais acentuada da Corte em relação ao seu papel na decisão de matéria tão delicada e aos desdobramentos da decisão em relação aos demais Poderes e instituições do Estado (dar preponderância ao ativismo judicial ou respeitar os limites de competência estritamente designados pela Constituição ao Judiciário e Legislativo, por exemplo).

Também poderia apontar preocupação da Corte relativa aos impactos da decisão na realidade social e o modo como os fundamentos podem ou poderiam afetar os atores diretamente interessados na matéria (regular ou não a condição de famílias que, na prática, já exercem o *homeschooling* como opção educacional, por exemplo).

Ainda, poderia significar a necessidade de legitimar a decisão tomada a partir de outras decisões da própria corte, ou de potencialmente seguir entendimentos fixados por outras Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Aqui seria possível argumentar por um possível interesse da Corte em construir uma *ratio decidendi* que conferisse coerência interna para suas futuras decisões.

Todavia, esse não parece ser o caso observado, tendo em vista três principais razões: primeiro, conforme já exposto, pela multiplicidade de tipos argumentativos observados e a impossibilidade de definição de um “padrão” de fundamentos; segundo, pela fixação de tese de repercussão geral que **não** foi fruto de construção coletiva majoritária; terceiro, pela falta de clareza na definição da posição – constitucional ou inconstitucional – do ensino domiciliar no ordenamento

⁵ Cada tipo de argumento apareceu, respectivamente, em 7 votos, 6 votos e 6 votos do total de 10 votos analisados.

jurídico brasileiro, com a limitação jurídica apenas pela decisão de improcedência ao Recurso Extraordinário.

Já no que diz respeito ao segundo objetivo proposto (ii), foi possível comprovar a utilidade do referencial teórico adotado para a análise do presente caso. As categorias argumentativas desenvolvidas pela grade analítica adotada se mostraram válidas para analisar os votos, tendo em vista os resultados obtidos e já apresentados no tópico acima.

No que tange ao terceiro objetivo (iii) e à primeira hipótese proposta, apesar de ter sido elaborada e reconhecida tese de repercussão geral no caso, qual seja: “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*” (Tese 822), pôde-se comprovar que não houve construção coletiva majoritária de referido enunciado.

Somente os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Dias Toffoli convergiram em apoiar o mesmo enunciado (a ministra Cármen Lúcia não deixa claro se sustenta ou não a mesma redação – na antecipação ao voto se inclina a sustentar, mas na íntegra do voto apresenta enunciado diverso), enquanto os seis demais ministros que votaram no caso ou apresentaram sugestões de enunciado diferentes, ou não apresentaram nenhuma sugestão e nem concordaram explícita ou implicitamente com as demais sugestões.

Finalmente, em relação ao quarto objetivo (iv) e à segunda hipótese sustentada, as fundamentações apresentadas pelos ministros no caso divergem em relação à substância da matéria analisada: o consenso estabelecido pela Corte foi de negar provimento ao Recurso Extraordinário (8 ministros negaram provimento; 1 ministro deu provimento total; e 1 ministro deu provimento parcial), sem deixar claro, no entanto, qual seria a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desta análise entende-se que foram desenhadas três principais posições ao longo do acórdão, sendo a primeira delas de que: o ensino domiciliar seria constitucional, compatível com a Constituição Federal de 1988, posição esta sustentada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

A segunda, de que não haveria na Constituição Federal de 1988 vedação absoluta ao ensino domiciliar, mas este só poderia ser desempenhado na modalidade “utilitária” (em oposição as modalidades de *homeschooling* puro e *unschooling*), tendo em vista o conjunto de preceitos constitucionais acerca do direito à educação, da titularidade de sua prestação, e do modo de sua execução. Ainda, o ensino domiciliar seria uma *opção legislativa*, e não um direito garantido. A atual redação constitucional não disporia de tal opção, obrigando o legislador a prevê-la para que ocorresse a sua efetiva execução e proteção constitucional. Esta posição foi sustentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, tendo igual respaldo pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, e pelo ministro Dias Toffoli.

Por fim, a terceira de que o ensino domiciliar seria inconstitucional, incompatível com a Constituição Federal de 1988. Esta posição foi sustentada pelos ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, e parcialmente pelo ministro Gilmar Mendes, que não vislumbra o ensino domiciliar como completamente incompatível ao ordenamento constitucional, mas defende que a CF/88 imporia um modelo educacional mais amplo do que o modelo domiciliar e do que o modelo institucional, estatal, isoladamente considerados.

O que se torna possível concluir, neste momento, é que as argumentações desenvolvidas pelos ministros do STF no Recurso Extraordinário nº 888.815, com repercussão geral reconhecida, não foram capazes de definir satisfatoriamente qual seria a posição do ensino domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, comprovando-se, portanto, a segunda hipótese proposta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ATIENZA, M. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888.815. Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04/06/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>>

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. R. G. A decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo. In: ANJOS FILHO, R. N. (Org.). STF e direitos fundamentais. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 139-154.

DIMOULIS, D.; CUNHA, L. G.; RAMOS, L. O. O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade. São Paulo: Direito GV, 2014.

DWORKIN, R. Uma questão de princípio. 2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEREJOHN, J.; PASQUINO, P. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. Texas Law Review. n. 82. 2004, pp.1671-1704.

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. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, M. R. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, M. R. (Org.) Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp.357-390.

MENDES, C. H. O projeto de uma corte deliberativa. In: PINTO, H. M. (Org.) Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, F. L. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. Revista de Sociologia Política. v. 20. n. 44. 2012, pp.139-153.

RAMOS, L. O. A argumentação do STF em recursos extraordinários. In: (Org.) DIMOULIS, D. CUNHA, L. G. RAMOS, L. O. (Org.) O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade. São Paulo: Direito GV, 2014, pp.97-102.

RODRIGUEZ, J. R. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SAVIGNY, F. K. v. Metodologia jurídica. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, V. A. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, 2009, pp.197-227.

VIEIRA, O. V. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

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.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal. v.115. n.6. 2006, pp.1346-1406.