

Análise da situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil como um substituto do ensino escolar

Analysis of the legal situation of home education in Brazil as a substitute for school education

Adriana Fernandes Soares

Graduanda do Curso de Direito (UNIPAM).

E-mail: dri.soares@hotmail.com

Alexandre Máximo Oliveira

Professor orientador (UNIPAM).

E-mail: alexandremo@unipam.edu.br

Resumo: A educação é um direito social garantido a todos e, conforme o texto constitucional, é um dever do Estado, da família e para que se tenha o pleno desenvolvimento da pessoa deve a sociedade atuar em colaboração. Nessa órbita, o Estado, os entes educacionais, os responsáveis (pais, tutores e curadores) e a sociedade devem garantir a aplicabilidade do ensino como um direito fundamental necessário e obrigatório às crianças e aos adolescentes. A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e infralegais brasileiros que regulam a matéria atinente à educação se faz necessária para que se possa buscar um entendimento mais coerente e lógico no que tange à possibilidade de o ensino ser ministrado no seio familiar, tendo em vista a falta de previsão legal. Desse modo, muito se discute sobre a legalidade ou regulamentação de uma educação domiciliar como um meio mais eficiente de aprendizagem, de inserção no mercado de trabalho e de menos contato com os problemas advindos da sociedade.

Palavras-chave: Educação. Ensino domiciliar. Legalidade.

Abstract: Education is a social right guaranteed to all and as the Constitution, it is the duty of the state, the family and in order to have the full development of the human, society must act together. In this orbit, the state, educational entities, those responsible (parents, guardians and trustees) and society should ensure the applicability of education as a necessary and fundamental right for children and adolescents. The systematic interpretation of constitutional and brazilian infralegal devices that regulate the matter related to education is needed so that we can get a more coherent and logical understanding regarding the possibility of the provision of education within the family, given the lack of legal provision. Thus, there is much discussion about the legality or regulations of a home education as a more efficient means of learning, integration into the labor market and less contact with the problems arising from the society.

Keywords: Education. Home education. Legality.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A educação é um direito social garantido a todos. Com a instituição dos direitos de segunda dimensão, os direitos sociais vieram para trazer mais segurança jurídica a

todas as classes, tendo em vista que o Estado passa a ser o garantidor do seu efetivo cumprimento.

É sabido que o processo de aprendizagem, além de elemento característico de todos os grupos sociais, é também necessário para a boa e correta disseminação de valores éticos e morais relevantes ao convívio pleno e eficaz do homem em seu meio. Costuma-se interpretá-lo como forma de contenção e ou pacificação social, pois, uma vez ensinados tais valores, o elemento respeito estará presente e, com isso, a possibilidade de ilícito praticado para atingir direito de outrem é mínimo.

O ensino não deve ser compreendido tão somente como um processo carreado de disciplinas, aulas expositivas, conteúdo determinado e carga horária específica. É, também, um meio necessário para o desenvolvimento da pessoa humana, que começa no ambiente familiar, percorre o núcleo escolar (creches, escolas públicas ou particulares, faculdades) e se desenvolve nas comunidades, nos grupos e na sociedade de modo geral.

Contudo, para que o Estado Democrático de Direito consiga atender a todas as necessidades dos cidadãos, é preciso que o Estado trate também os desiguais na medida de sua desigualdade, sem criar situações que privilegiem uns em detrimento de outros.

Conforme a Carta Constitucional, a educação é dever do Estado e da família, e a sociedade deve participar colaborativamente (art. 205, *caput*, CF/88) de maneira que possibilite o pleno desenvolvimento da pessoa e a prepare para o mercado de trabalho.

Pais ou responsáveis por seus menores, na maioria das vezes, não sabem qual é a melhor via a ser tomada quando se sentem insatisfeitos com o método de ensino oferecido pelo Estado. Dada a falta de previsão legal, a educação domiciliar incorporada à realidade brasileira não é pautada em uma segurança jurídica.

A violência, o *bullying*, a falta de investimentos na estrutura e na organização do ambiente escolar são alguns dos argumentos apresentados pelas famílias que optam por este tipo de ensino. Em contrapartida, sob o crivo da legalidade, tal método poderia contrariar o ordenamento jurídico, impossibilitar o processo de socialização da criança e do adolescente e retirar um dever que é também do Estado.

Os casos concretos, mesmo que em sua minoria, apontam soluções diferentes para a mesma situação: acolher ou não o ensino domiciliar. Desse modo, é preciso demonstrar a importância das normas e as consequências que podem desencadear quando o legislador infelizmente não oferece meios suficientes para disciplinar determinada matéria – no caso o ensino ministrado no ambiente familiar – abrindo oportunidade para múltiplos entendimentos.

2 EVOLUÇÃO DA EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A educação consiste no “processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano” (FERREIRA, 2001, p. 251). Abrange os processos formativos adquiridos no seio familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino, bem como nos movimentos sociais de organizações da sociedade civil e manifestações culturais (art. 1º da LDB).

A tríplice função de garantir a realização plena do ser humano, qualificá-lo para o mercado de trabalho e inseri-lo no contexto de um Estado Democrático é um dever do Estado e da família, e direito de todos, conforme o texto constitucional.

A temática da educação tratada nas Constituições brasileiras nem sempre foi a mesma. Diante da modificação social, a educação passa a incorporar e receber tratamento diferente de maneira que atenda à realidade da época.

A Constituição Imperial de 1824 disciplinou a gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos e previu a criação de colégios e universidades. No período republicano, a competência legislativa em matéria educacional cabia à União e aos Estados (Constituição Republicana de 1891). Enquanto a primeira legislava sobre o ensino superior, os Estados tratavam do ensino secundário e primário, embora ambos pudessem criar e manter quaisquer tipos de ensino (RAPOSO, 2002, p. 1).

Em 1934, inaugura-se uma nova fase do texto constitucional, a União passa a ter competência legislativa para traçar as diretrizes gerais da educação nacional, criando-se um título específico dedicado à família, à educação e à cultura. A Constituição de 1946, por sua vez, retoma os princípios das Constituições de 1891 e 1934, definindo a educação como um direito de todos e assegurando o ensino primário obrigatório e gratuito como princípio basilar.

Com o advento da Constituição de 1967, o ensino particular começa a se fortalecer, em contrapartida o ensino público tem uma leve queda no seu desempenho, mas mantém a estrutura organizacional da Constituição anterior. O mesmo ocorre com a Constituição de 1969, importante salientar que para alguns é Constituição, e para outros é Emenda nº 01, que não altera o modelo educacional disciplinado na norma constitucional de 1967.

Percebe-se que o tratamento constitucional dado à educação consiste em ideologias e valores e, em virtude da disseminação do ensino, a sociedade incorpora aos seus interesses pessoais os interesses que são de toda a coletividade.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 realça a natureza pública da educação conforme a definição de sua estrutura e objetivos. Disposta no artigo 6º, a educação é definida como um direito social, de responsabilidade do Estado, da família e da sociedade. Tendo a União competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF/88) bem como em concorrência com os Estados e Distrito Federal para disciplinar sobre tal matéria (art. 24, IX, da CF/88).

Juntamente com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96), o Plano Nacional de Educação, estabelecido pela Lei 10.172 de 2001, e disposto no artigo 214 da Constituição Federal de 1988 determinam que o desenvolvimento do ensino seja dado pela ação do Poder Público, atendendo às necessidades de todos e erradicando o analfabetismo.

Os Municípios, por sua vez, atuam de forma complementar em relação à legislação federal e estadual (art. 30, II, CF/88). A universalização do ensino é, portanto, colaborativa entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 211, parágrafo 4º, CF/88).

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

Independente de reconhecimento estatal, os direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento pátrio como indispensáveis para a manutenção da dignidade humana, devido seu caráter jusnatural.

Os Direitos Humanos Fundamentais são essenciais a todos e sua consolidação em caráter obrigatório é fruto de um longo processo histórico. Consoante este entendimento, os direitos de segunda dimensão – direitos sociais – surgiram com as pressões decorrentes da industrialização, do crescimento populacional e das disparidades existentes.

Conseqüentemente, o Estado assume um papel mais ativo na realização de uma justiça. O processo educativo, por meio do acesso ao ensino escolar formal, é um direito fundamental social garantido pela norma constitucional e efetivado pelo Estado (art. 6º, *caput*, CF/88).

Sua efetivação ocorre com a transferência de conhecimentos e habilidades para as crianças, jovens e adultos, com o propósito de desenvolver o raciocínio dos alunos, auxiliar no crescimento intelectual e na formação de cidadãos.

A educação constitui um dos elementos necessários para a formação humana. De maneira ampla, pode ser interpretada como o meio em que os costumes e valores de uma sociedade são transferidos de geração para geração. Nesse contexto, busca-se a efetivação da civilidade, cortesia, delicadeza e, principalmente, a capacidade que o indivíduo tem de um convívio para com o próximo.

Por ser um direito de segunda dimensão, que visa atender às necessidades da coletividade, a educação, reconhecida pela ordem constitucional, é elemento atrelado à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, com ela, os objetivos da República Federativa do Brasil se tornam concretos.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção de um bem comum são objetivos visíveis do Estado. Por meio de políticas públicas, tais ações possibilitam o atendimento aos setores da sociedade civil que deles necessitam.

O ensino regular e obrigatório é a forma pela qual o Estado busca a efetividade de tais objetivos. Isso porque crianças e adolescentes na escola representam menor índice de marginalidade, violência e maior possibilidade de inserção no mercado de trabalho. Conseqüentemente, as desigualdades sociais e regionais não serão tão profundas, constituindo uma forma para que a pobreza possa diminuir ou até mesmo ser erradicada (objetivo previsto expressamente no texto constitucional).

Essa busca pela igualdade substancial não determina apenas que o Estado seja garantidor dos direitos individuais, mas que também busque um reordenamento de oportunidades a título de prestar ações que garantam a ordem assente aos direitos da coletividade.

2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EDUCAÇÃO

Por terem natureza também principiológica, as normas que regulam a matéria atinente à educação irradiam seus efeitos por todo o sistema normativo, conferindo solução para os conflitos por meio da ponderação dos valores.

O princípio, apesar de presente expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, não se confunde com a norma. O primeiro é definido como um conjunto de padrões de condutas com dimensão ampla e carga valorativa profunda. Não significa dizer que as normas não sejam importantes, também tem a sua relevância no contexto normativo. As normas são reconhecidas conforme seu aspecto de validade, e em caso de conflitos é preciso averiguar a anterioridade, a hierarquia e a especialidade para que sejam aplicadas. Não faz sentido falar em validade de princípios, a aplicabilidade aqui advém da análise ao caso concreto e o bem que possuir maior “peso” será acolhido.

Além de contar com princípios gerais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à educação comporta princípios informadores (específicos) que devem ser analisados em conjunto para a sua máxima eficiência. O artigo 206 da Constituição Federal de 1988 disciplina, em seus respectivos incisos, os princípios norteadores de um ensino de qualidade e respeito a todos que dele fazem parte, constituindo, assim, uma das figuras do então chamado Estado Democrático de Direito.

A universalidade, igualdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade são peças fundamentais para o pleno desenvolvimento da criança, adolescente, adulto ou quem quer que esteja envolvido.

O pluralismo abre oportunidade para a disseminação das ideias e concepções pedagógicas aplicadas ao ambiente escolar público ou particular, devendo sempre se pautar na legalidade e eficácia.

O aprender é um processo livre de construção do cidadão, não havendo que se falar em atos de pressão para divulgar ideias, posicionamentos ou opiniões.

Deve-se prezar, também, pela valorização do educador e de todos os funcionários presentes direta ou indiretamente no processo de aprendizagem do aluno. Assim, além de condições salariais dignas, lhes devem ser garantidos planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos (quando da rede pública).

Fato é que nem sempre a lei alcança a realidade. São comuns casos de professores que encontram grandes dificuldades para realizarem sua atividade, tendo em vista o caráter precário da escola, o local de difícil acesso e a falta de salário decente e compatível com o desempenho de sua função.

É comum professores realizarem trajetos longos ou perigosos todos os dias para terem acesso à escola, e o mesmo ocorre com os próprios estudantes. Exemplo disso é a região do Amazonas, em que a maioria dos estudantes ribeirinhos mora longe do ambiente escolar. No meio urbano, as dificuldades são as mesmas, relacionadas à deficiência do transporte público.

A garantia do padrão de qualidade da educação bem como a sua gratuidade nem sempre é efetiva, dada a carência de verbas governamentais, de desigualdades

regionais, de falta de compromisso do ente estatal e até mesmo da própria sociedade em cuidado e zelo pelos bens da coletividade.

3 LEGALIZAÇÃO OU REGULAMENTAÇÃO DO ENSINO DOMICILIAR

A discussão sobre a legalidade de um ensino realizado no meio familiar constitui fato social que impõe aos teóricos do Direito interpretação do contexto normativo do qual a sociedade se utiliza, seja para a garantia de seus direitos, seja para o cumprimento de seus deveres.

Diante dessa repercussão é possível notar que o neoconstitucionalismo foi o marco para que as normas deixassem de ser interpretadas como um fim em si mesmo, ou seja, o espírito da norma é nos moldes atuais um meio para a máxima eficiência do direito.

O juiz togado que adere os preceitos do neoconstitucionalismo julga com base em premissas que atendam aos direitos fundamentais e à força normativa da constituição, sendo que a lei toma uma posição intermediária para a realização eficiente do direito posto em juízo.

A Teoria Tridimensional do Direito informa a relevância que se tem sobre o fato social, pois é dele que se cria a norma. A trilogia – fato, valor e norma – deduz que o sistema deve sempre estar em harmonia, de maneira que haja solidez jurídica.

O fato é que o ensino é regulamentado pelo poder público, inclusive o ensino domiciliar para aqueles que não o fizeram em idade correspondente. A educação de jovens e adultos, por exemplo, é uma modalidade de ensino para os alunos que não conseguiram concluí-lo em idade própria.

Existem, também, métodos de educação a distância para os ensinos fundamentais e médios, com propostas e processos pedagógicos iguais aos oferecidos pelas escolas. Neste caso, o ensino fundamental somente poderá ser realizado por aquele que comporta uma idade mínima de dezesseis anos e, para o ensino médio, a idade mínima de dezoito anos.

Incorporado à sociedade brasileira, o ensino supletivo atende aos interesses dos que querem terminar seus estudos de maneira mais rápida do que a fornecida pela escola regular. Por meio deste método, o aluno apenas realiza provas para comprovar sua aptidão e avançar de série.

Tais procedimentos possibilitam aos jovens e adultos o término do ensino fundamental e do ensino médio em conformidade com as suas necessidades, pois muitos não ingressam em uma educação regular por motivos de tempo, horários de aula, local onde se encontra a escola, dentre outros.

No entanto, o analfabetismo funcional ainda é realidade da sociedade brasileira. Com isso, as portas para o mercado de trabalho se limitam e as desigualdades entre as classes sociais se tornam mais visíveis.

Em contrapartida, vê-se que o menor em idade compatível à educação regular não pode optar por modalidades diversas do ensino regular, segundo o texto legal.

Para a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), a educação domiciliar é uma modalidade de ensino que possui duas características específicas diferenciais do realizado na escola ou à distância: os principais direcionadores e

responsáveis pelo processo de aprendizagem são os pais do educando e o local de ensino é o ambiente familiar e comunitário. Além do que apresenta inúmeras variações relacionadas ao material didático, à rotina de estudo e à sequência do conteúdo.

A luta pela regulamentação da educação domiciliar no Brasil é um dos seus objetivos específicos. Acolhem a “regulamentação” e não “legalização” do ensino domiciliar, pois não há previsão legal para essa modalidade de ensino:

falar em “legalização” seria o mesmo que dizer: “Ensinar em casa é contra a lei, e queremos mudar isso”. Mas, esse não é o caso! A educação domiciliar não é ilegal, mas precisamos que isso se torne explícito em nível constitucional. Entretanto, se a educação domiciliar não é ilegal, o que dizer dos casos de famílias processadas e condenadas por ensinar em casa? Ora, justamente pelo fato de não haver uma lei dizendo “pode” ou “não pode”, quando um caso desses vai a juízo, cabe ao juiz decidir se, em sua interpretação, o ato de ensinar em casa fere ou não alguma lei (ou a própria Constituição). É fato notório que somente “caem” na mídia os casos em que juízes consideram ensinar em casa um crime (como o de “abandono intelectual”), entretanto, há vários casos reais de pessoas que foram “absolvidas” sem maiores problemas, continuando a ensinar em casa – o que demonstra que temos um problema de interpretação pessoal, e não de legislação contrária à prática. (ANED, 2013,[s.p])

Afirmam que a criação de uma emenda constitucional seria a solução para se estabelecer segurança jurídica ao ensino ministrado em casa. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3179/2012, criado pelo então Deputado Lincoln Portella, que acrescenta um parágrafo ao art. 23 da Lei 9.394 de 1.996 (LDB), facultando a admissão de uma educação básica domiciliar:

art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

Conforme o referido projeto, a aprendizagem realizada no núcleo familiar não é uma tarefa isolada, desorganizada e insegura para o desenvolvimento intelectual do menor. Assim como nos países adeptos de tal modalidade de ensino, o método de aprendizagem não se limita ao poder discricionário dos pais. Devem sempre obedecer às normas e diretrizes que regulam o ensino e prestar contas ao Estado de suas atividades desempenhadas.

É bem verdade que o texto constitucional e outras normas legais são expressos quanto à obrigatoriedade da matrícula e à exigência de frequência mínima como

requisitos de aprovação. Sob o ponto de vista social, o cumprimento destas normas enfatiza o processo de socialização do aluno. Isso porque há troca de experiências, nas salas de aula, corredores, espaços de recreio, excursões, atividades literárias, esportivas, dentre outras.

Para o princípio da legalidade, não se pode descartar o caráter obrigatório do ensino. No entanto, para um juiz adepto da nova ótica do Direito, julgará o caso concreto preocupando-se com a dignidade humana do menor envolvido. Sendo assim, o dispositivo legal funcionará como um meio fundamental para delinear-lo ao caminho mais satisfativo.

Em precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, uma decisão proferida no ano de 2002 e publicada em 2005 pela 1ª Turma do STJ, não reconheceu o direito a um casal que pleiteava ministrar aulas aos filhos em casa. Segundo o entendimento do STJ, não existe previsão constitucional e legal que reconheça ou autorize os pais a ministrarem aos filhos disciplinas do Ensino Fundamental sem controle do poder público. Argumenta-se:

temos, com o caso em epígrafe, um exemplo concreto de valores distintos entre o que é legal e o que é do direito, saltando aos olhos que nem sempre a obediência cega ao que determina a lei atinge o conceito de justiça. Somente em casos excepcionais, como em caso de acidente ou determinação médica, é permitida a concessão de educação domiciliar, desde que fixada por período breve. Assim, a ausência de matrícula em ensino regular fundamental caracteriza abandono intelectual. Nas lições de Ivan Illich (no livro *Sociedade sem Escolas*), há que se admitir que somos frequentemente "escolarizados" a confundir ensino com aprendizagem, níveis de progresso com educação e diplomas com competência. Há pessoas sem instrução formal que têm muito mais conhecimentos do que pessoas com cursos superiores. Como diz a experiência popular, não há melhor escola que a vida. (*apud* GUIMARÃES, 2013, p. 3)

O HC 88.473, julgado em 03 de junho de 2008, pelo ministro Marco Aurélio, consignou que: "o ECA há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade" (*apud* MOURA, 2012, p. 1). Na esteira do voto do ministro Ricardo Lewandowski:

a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007. (*apud* MOURA, 2012, p. 1)

O princípio da proporcionalidade traduz a ideia de senso comum e, com isso, elucida a possibilidade de aceitação de fato social que estiver em sintonia com a normalidade, com a respeitabilidade e com o equilíbrio social.

Sob esse prisma, não se pode negar a possibilidade de ministrar um ensino em casa, mesmo que seja por causa transitória. Elucida a jurisprudência que em regra o contexto normativo é expresso quanto à impossibilidade de retirar um menor que se encontra regularmente matriculado para ensiná-lo em casa.

Assim, fatores sociais e econômicos devidamente fundamentados são algumas das exceções visíveis em que os pais ou responsáveis podem ministrar um ensino no seio familiar.

4 EDUCAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro determina que todo aquele que causar dano a outrem por meio de ato ilícito fica obrigado a repará-lo (art. 927, *caput*, CC/02).

O direito civil constitucionalizado adveio da necessidade de adequar as normas jurídicas ao atual contexto social, constituindo elemento essencial de harmonia e igualdade entre os homens.

A responsabilidade civil subjetiva se assenta na ideia de que a consequência de uma conduta proibida pela lei deverá ser reparada desde que estejam presentes os elementos determinantes para a sua configuração, quais sejam: conduta, nexos de causalidade, culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*) e dano. Por sua vez, a responsabilidade objetiva exclui o elemento culpa, bastando, para tanto, a conduta, o dano e o nexos de causalidade.

O dano provocado pelo ato ilícito ou lícito (mesmo que a conduta seja acolhida pela lei, o dano causado é passível de responsabilização) pode advir de responsabilidade contratual ou extracontratual.

Será contratual a responsabilidade que firma negócio jurídico bilateral e o inadimplemento gera um ilícito. Por sua vez, extracontratual é, também, a responsabilidade pela prática de um ilícito, no entanto não há que se falar em vínculo anterior entre as partes.

A responsabilidade pelo ensino (interpretado de forma ampla) é comum a todos os entes da administração, aos particulares, à sociedade e à família. Contudo, cada um atuará na medida de sua responsabilidade em prol de um ensino eficiente, de maneira que contribua para o desenvolvimento de uma educação sadia e benéfica.

4.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado enquanto ente político tem a função de assegurar o bem comum e o dever de prestar seus serviços públicos com qualidade. Sendo o povo o titular do poder, cabe ao aparelho administrativo realizar todas as suas necessidades. O ensino público corresponde a um dos serviços essenciais prestados pelo Estado.

Dispõe o artigo 205 da Constituição Federal Brasileira que a educação é um dever do Estado, não havendo que se falar em faculdade de escolha do cumprimento

desse direito social expreso. Complementa o artigo 208 do mesmo dispositivo que o dever de educar preencherá alguns requisitos que atendam aos interesses e necessidades de cada um, como, por exemplo, a condição financeira, a deficiência, dentre outros.

A segurança jurídica que as normas trazem ao disciplinar a educação possibilita ao homem buscar perante a máquina estatal o seu direito, quando violado ou não cumprido. O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA determina:

art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático - escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Lei nº 8.069 de 1990)

O dever estatal é voltado para a prática de condutas positivas, um fazer em prol do bem comum e a sua omissão ou cumprimento inadequado/insuficiente enseja responsabilidade:

TJ-RS - Agravo de Instrumento: AI 70034151332 RS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA PARA FORNECIMENTO DE ENSINO INFANTIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CONFIGURADA. É o entendimento pacificado nesta Câmara que a responsabilidade pela educação é solidária. Logo, não pode o Estado deixar de fornecer ensino infantil sob a escusa de que tal obrigação pertence ao Município. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70034151332, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/01/2010).

(TJ-RS - AI: 70034151332 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 05/01/2010, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/01/2010).

A decisão anteriormente apresentada revela que o Estado não age meramente como um propulsor do ensino, deve, inclusive, manter a órbita de sua disseminação. O fato de deixar de prestá-lo enseja responsabilidade, não podendo de maneira alguma alegar que outro qualquer tenha esse dever, escusando-se de sua responsabilidade.

4.2 RESPONSABILIDADE DOS PAIS

A presença dos pais é elemento essencial para a formação ética e moral da criança e do adolescente. O papel por eles desempenhado contribui ativamente para o desenvolvimento do menor no contexto social.

A educação, aqui, é efetuada de forma ampla, sem um método específico de aplicabilidade. Isso porque pais ou qualquer que sejam os responsáveis pelos menores em regra não apresentam elementos suficientes de especialização profissional disseminados no ambiente escolar. Nesse contexto, não se trata de uma prática educativa formal de ensino, mas tão somente de formação moral, ensejando a construção da personalidade do menor.

No rol dos direitos fundamentais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o art. 53, parágrafo único, é assegurado aos pais ou responsáveis o direito ao acesso e participação de todo o processo pedagógico de seu filho oferecido no ambiente escolar (ELIAS, 2004). Nasce, aqui, um direito subjetivo público, determinando o dever dos pais em efetuar a matrícula de seus filhos em um ensino regular e, em contrapartida, o direito de exigir que o mesmo seja cumprido de forma eficiente.

O direito subjetivo público ao ensino é tratado como uma exigência por parte dos pais ao Estado em um ensino efetivo aos seus filhos quando da omissão da qualidade ou precariedade de educação.

A mudança feita na Constituição pela Emenda Constitucional nº 59, em 2009, determina a obrigatoriedade do ensino escolar regular a partir dos 4 (quatro) anos de idade:

art. 1º Os incisos I e VII do art. 208 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 208.

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (NR)

O descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou aqueles decorrentes de tutela ou guarda ensejam sanção administrativa (art. 249 do ECA). A decisão a seguir revela a aplicação de multa pelo descumprimento do dever legal dos pais em efetuar a matrícula de seu filho na educação fundamental:

TJ-SP - Apelação: APL 7671920118260595 SP 0000767-19.2011.8.26.0595
Ementa

APELAÇÃO- Infração administrativa - Descaso com a matrícula obrigatória e frequência escolar no ensino fundamental - Zelo pela escolaridade inerente ao poder-dever familiar - Configuração do ilícito - Elementos de convencimento suficientes a autorizar o julgamento do feito no estado, ante a revelia dos representados - Educação domiciliar que, a despeito de importar opção pedagógica em tese admissível, posto não vedada pelo ordenamento jurídico, não restou comprovada quanto à sua efetiva

aplicação e eficácia potencial - Necessária sujeição do ensino domiciliar à fiscalização estatal - Aplicação do artigo 249 do ECA - Multa devida - Aplicação do salário mínimo de referência - Recurso desprovido, com determinação *ex officio* de correção da base de cálculo da multa aplicada. Configura infração administrativa (art. 249 do ECA) o descaso intencional dos genitores guardiões com a matrícula e frequência escolar obrigatória no ensino fundamental, a despeito da admissibilidade, em tese, da opção pedagógica pela educação domiciliar, cujo ônus da prova quanto à sua implementação e eficácia pesa sobre os detentores do poder familiar, sujeitos à fiscalização estatal sob esse enfoque.

O caso revela que a educação é um dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 22 do ECA), com o qual abrange a matrícula, acompanhamento eficaz para a frequência e aproveitamento adequado do ensino disponibilizado.

O dever correlato a este direito não se resume na atuação do Estado, deve-se, em primeiro plano, ter a atuação dos membros que compõem o núcleo familiar.

Na seara penal, o abandono intelectual configura crime, com pena de detenção de 15 (quinze) dias a 01 (um) mês ou multa (art. 246 do CP). Trata-se de uma conduta omissiva própria, em que, por falta de justo motivo, os pais cerceiam o direito de seus filhos ao acesso em ensino regular oferecido pelo Estado.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2010), o tipo penal determina que somente configure o crime de abandono intelectual os pais que deixam sem um motivo justo de matricular seus filhos em ensino regular.

Logo, em situações excepcionais, tais como, pobreza, miserabilidade, ou até mesmo a falta de instrução dos pais e/ou responsáveis seriam justificativas plausíveis para que não se enquadrassem nesse tipo penal.

O julgado a seguir revela a ausência do elemento determinante – justo motivo – para a configuração do crime de abandono intelectual:

TJ-RS - Recurso Crime: RC 71002050086 RS
 RECURSO CRIME. ABANDONO INTELECTUAL. ART. 246 DO CP. DOLO DA CONDUTA NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Indemonstrado o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, o dolo de deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária do filho, sem o qual não se concretiza a conduta incriminada, impositiva a absolvição da ré. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71002050086, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 11/05/2009). (TJ-RS - RC: 71002050086 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 11/05/2009, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/05/2009).

Importante vislumbrar a situação dos pais que não efetuam a matrícula de seus filhos por falta de vagas nas escolas públicas. Aqui, de maneira alguma seriam responsabilizados pelo ilícito, pois o elemento dolo não se coaduna com a situação.

A atuação da família é essencial para o processo de socialização do jovem. Nos moldes atuais, a família não é apenas e tão somente a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, tais laços se estenderam e, com isso, as responsabilidades

também. Comum é, também, o ato de avós criarem seus netos ou de irmãos de pais diferentes conviverem em um mesmo ambiente ou os filhos serem criados por apenas um dos pais.

O instituto da guarda revela que, independente do modelo familiar no qual se encontra o jovem, deve-se primar pelo seu interesse e proteção. Assim, aquele que detém o dever da guarda deve oferecer ao menor todos os meios para o seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa, tais como, zelo, sustento, educação.

No art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aquele que detém a guarda deve, obrigatoriamente, prestar a assistência necessária, seja moral, material e educacional. Mesmo que o seu prestador não seja pessoa que faça parte do núcleo familiar, seus deveres se equiparam aos desempenhados pelos pais dos menores.

Por ter um caráter assistencial, a tutela ocorre quando o poder familiar é suspenso ou destituído, ou ainda por falecimento dos pais. Nasce, aqui, o direito de uma pessoa devidamente capacitada para essa função zelar tanto pela pessoa do menor (proteção, alimentação, educação, dentre outras) quanto pelo seu patrimônio.

A responsabilidade pelo zelo, pela guarda e pelo sustento, mesmo que transitória, é atribuída a qualquer responsável na condição de curadoria, tutoria ou guardião.

4.3 PAPEL DA SOCIEDADE NA EDUCAÇÃO

A sociedade é uma colaboradora do ensino na medida em que possibilita o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (art. 205, *caput*, da CF/88).

Pelo processo de socialização, o jovem é preparado para lidar com situações inesperadas, conhecer culturas diferentes, avaliar os valores éticos e morais que são aplicados em seu grupo ou fora dele e os aspectos positivos e negativos do contexto social.

O ambiente escolar é uma ponte para a inserção do jovem neste contexto. Desde os primeiros anos de idade, quando matriculadas, as crianças começam a aplicar os valores que são ensinados por seus pais, tais como, respeito e educação.

Mas somente conseguirão compreender a importância de tais valores a partir do momento que entenderem que são significativos para o próximo. Isso porque no seio familiar, os valores até então ensinados pelos pais são, na maioria das vezes, interpretados como ordens, deveres e obrigações.

O ser social não é somente o que se adequa à cultura de um grupo, mas é aquele que tem a possibilidade de conviver com essa diversidade de ritmos, crenças, credos e traçar seu próprio entendimento sobre valores, direitos e obrigações.

Juntamente com os aspectos positivos que a sociedade traça na vida do jovem, também estão presentes elementos que desembocam para a sua má formação e informação. Não é preciso ir longe para reconhecer que o próprio meio dispõe de tudo isso.

O fenômeno *bullying*, no ambiente escolar, que até então não era discutido como um problema social, mas somente como mero desentendimento de alunos, é, hoje, um exemplo que repercute na esfera física, moral e intelectual do estudante:

a maior parte dos autores tem, contemporaneamente, tratado o “*bullying*” como um comportamento agressivo e perigoso, particularmente disseminado nas escolas entre crianças e adolescentes, onde alguém oferece, conscientemente e de forma repetida, algum tipo de dano ou desconforto a outra pessoa ou a um grupo de pessoas. Tornou-se comum, também, se compreender o fenômeno como resultado de uma relação onde o poder está distribuído de forma desigual, sendo os agressores mais ou influentes do que as vítimas. (*apud* GREENE, 2006, p. 13)

4.3.1 Ensino Domiciliar e sua repercussão social

A educação ministrada no seio familiar ou também conhecida pelos países de língua inglesa como *homeschooling* torna-se crescente. Pesquisas revelam que em países de primeiro mundo, como Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Reino Unido, dentre outros, o número de jovens adeptos a esta modalidade de ensino tem aumentado:

nos Estados Unidos, por exemplo, havia, em 1999, uma população de aproximadamente 850 mil crianças estudando nesse sistema. Menos de 10 anos depois, em 2007, esse número duplicou. Hoje, estima-se que haja cerca de 2 milhões de crianças e adolescentes sendo educados em casa na América. Uma população composta, na sua maioria, isto é, 75%, por famílias cristãs. (ALVES, 2008, p. 1)

Segundo um programa nacional de pesquisa sobre educação realizada nos Estados Unidos (NHES), a substituição do ensino escolar pelo ensino domiciliar estava diretamente relacionado com o ambiente inadequado proporcionado nos centros educacionais:

[...] 31% dos pais responderam que estavam descontentes com o ambiente que a escola propiciava a seus filhos; 30% disseram que gostariam de dar uma educação moral e religiosa mais efetiva a eles, e 16% que o ensino escolar não se enquadrava em seus princípios. (ALVES, 2008, p. 1)

Na esfera nacional, casos isolados passam ao crivo de discussão pelo Judiciário. Um casal da cidade de Timóteo, interior de Minas Gerais, foi condenado e sentenciado ao pagamento de 12 salários mínimos e à efetuação da matrícula de seus filhos menores no ensino regular, sob pena de perderem a guarda e até irem para a prisão.

O caso revela que os pais, Cleber Nunes e Bernadeth Nunes, estavam insatisfeitos com o ensino ministrado na escola pública na qual seus filhos estavam matriculados.

A conduta, segundo o entendimento do julgador, configurou crime de abandono intelectual (art. 246 do CP). Na tentativa de modificar a decisão, em grau de recurso, o casal, para provar que sua conduta não constituía crime, efetuou a matrícula de seus dois filhos no vestibular da Fadipa (Faculdade de Direito de Ipatinga-MG) e ambos foram aprovados com excelente colocação (ALVES, 2008).

A falta de uma estrutura organizacional nas escolas é, também, um dos fatores de descontentamento dos pais ou responsáveis. Sabe-se que, apesar dos investimentos do governo na educação, ainda há muito que mudar e melhorar. Ao mesmo tempo em que algumas escolas públicas conseguem atender as necessidades de seus alunos, outras não possuem viabilidade para tanto.

É real a situação de escolas em que alunos de séries diferentes estudam juntos por falta de salas; não há materiais didáticos suficientes; carteiras para todos; banheiros adaptados para atender aos portadores de alguma necessidade especial, tal como o deficiente físico ou refeição saudável.

Tudo isso influi no desenvolvimento educacional da criança e do adolescente, vez que a sua aprendizagem necessita, também e inclusive, de um ambiente saudável e harmônico.

A insegurança tem sido uma das justificativas para a retirada dos filhos do meio escolar. A paz e tranquilidade que reinavam neste tipo de ambiente infelizmente não são mais elementos veementes no atual contexto social. Casos recentes revelam atos atentatórios à vida de crianças e jovens e consequências psicológicas até irreversíveis advindos da violência escolar.

Exemplo disso é a tragédia de Realengo, ocorrida em 2011, na cidade do Rio de Janeiro. O fato de um jovem entrar em uma escola armado e matar diversos alunos revela a falta de segurança que este ambiente está oferecendo.

Segundo consta, Wellington Menezes de Oliveira, autor desse massacre, adentrou-se às instalações da Escola municipal Tasso da Silveira (Bairro Realengo/RJ) facilmente e da mesma forma teve acesso às salas, das quais matou 12 (doze) alunos com idade entre 13 (treze) a 16 (dezesseis) anos (FAJARDO, 2011, p. 1).

O crime de repercussão nacional causou grande comoção à sociedade, principalmente no sentido de que a violência não é mais restrita a alguns lugares, mas tornou-se geral. Trouxe, também, consequências irreparáveis ou de difícil reparação aos que direta e indiretamente estavam envolvidos.

Nasce, aqui, um grande sentimento de medo, de falta de proteção, tendo em vista, que o Estado é garantidor da segurança e, infelizmente, não consegue cumprir com seu papel.

As indenizações pelas mortes dos estudantes não vão de maneira alguma suprir a dor da perda, tampouco trazer segurança para os pais e filhos quando da retomada de seus estudos. E a recuperação psicológica será um processo longo, pois o trauma demanda tempo para ser superado e, em certos casos, não é possível revertê-lo.

A luz dos princípios e do senso comum, os casos de violência ou, até mesmo, o *bullying* seriam motivos mais que relevantes para o acolhimento do ensino no ambiente familiar, mesmo que por um período transitório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de aprendizagem deve ser interpretado de maneira ampla, pois o homem é um ser em constante evolução.

Na órbita jurídica, o texto constitucional, ao acolher expressamente a educação como um direito social fundamental, conferiu à sociedade a garantia de que sua

aplicação seria efetiva e, em caso de omissão estatal, o interessado poderia exigir seu cumprimento.

No contexto das responsabilidades, vê-se que todos – Estado, família e sociedade – estão atrelados à promoção plena e eficaz do ensino, logicamente, que dentro de suas respectivas competências e atribuições. Existe, aqui, o chamado processo de formação física, moral e intelectual do aluno.

Na seara penal, constitui crime de abandono intelectual o ato de os pais ou responsáveis retirarem seus filhos do ensino regular sem uma causa justa. De acordo com o dispositivo legal, art. 246 do CP, a justa causa é elemento determinante para a tipificação da conduta.

O ensino domiciliar, assim como o ensino escolar, corresponde a uma modalidade de educação incorporada ao contexto social do brasileiro (ainda que em minoria). Não deve ser entendido como contrário à norma, pois os dispositivos legais são interpretados como meios necessários para regulamentar os fatos e, com isso, buscar a máxima efetividade e harmonia do sistema jurídico.

Sob o crivo do neoconstitucionalismo, vê-se um abandono ao positivismo exacerbado, dando lugar à principiologia do senso comum, por isso não basta a mera aplicação da norma, deve-se atentar para a análise ao caso concreto e buscar a satisfação do direito.

Sob a ótica da dignidade humana, não é coerente, muito menos correto, o Estado impor/obrigar uma criança ou adolescente a retomar seus estudos no ambiente em que foi objeto de alguma causa que o levou a querer sair ou ser retirado pela família, tais como, a violência e o *bullying*.

Também não se justifica o fato da família optar por um ensino em casa sem seus membros possuírem um conhecimento técnico mínimo. O fato é que a realidade brasileira mostra que a maioria das famílias (pais ou responsáveis pelo núcleo familiar) possui um grau de escolaridade inferior à de seus filhos. Nessas circunstâncias, é considerada inviável a realização dessa modalidade de ensino.

Chega-se ao entendimento de que não se pode, de maneira alguma, deixar o menor sem um mínimo de conhecimento (processo didático). É obrigatório o exercício de sua aprendizagem, contudo, a forma como será processada é apenas o meio.

A aprendizagem é, portanto, um mecanismo de uniformização da sociedade. O título obrigatório imposto pelo Estado presume que não se quer que apenas uma determinada classe seja beneficiada com o instituto da educação, mas que todos tenham proveito. Além disso, constitui elemento significativo para o processo de socialização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Oziel. Justiça é contra ensino em casa: Pais processados. *Revista Enfoque*. Edição 82 - MAI / 2008. Disponível em: <<http://www.revistaenfoque.com.br/index.php?edicao=82&materia=1051>>. Acesso em: 22 set. 2013.

ANED: Associação nacional de Ensino Domiciliar. Disponível em:
<<http://www.aned.org.br>>. Acesso em 08 de set. 2013.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2013.

BRASIL. *Código Civil*. 11. ed. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constituição Federal*. 11. ed. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FAJARDO, Vanessa. *Falta preparo das escolas para lidar com o bullying, dizem especialistas: um mês após massacre em Realengo tema volta a ser discutido*. São Paulo: G1, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/falta-preparo-das-escolas-para-lidar-com-o-bullying-dizem-especialistas.html>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. *Educação domiciliar e poder público: A Legislação brasileira é veemente na proibição do ensino domiciliar, mas casos como o ocorrido em Minas Gerais, em que um casal processado por ensinar os filhos em casa alegou insatisfação com a qualidade do ensino público. Afinal, a quem pertence o direito de escolher a educação dos filhos?* Disponível em: <<http://conhecimentopratico.uol.com.br/linguaportuguesa/gramatica-ortografia/25/artigo185932-3.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

GREENE, Michael B. *Bulling in Schools. A Plea for Measure of Human Rights*. *Journal of Social Issues*. v. 62, n. 1, p. 63-79, 2006. Disponível em: <<http://www.blckwellsynergy.com/doi/pdf/10.1111/i.1540.2006.00439>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

JUSBRASIL. Jurisprudência: TJ-SP - Apelação: APL 7671920118260595 SP 0000767-19.2011.8.26.0595. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>>. Acesso em: 20 de set. 2013.

_____. Jurisprudência: TJ-RS - Recurso Crime: RS TJ-RS - RC: 71002050086 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 11/05/2009, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/05/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>>. Acesso em: 20 de set. 2013.

MOURA, Cid Capobiango Soares de. *Pai que não matricula filho na escola comete crime*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-09/cid-capobiango-pai-nao-matricula-filho-escola-comete-crime>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAPOSO, Gustavo de Resende. A educação na Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 641, 10abr.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6574>>. Acesso em: 17 out. 2013.