

HOMESCHOOLING E O DIREITO À EDUCAÇÃO: AS TUTELAS CIVIL E PENAL DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

HOMESCHOOLING AND THE RIGHT TO EDUCATION: CIVIL AND CRIMINAL TUTELAGES OF PARENTAL LIABILITY

Luciana Fernandes Berliniⁱ
Rodrigo José Fuzigerⁱⁱ

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o *homeschooling*, a partir do prisma do direito à educação. Para tanto, estabelecer-se-á um recorte metodológico voltado para a responsabilidade parental, em seus aspectos civis e penais. Trata-se de tema atual cuja repercussão geral já foi reconhecida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Cumpre, assim, estabelecer um diálogo entre o Direito Civil e o Penal, especialmente quando a autoridade parental deve ser exercida para garantir o direito à educação. Isso porque, a tutela jurídica desse direito fundamental se dá de forma multifacetada e, muitas vezes, dissonante, haja vista que, embora o direito seja uno, seus diferentes ramos colocam-se de forma desarmoniosa frente à educação, acabando por não dialogar a contento, por conseguinte, não promovendo uma defesa adequada e sistêmica do direito à educação. Dessa forma, buscar-se-á apontar no presente trabalho alguns dos inúmeros desafios (e suas possíveis soluções) ao intrincado tema da tutela do Direito à educação, tendo como pano de fundo a responsabilização parental a partir do fenômeno do *homeschooling*.

ABSTRACT: This article aims to analyze homeschooling, from a view of the right to education. For this purpose, a methodological trail will explore the parental responsibility, in its civil and criminal aspects. This is a current topic in discussions about children rights, whose general repercussion has already been acknowledged by the Brazilian Supreme Court (STF). It is relevant to establish a dialogue between civil and criminal law, once parental authority should be exercised to guarantee the right to education and there are civil and criminal repercussions in case of noncompliance of the obligations. As a consequence of this multiple forms of sanctions, the legal protection of this fundamental right occurs in a miscellaneous and dissonant way, which doesn't cooperate for an adequate and systemic defense of the right to education. In this way, it is intended to establish in this work some of the various challenges (and possible answers to that) of protecting the right to education, having as background the parental responsibility from the phenomenon of homeschooling.

Palavras-chave: *Homeschooling*. Direito à Educação. Abandono intelectual.

Keywords: Homeschooling. Right to education. Intellectual abandon. Parental Responsibility.

ⁱ Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/Minas. Professora e Coordenadora Adjunta da Universidade Federal de Lavras. Professora do Curso de Direito Médico do IEC- PUC/Minas. Membro do IBERC. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. ORCID: 0000-0001-5379-974X. E-mail: luciana@berlini.com.br.

ⁱⁱ Doutor em Direito pela USP. Doutor em Governança global pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito pela USP. Bacharel em Filosofia e em Direito pela USP. Professor Universitário e Coordenador da Pós-graduação em Ciências Criminais do Curso Êxito - São José dos Campos - SP. Parecerista e autor de livros e artigos no Brasil e Espanha. Advogado. ORCID: 0000-0001-6372-4864. E-mail: rodrigo.fuziger@usp.br.

SUMÁRIO: 1. Direito e Educação: interlocuções necessárias. 2. *Homeschooling*: impasses entre Direito e Educação. 3. Responsabilidade Parental e *Homeschooling*. 3.1 A tutela civil do *Homeschooling* 3.2 O tratamento jurídico-penal do *homeschooling*: o crime de abandono intelectual. 4. *Homeschooling* e o Direito à Educação. 5. Considerações finais. Referências.

1. DIREITO E EDUCAÇÃO: INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS

O presente artigo cuida da análise do direito à educação, com vistas a desenvolver sua aplicabilidade a partir das tutelas civil e penal pertinentes ao exercício da parentalidade e sua consequente responsabilização nos casos de *homeschooling*.

Para tanto, necessária se faz a apresentação de um esboço sobre a educação, cujo conceito é caleidoscópico. Isso porque, tal expressão guarda uma polissemia que demanda uma cuidadosa delimitação de qual significado de educação está a se empregar em uma interlocução a respeito do tema. Portanto, de partida, delinea-se aqui a educação como valor basilar à construção da identidade de uma sociedade.

Nesse sentido, a educação é valor imprescindível a uma sociedade para o fomento de interesses individuais e coletivos, uma vez que serve de instrumento por meio do qual se consubstanciam as possibilidades de desenvolvimento humano. Assim, a educação carrega em seu âmbito um caráter duplo, em que dois elementos (a transmissão de conhecimento e o processo de sociabilização) atuam de forma sinérgica em prol da transformação de um ser humano, como ente biológico, num ser social, como ente culturalmente construído.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental à consecução de toda sorte de outros direitos, uma espécie de alicerce sobre o qual um edifício de valores e interesses comungados socialmente se estabelece. Nesse sentido, a educação adquire uma função instrumental, como uma espécie de direito por meio do qual se promovem toda uma série de outros direitos.

O tratamento da educação é identificado ao longo de toda textura constitucional. Destaca-se o artigo 6º da Constituição Federal¹, o qual enumera os chamados “direitos sociais” e dispõe a educação em primeira posição no rol de tais direitos, possivelmente com um valor simbólico de prevalência, muito embora não haja uma hierarquia de importância entre os valores sociais previstos. Assim, como direito social, o constituinte alçou a educação a direito público subjetivo oponível ao Estado, sendo que todos os entes federativos têm obrigações relativas à educação.

¹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mais à frente, a própria Constituição Federal dispõe sobre a educação de forma detida². Nesse diapasão, o artigo 205 da Carta Magna brasileira é paradigmático, ao sintetizar de maneira não exaustiva a importância e finalidade da educação, *visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*.

Nota-se, assim, que o direito à educação é estabelecido como um dever estatal e familiar, sendo que essa corresponsabilidade prevista no artigo 205 enseja debate acerca da titularidade e obrigação de prover a educação, tema sobre o qual se lançará olhar mais adiante neste artigo. Fato é que, ainda no que concerne ao Estado, a Constituição Federal prescreve outro mandamento, acerca do dever de prestação da educação, a respeito do lapso de idade no qual a educação é obrigatória:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

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;

A dilatação do período de educação compulsória também enseja uma série de debates pois, muito embora a expansão da idade escolar tenha ido ao encontro de diplomas internacionais, surgiram dificuldades de harmonização com demais normas do ordenamento nacional, como no direito do trabalho, a respeito da compatibilização entre idade escolar e idade laborativa.

No direito penal também surgem consequências da mudança do período escolar obrigatório, por exemplo, em relação à tipificação do crime de Abandono Intelectual (artigo 246 do Código Penal), tema que será abordado mais à frente no presente trabalho.

Charles Russo observa que as leis sobre educação obrigatória da maioria das nações – as quais demandam que as crianças frequentem a escola a partir de uma idade de cinco ou seis anos – operam em consonância ou em virtude de normas internacionais.³

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, foi o primeiro documento internacional a alçar o valor da educação como direito humano básico. De acordo com a Declaração, todos têm direito à educação, que deve ser gratuita, ao menos nos estágios mais elementares, os quais deverão ser compulsórios.

Já na Declaração dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1959, reiterou-se os direitos das crianças à educação. Para tal Declaração, em seu princípio sétimo, a educação serve como mecanismo de promoção cultural, permitindo, com bases no oferecimento de iguais oportunidades, desenvolver suas habilidades, sua capacidade individual de julgamento e seu

² Na seção I, do capítulo III (“Educação, Cultura e Desporto”), do título VII (“Da ordem social”).

³ RUSO, Charles. Reflections on Education as a Fundamental Human Right. *Education & Law Journal*, Westlaw, dez. 2010.

senso moral e de responsabilidade social, tornando-o um membro útil à sociedade. O princípio norteador do direito à educação é a ideia de melhor interesse da criança, a qual está eminentemente depositada sobre a tutela dos pais.

Cabe mencionar, que há no preâmbulo da Declaração uma interessante e inédita menção às crianças que possuem algum tipo de deficiência física, mental ou social, as quais deverão receber especial tratamento, educação e cuidado, em virtude da particular condição que possuem. Percebe-se, no entanto, que a situação das pessoas com deficiência é vista pelo Estado muito mais pelo lado econômico do que pelo social. Custa caro para o Estado manter uma pessoa com deficiência e estima-se que haja 120 milhões de crianças com deficiência.⁴

Embora representem um número expressivo, no Brasil e no mundo, as pessoas com deficiência sofrem diversos tipos de exclusão, o que pode ser facilmente verificado no que diz respeito ao direito à educação de crianças e adolescentes com deficiência, cuja abordagem será melhor elaborada no tópico seguinte.

Pondera, no entanto, Charles Russo, que a perfeita identificação dos direitos educacionais é difícil, pois tais direitos devem ser vistos a partir de especificidades culturais e contextos sociais das nações, cuja diversidade é imensa. Nesse sentido, em virtude de valores culturais, em várias oportunidades, crianças tiveram o direito à escolarização negado em razão de critérios demográficos, como raça, gênero e religião. Não apenas os direitos educacionais são variados, mas também a própria noção de obrigatoriedade da educação não era absoluta, tratando-se de um fenômeno recente.⁵

No Brasil, quando do julgamento do Ag.Rg. no RE 410.715-5, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em novembro de 2005, afirmou-se ser a educação infantil uma prerrogativa constitucional indisponível deferida às crianças, como primeira etapa do processo de educação básica, visando seu desenvolvimento integral.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º).

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de

⁴ Estimativa dos números das crianças com incapacidades ligeiras, moderadas ou severas. (VISIBLE Leadership for Children Annual Review. *SaveTheChildren.com*, 2011. Disponível em: https://resourcecentre.savethechildren.net/node/14974/pdf/annualrep_2011.pdf. Acesso em: 14 maio 2019).

⁵ RUSSO, Charles. Reflections on Education as a Fundamental Human Right. *Education & Law Journal*, cit.

prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível"⁶.

Desta feita, como prerrogativa constitucional que é, o direito à educação é indisponível. Resta, portanto, analisar se o fenômeno do *homeschooling* viola ou não esta indisponibilidade, já que elucida o impasse inicial na relação entre direito e educação que diz respeito à própria delimitação do sentido de educação, que será trabalhado detidamente a seguir.

2. HOMESCHOOLING: IMPASSES ENTRE DIREITO E EDUCAÇÃO

De início, fundamental esclarecer que o termo *homeschooling* possui algumas tentativas de tradução para a língua portuguesa, sendo que nenhuma delas mostrou-se hegemônica e maciçamente utilizada⁷. Na falta de um consenso mínimo acerca da tradução e em razão do uso difundido da expressão em inglês, preferiu-se aqui empregar um estrangeirismo, em prol da familiaridade e notoriedade do termo em seu original, na língua inglesa.

O *homeschooling* pode ser definido como o método de instrução de crianças e adolescentes exercido fora das instituições formais de ensino.

Nesse sentido, uma tradução literal do termo inglês levaria a ideia de "escolarização em casa". Exemplo de tal prática ocorre com os pais que optam por prover a instrução dos filhos no próprio lar, servindo estes próprios pais de professores ou por meio de outros mecanismos, como a ideia de professores particulares, aulas virtuais, fomento ao ensino autodidata, entre

⁶ STF, 2ª Turma, RE 410.715 AgR, Relator Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJE 03/02/2006.

⁷ São exemplos de tradução, encontrados em textos acadêmicos ou não: educação domiciliar; ensino em casa; educação no lar; escola em casa; educação doméstica; educação não-institucional; educação familiar.

outros métodos. Haja vista a multiplicidade de formas possíveis de se praticar o *homeschooling*, tem-se como elemento caracterizador a ausência de ensino formal, ou seja, a criança ou adolescente não está matriculada ou não frequenta uma escola⁸.

Definiu-se acima o *homeschooling* como um método de instruir. O emprego do verbo instruir busca criar uma diferenciação com o verbo educar, sendo esta última, no sentido da ação que ocorre ou, ao menos, deveria ocorrer dentro do ambiente escolar. Entende-se que instruir significa fornecer conhecimento, o que é parte da missão inerente à ideia de educar. No entanto, educar vai mais além do que apenas instruir. Educar seria instruir (ou seja, promover o conhecimento), mas também fomentar o processo de socialização do indivíduo. É diante deste propósito que surge a grande questão do polarizado debate acerca do *homeschooling*⁹. É dizer, as razões que levam os pais a optar pelo *homeschooling* são conciliáveis a um dos objetivos precípuos da educação, qual seja, a socialização de indivíduos em um ambiente pluralista, apto a formar cidadãos?

De partida, conforme depreende-se das várias formas já enumeradas em que se pode exercer o *homeschooling*, fundamental perquirir se todas elas estão aptas a instruir a contento as crianças e adolescentes e, caso atingido esse primeiro propósito, deve-se analisar se todas promoveriam de alguma forma a socialização.

Sem dúvidas, no que concerne à socialização, há uma dificuldade de ordem prática no *homeschooling*: o convívio com outros indivíduos no seio do próprio lar é demasiadamente restrito, inapto a expor a criança à diversidade. Muito embora, seja cediço que, por exemplo, muitos colégios, em especial alguns da rede particular de ensino, possuam um público absolutamente homogêneo (no que diz respeito a classe social, religião, etnia, ascendência, domicílio), ainda assim há nesses pequenos feudos escolares uma exposição a ideias, conceitos e valores que fogem ao que é estabelecido em um núcleo familiar de forma individual.

Além disso, dentro do ambiente escolar formal de ensino, a matriz curricular elaborada pelo Ministério da Educação, de observância compulsória em seus requisitos mínimos, impõe certos saberes que extrapolariam o âmbito de uma educação enviesada a partir dos valores que norteiam determinado núcleo familiar.

Não se quer dizer aqui que a educação formal é neutra, o que seria uma postura

⁸ Independente das razões que ensejam a opção do *homeschooling* e apesar de ser uma prática negada pela legislação brasileira, de acordo com dados da Associação Nacional de Ensino Domiciliar (Aned), existem no Brasil mais de 800 famílias praticantes da educação em casa. Nesse sentido, vide o site da associação, em: <http://www.aned.org.br/portal/index.php/ensino-domiciliar>. Acesso em 04 maio 2019.

⁹ Como posição destoante da tônica deste artigo, a favor do *homeschooling*, por exemplo: ANDRADE, Édison Prado. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades de ampliação do direito à educação*. Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014; FRANCIULLI NETO, Domingos. *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15436-15437-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019; MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/pt-br/conteudo/homeschooling-uma-alternativa-constitucional-%C3%A0-fal%C3%Aancia-da-educa%C3%A7%C3%A3o-no-brasil>. Acesso em: 27 maio 2019.

ingênua, ignorante às ideologias que estruturam os saberes e as formas pelas quais o conhecimento é perpassado. Tampouco se afirma aqui que as escolas têm logrado êxito em empreender uma formação pluralista, apta a socializar os jovens e moldá-los para a prática da cidadania. No entanto, o funcionamento insatisfatório do ensino brasileiro não invalida o valor do pluralismo como fundamento constitucional do direito à educação. Nesse sentido, há que se ter em mente que sob o argumento do sucateamento do ensino formal, os pais que optassem pelo *homeschooling* poderiam, em prol de uma instrução mais efetiva, negligenciar a formação pluralista do indivíduo.

De outra mão, outra possibilidade da opção pelo *homeschooling* decorreria da própria negação do valor pluralismo, ensejando a opção dos pais pela busca por uma educação calcada em valores e dogmas peculiares às suas específicas crenças. Nota-se, a título ilustrativo, que considerável parte de trabalhos acadêmicos em defesa do tema no Brasil possuem fundamentações de ordem religiosa¹⁰.

Como delineado, as causas que ensejam o *homeschooling* são variadas, mas interessa aqui analisar os aspectos jurídicos do exercício da parentalidade na adoção do *homeschooling* no Brasil.

Segundo o artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), modificado pela Lei 12.796/2013 prescreve que “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 anos”. Conforme já apontado, a Constituição Federal harmonizou-se a tal preceito, ao dispor em seu artigo 208, inciso I, que a educação obrigatória ocorre dos 4 aos 17 anos.

No que tange ao Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente em seu artigo 55, “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

Tal obrigatoriedade deve ser questionada, pois embora no Brasil a questão ainda seja polêmica, o *homeschooling*, que já foi implementado em 63 países.

Em 2002, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade dos pais promoverem a educação domiciliar, sob o fundamento de que competiria ao Poder Público o controle da frequência e carga horária, alegando, ainda, a inexistência de previsão legal para o *homeschooling*, como se observa:

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. (...) Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos

¹⁰ Não foram encontrados dados acerca da motivação das famílias brasileiras que optaram pelo *homeschooling*. No entanto, a título ilustrativo, o *National Center for Education Statistics* aponta que 36% dos pais estadunidenses que optaram pela educação domiciliar o fizeram por razões de ordem religiosa, ao passo que 21% em razão do ambiente escolar ser considerado desfavorável. Dados disponíveis em: <https://nces.ed.gov/pubs2009/2009030.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. Segurança denegada à mingua da existência de direito líquido e certo.¹¹

No entanto, a discussão retoma o cenário jurídico em 2012, quando o MEC¹² cria a possibilidade de que o desempenho no ENEM seja utilizado como certificação de conclusão de ensino médio.

Além disso, também dispõe o ECA em seu artigo 54, no §3º, que “compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola”.

Assim, muito embora não haja regulamentação legal para a educação domiciliar no Brasil, especialmente porque as normas que tratam da temática se referem sempre à obrigação dos pais ou responsáveis de efetuar a matrícula dos seus filhos, como já se verificou nos artigos 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o STF, entendeu tratar-se o tema de repercussão geral:

Ementa: EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). 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. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional,

¹¹ STJ, 1ª Seção, MS 7.407/DF, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, j. 24/04/2002, DJE 21/03/2005.

¹² Portaria MEC nº 10, de 20 de maio de 2012.

inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.¹³

Verifica-se, desse modo, a absoluta atualidade do debate acerca do *homeschooling* a partir da recente decisão. O Recurso Extraordinário foi julgado desprovido e fundamentado de uma maneira geral na ausência de previsão legal, como também no princípio do melhor interesse da criança. Segundo a fundamentação adotada pelo plenário do STF, o pedido de educação domiciliar não poderia ser acolhido, *uma vez que não há legislação que regulamente preceitos e regras aplicáveis a essa modalidade de ensino*. O relator, ministro Barroso, foi voto vencido e o ministro Fachin foi parcialmente vencido também. O ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência para o desprovimento do recurso e foi seguido pelos demais.

Dessa forma, embora seja possível, em muitos casos, que a educação seja exercida no âmbito familiar, seja em decorrência da formação dos genitores, seja pela condição econômica que viabilize o *homeschooling*, fato é que a escola não garante apenas a educação formal, mas insere a criança no convívio social, permitindo que ela interaja com outras crianças, vivenciando experiências que não seriam possíveis no âmbito familiar. Ademais, a ausência de parâmetros legais para se estabelecer a educação domiciliar poderia comprometer o melhor interesse da criança, motivo pelo qual o STF fixou a tese de que: “*não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*”.

É cediço que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem o condão de servir como fiel da balança de questões tormentosas que dividem doutrina e jurisprudência, o que se repete a respeito do exercício do *homeschooling*.

3. RESPONSABILIDADE PARENTAL E HOMESCHOOLING

3.1 A TUTELA CIVIL DO HOMESCHOOLING

Investigar a incidência da tutela civil nas relações paterno-filiais não é uma tarefa simples, haja vista a necessidade de se repensar o exercício da parentalidade no cumprimento ao direito à educação dos filhos, principalmente para a proteção à infância e à juventude que se pretende alcançar.

A autoridade parental determina uma série de deveres recíprocos, sendo que os pais precisam assistir seus filhos materialmente e emocionalmente, o que abrange a obrigação

¹³ STF, RE 888.815, Relator Min. Roberto Barroso, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 12/09/2018, DJE 20/03/2019.

de garantir o direito à educação, por exemplo.

Desse modo, o respeito à criança e ao adolescente, deve levar em consideração sua condição de sujeito, livre e titular de autonomia, como expressão da garantia constitucional, que, juntamente com o sistema de proteção integral e o melhor interesse da criança devem orientar as relações familiares, o que demonstra a necessidade de se verificar a implementação e compatibilidade do *homeschooling* com o direito à educação.

O artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o cabimento de medidas de proteção, que podem ser pensadas, por exemplo, nos casos em que os pais deixam de matricular seus filhos na escola:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

Em consonância com este dispositivo, o artigo 101, do referido diploma legal, prevê no inciso III, a medida de matrícula e frequência compulsórias em estabelecimento oficial de ensino, o que deve ser interpretado de forma sistemática com as alterações constitucionais e infraconstitucionais trazidas pela LDB, abrangendo o ensino para crianças e adolescentes dos 4 aos 17 anos.

Assim, uma vez constatada uma criança ou adolescente em situação de risco, por não estar sendo seu direito à educação respeitado pelos pais ou responsáveis, pode-se pensar em uma medida protetiva de matrícula compulsória em seu favor, sendo esta aplicação competência normalmente atribuída ao Conselho Tutelar (conforme artigo 136 do ECA), mas também passível de ser aplicada pela autoridade judiciária.

Note-se que, diferentemente das medidas de proteção aplicadas pela autoridade em favor da criança ou adolescente, as medidas destinadas aos pais ou responsáveis possuem um caráter coercitivo, fazendo com que seu descumprimento possa ensejar, por exemplo, a aplicação de uma sanção administrativa nos moldes do artigo 249 do ECA.

Nesta hipótese, a autoridade competente, normalmente o Conselho Tutelar (art. 136, II) ou a autoridade judiciária da infância e juventude (se houver) em hipóteses mais específicas, determina que os pais ou responsáveis realizem a matrícula do menor e acompanhem sua frequência e aproveitamento escolar conforme artigo 129, V do Estatuto.

Aqui não há, como no item anterior, a necessidade de uma interpretação conformativa com o texto constitucional já que o artigo 129, V não faz qualquer menção a fase escolar ou mesmo a faixa etária determinando tão somente que é possível que a autoridade determine que os pais ou responsáveis procedam à matrícula e acompanhem o desenvolvimento escolar do filho.

Assim, a obrigação parental de matricular os filhos na escola pode ensejar o

ajuizamento de ações contra os pais ou responsáveis, cumulada com multa cominatória, como forma de tutela civil.

Apesar das ações contra os pais e mesmo a multa cominatória apresentarem natureza procedimental, o fundamento jurídico que consubstancia sua aplicação decorre do disposto no artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autoriza tal medida.

Como esta cominação de multa tem previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente é preciso verificar como ela surge e em quais hipóteses poderá ser aplicada.

Dessa forma, há que se analisar o parágrafo primeiro do artigo 208 (BRASIL, 1990)¹⁴, do diploma legal em comento, que torna exemplificativo o rol de ofensas aos direitos da criança e do adolescente, que são passíveis de ações de responsabilidade. Com isso, há uma autorização para o ajuizamento destas ações contra os pais, ou um deles, nos casos de violação ao direito de educação dos filhos, em razão da não matrícula escolar.

Assim, por ser *numerus apertus*, o rol do artigo 208, permite que quaisquer outros direitos da população infanto-juvenil sejam demandados pela via judicial, desde que haja violação aos direitos dessas crianças e adolescentes.

O artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, ao trazer o instituto da tutela antecipatória, estabelece pena pecuniária capaz de dar efetiva proteção em caso de descumprimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que pode ser aplicado pelo juiz em caso de violação de tais direitos aos pais que descumpram a medida:

Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

Trata-se de uma possibilidade trazida pelo Estatuto, de antecipar a tutela nas ações propostas nos Juizados da Infância e da Juventude, à semelhança do que ocorre na Justiça Comum, com o dispositivo do artigo 303 do Novo Código de Processo Civil.

Assim, antes da instrução processual, com base no referido artigo 213, o juiz pode conceder, liminarmente, a obrigação de fazer para os pais, de modo que se proceda a matrícula escolar do mesmo, entre outras possibilidades.

O juiz deverá ainda, estabelecer a multa cominatória, para o caso de descumprimento da obrigação, nos termos do parágrafo segundo e terceiro do artigo 213:

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do

¹⁴ As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Juntamente com a antecipação, o juiz deve impor multa para o caso de descumprimento da obrigação pretendida. É medida menos gravosa que a destituição da autoridade parental e, obviamente, menos gravosa que as penas impostas pelo Direito Penal, embora não se possa mitigar a responsabilização penal em todas as hipóteses, como será abordado mais adiante.

A importância do tema é trazida por Rolf Madaleno:

Apresentando-se como instrumento legal realmente capaz de garantir aos menores – crianças e adolescentes – efetiva proteção sociojurídica, por curial que não poderia restar ausente de seus dispositivos, norma cominatória capaz de atuar sobre a vontade de quem procura infringir preceitos estatutários concebidos para dar ampla proteção ao menor.¹⁵

Através da multa cominatória, tem-se um meio coativo para inibir os pais a prosseguirem com a conduta violadora de direitos, sem, contudo, retirá-los do convívio de sua família, vez que o afastamento dos filhos do convívio parental acaba por comprometer o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Defende-se, dessa forma, que as medidas mais graves sejam aplicadas subsidiariamente e apenas em caráter de exceção, nos casos em que a destituição da autoridade parental atenda efetivamente ao princípio do melhor interesse da criança.

No tocante ao valor da multa e sua periodicidade, a lei não estabelece critérios ou limitações, ficando a cargo do juiz decidir à luz do caso concreto.

Há que se levar em consideração os princípios da razoabilidade e do melhor interesse da criança, de forma que a multa não tenha um valor irrisório a ponto de não coagir o genitor omissor ou, ao contrário, ser demasiadamente elevada, a ponto de torná-lo insolvente e comprometer sua dignidade e de sua família.

Lembrando que o valor da multa, diferentemente do que estabelece o Código de Processo Civil¹⁶, será revertido para o fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, nos termos do artigo 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As ações dessa natureza deverão ser propostas nos Juizados da Infância e da Juventude, “no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá

¹⁵ MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no direito de família. *In: Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 3. 2001, Ouro Preto, MG; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, Ordem dos Advogados do Brasil, 2002. p. 552.

¹⁶ No Código de Processo Civil, mais especificamente, há cominação de multa à semelhança da multa do Estatuto da Criança e do Adolescente, ora tratada, mas ela se difere desta na medida em que é revertida em favor do autor da demanda, nos termos do artigo 537.

competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”.¹⁷

Cumpra esclarecer, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, preceitua em seu artigo 141, a possibilidade de a criança e o adolescente terem acesso à Justiça, sem a necessidade de um representante, que em regra são os pais. Podendo, inclusive, demandarem contra eles.

Nesses casos os menores serão representados por um curador especial, responsável por esta prestação jurisdicional. A nomeação deste curador “permitirá uma atuação mais efetiva para a proteção da criança, requerendo o curador aquela solução que melhor servirá aos interesses da criança.”¹⁸

O Ministério Público, com as prerrogativas do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a possibilidade de resguardar os direitos infanto-juvenis e propor ações que visem coibir a negligência praticada pelos pais.

Visto isso, a multa cominatória é trazida como possível alternativa à solução do não cumprimento de matricular os filhos menores, o que permitiria cessar a inércia sem comprometer, ainda mais, os direitos infanto-juvenis, como poderia ocorrer com a responsabilização penal, por exemplo.

Mas a tutela civil não se esgota nessas hipóteses.

O artigo 1.638 do Código Civil trata da perda da autoridade parental, decorrente da infringência dos deveres parentais, por ato judicial.

Nesse sentido, o sustento, a guarda e a educação constituem obrigações básicas e fundamentais, oriundas da autoridade parental¹⁹, não podendo os pais se esquivarem, cabendo ao juiz, de acordo com a gravidade, intensidade ou reincidência da falta, determinar a perda ou a suspensão do encargo.

Nota-se que o objetivo da aplicação da perda ou suspensão da autoridade parental não visa a punir os pais, embora configure uma sanção, seu escopo é atender ao melhor interesse da prole. Exatamente por isso a perda deve ocorrer tão somente nas hipóteses em que haja o atendimento a esse princípio mesmo após avaliar outras medidas cabíveis.

Ainda que os pais tenham negligenciado a educação dos filhos e até mesmo

¹⁷ Ressalta-se que, a competência para essas ações é da Justiça da Infância e da Juventude, haja vista a situação de risco, motivo pelo qual o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 148, IV, que a Justiça Especializada é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no artigo 209.

¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 914.

¹⁹ [...] Não se trata de “poder”, nem propriamente de função. Não há relação de subordinação. É mais que um “direito-dever”, expressão híbrida equivocada. [...] As características da autoridade parental: 1) É um múnus, significado que transcende o interesse pessoal, e o exercício da autoridade parental não consiste necessariamente no atendimento do interesse privado. O direito respectivo também está submetido a certos limites, por exemplo, o respeito à liberdade religiosa ou crenças; 2) É irrenunciável, mas pode ser destituído do exercício do direito; 3) É inalienável, não suscetível de ser transferido; 4) É imprescritível. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 222-225).

cometido outras violações aos direitos relativos à infância, o julgador deve ter em foco o benefício da medida para a criança ou adolescente. O julgamento procedente do pedido, quando não há parentes que possam cuidar do menor, ou perspectivas de adoção, por exemplo, pode prejudicá-lo ainda mais.

Nos casos de sentença determinando a suspensão ou decretando a destituição da autoridade parental a criança ou adolescente ficará sob a autoridade do outro genitor, se houver e se este detiver essa autoridade. Pois, do contrário, “as crianças e os adolescentes terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”.²⁰

Neste contexto, estes autores entendem que o descumprimento da obrigação legal de matricular a criança ou adolescente em estabelecimento de ensino, não justificaria a aplicação de tão gravosa medida que para além de não resolver a questão da não efetivação do direito a educação do menor, ainda o afasta de seu núcleo familiar.

Obviamente que a omissão é reprovável e deve ser responsabilizada, mas a destituição de ambos os pais pode prejudicar os filhos. Como já mencionado, deve-se verificar o melhor interesse da criança na hora de julgar.

Por isso mesmo, defendeu e defende-se a prevenção como a melhor forma de combater a violação do direito à educação de crianças e adolescentes, para que os menores não sofram ainda mais, punidos duas vezes.

Observa-se, portanto, que matricular os filhos na rede regular de ensino é um dever dos pais, ensejando tutela civil pertinente à espécie, o que compreende, também a responsabilização civil, pois seu descumprimento caracteriza-se como modalidade de negligência precoce.

Negligência Precoce é a situação onde não há uma interação satisfatória entre mãe e filho durante uma fase crítica na vida da criança. Essa ocorrência caracteriza uma das condições capazes de interferir no desenvolvimento infantil. Dependendo da dimensão psicológica e neurológica dessa Negligência Precoce, mesmo que a criança tenha recebido cuidados materiais e físicos adequados mas, tenha sido, esse relacionamento, emocionalmente indiferente ou carente, os danos causados podem ser permanentes.²¹⁻²²

Antes de se adentrar nas peculiaridades da responsabilização civil pelo

²⁰ Artigo 1.734 do Código Civil.

²¹ DICIONÁRIO de Neurociências. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/gloss/dicn.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

²² Várias são as formas pelas quais a negligência se manifesta, sendo mais comumente apresentada pela falta ou ineficiência de alimentação; péssimas condições de higiene; falta de limites, o que se verifica quase sempre pela falta de rotina; falta de cuidados mínimos na manutenção do lar, como deixar à disposição das crianças materiais inflamáveis, perfuro-cortantes, remédios e tudo aquilo que ponha em risco a integridade da criança/adolescente; omissão com relação à saúde da criança, que não é levada ao médico ou dentista; omissão com relação à educação, quando não se matricula a criança na escola; desinteresse pela criança ou adolescente; a falta de supervisão, deixando a criança sozinha, sem que tenha condições para isso ou ignorando sua existência.

descumprimento do dever de matricular os filhos na escola, há que se mencionar que o descumprimento desse dever já foi há muito tolerado para crianças ou adolescentes com algum tipo de deficiência.²³

A definição objetivamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, que determina quem são as pessoas com deficiência, está nas leis n.º 10.048, de 8 de novembro de 2000, e n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha retomado a definição de maneira ampla.

Além disso, segundo a atual Constituição brasileira, em seu artigo 208, inciso III, a educação é um direito de todos, sendo que o dever do Estado com a educação será efetivado para as pessoas com deficiência, mediante a garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece em seu artigo 27 que:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.
Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

O que ocorre é que muitas vezes tais direitos deixam de ser aplicados, pelo simples fato de a criança ser pessoa com deficiência, como se por esta condição deixasse de ter direitos.

Durante longo período da história crianças e adolescentes com deficiência sequer tinham acesso à escola, os genitores nem mesmo cogitavam em promover sua educação. O Estado também não oferecia respaldo para esses pais.

Para uma criança portadora de deficiências, a educação pode ser literalmente vital para sua vida, mais ainda do que para uma criança não deficiente. A inacessibilidade do sistema de ensino – currículos antiquados, critérios de avaliação rígidos, professores com formação insuficiente, falta de recursos, edifícios inacessíveis – talvez tenha mais impacto do que as limitações por parte da criança. Países tão diversos como o Japão, a Argentina, e muitos países do ex-bloco soviético utilizam critérios de diagnóstico para determinar se uma criança tem ou não direito à educação, e se for esse o caso, a que tipo de ensino. Frequentemente é a incapacidade que determina o tipo de escola que a criança irá eventualmente frequentar. As opiniões dos pais e da criança, e as capacidades e necessidades efetivas da criança são repetidamente ignoradas. Isto é uma violação direta do direito a uma educação apropriada às aptidões da criança, e do respeito pelas responsabilidades e direitos dos pais, para já não falar dos princípios da não discriminação e do interesse superior da criança.²⁴

²³ No Brasil, segundo estabelece a Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência, entre as deficiências admitidas estão a deficiência mental, motora, auditiva, visual e múltipla, por serem as mais abrangentes e frequentes, constantes da Classificação da OMS.

²⁴ JONES, Hazel. *Os direitos das crianças portadoras de deficiências: um guia prático*. Trad. de Octávio Gameiro. Impresso por Bergs Grafiska AB 2002, p. 21.

Como qualquer criança e adolescente, o filho com deficiência tem direito à educação pública e gratuita, assegurada por lei²⁵, preferencialmente na rede regular de ensino e, caso seja necessário, à educação especial, em estabelecimentos de ensino adequados às suas necessidades, devidamente equipados e preparados pelo Poder Público, como determina o artigo 54, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumpra-se destacar, portanto, que o exercício da autoridade parental evoca a responsabilidade do pai e da mãe na criação e proteção dos filhos de forma a assegurar os direitos básicos previstos no artigo 227 da Constituição da República de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), reforçando os princípios constitucionais, autoriza procedimentos práticos para o exercício deste direito. A nova Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9394/96), por sua vez, é a sistematização e uma efetiva implementação deste direito.²⁶

Assim, Taísa Maria Macena de Lima afirma que, muitas das vezes, “a negligência de que trata o artigo 186 do Código Civil de 2002 pode estar presente. Nesses casos, e somente nestes, é defensável o dever dos pais de indenizar o filho por dano pessoal ou material”.²⁷

Dessa forma, havendo violação desses deveres, surge o direito do ofendido à reparação, em decorrência da caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, ação/omissão culposa, dano e nexo causal.

Essa teoria do ato ilícito, que impõe aos pais a obrigação de reparar o dano causado aos filhos, pelo cometimento de um ato ilícito, nascendo daí, no plano jurídico, a obrigação de restabelecer a condição anterior do atingido em sua esfera jurídica, que sua ação/omissão comprometeu ou, ao menos, uma forma de compensar esse dano.

Pode-se dizer, desta feita, que a responsabilidade parental decorrente do descumprimento de matricular o filho na escola pode ser auferida e fundamentada na teoria do ato ilícito.

Em resumo, no momento em que o pai e/ou a mãe deixam de matricular o filho, ato esse que gera um prejuízo à vítima, deverão obrigar-se a compensar os danos causados.

Assim, a partir desse momento, consubstanciada na teoria do ato ilícito, de que trata o artigo 186 do Código Civil de 2002, conjugada com o princípio do melhor interesse da criança, no paradigma do sistema de proteção integral, a responsabilidade civil pode ser utilizada como consequência da negligência dos genitores.

Primeiramente, conjuga-se o artigo 186 com o artigo 927, também do Código Civil,

²⁵ Art. 58 da Lei n.º 9.394/96.

²⁶ LIMA, Taísa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. *In: Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 4, 2003, Belo Horizonte, Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, Ordem dos Advogados do Brasil, 2004, p. 628.

²⁷ LIMA, Taísa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado, *cit.*, p. 629.

que determina que, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Constata-se, assim, que a finalidade precípua da responsabilidade civil é restabelecer o *status quo ante*, de forma a reparar ou compensar o dano suportado pela vítima.

Dos termos em que definimos o ato ilícito, sabemos que ele pode consistir em ação ou omissão. A enumeração do Código Civil alemão, considerando, sob o gênero ato ilícito, várias espécies de lesão à vida, à liberdade, à propriedade, à honra de outrem, além dos atos contrários aos bons costumes não parece recomendável. Bem mais previdente foi o Código francês, que o nosso seguiu, ao impor a obrigação reparatória àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem.²⁸

Demonstrado, anteriormente, as premissas da responsabilização civil, constata-se a possibilidade de aplicar aos pais a indenização, por danos materiais ou morais, em favor dos seus filhos, caso ocorra ameaça ou violação aos direitos fundamentais, especialmente aqui analisada a hipótese de não matricular o filho em estabelecimento de ensino.

A indenização é encarada pelos autores em seu sentido *lato*, como gênero, no qual compensação e reparação são espécies. Mas a indenização pode abranger a compensação, como acontece nos casos de danos morais, em que não há possibilidade de restaurar, restabelecer o *status quo ante*. Nessas hipóteses a indenização serve para remediar o dano sofrido, de forma a compensar o prejuízo moral suportado pela vítima.

Posto isso, há que se falar ainda, que tanto no caso dos danos materiais, quanto morais, a possibilidade de responsabilização existirá, sempre que os requisitos da responsabilidade civil forem preenchidos, como já comentado, o dano, o nexo de causalidade e a conduta culposa, que em última análise correspondem à teoria do ato ilícito.

Embora não haja norma específica que regule a responsabilização civil nas relações de parentalidade, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de normas capazes de fundamentar a compensação pecuniária para a criança e o adolescente que foram vitimizados por seus pais.

Claro que tal possibilidade só ocorre com a efetiva comprovação do dano, que até pode ser presumido, haja vista que o fato de não matricular o filho em uma escola evoca, a princípio, a noção de violação ao direito a educação, por ser considerado indisponível, mesmo se tratar de *homeschooling*, já que até o presente momento o ordenamento jurídico brasileiro não regulamentou tal hipótese.

Com efeito, o bem jurídico tutelado deve ser protegido de qualquer ameaça ou lesão, encontrando na responsabilidade civil, por danos morais e materiais, proteção jurisdicional, cuja natureza é ressarcitória, mas, também, preventiva e coercitiva.

Concluindo, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito

²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 569-570.

capaz de se designar por seus próprios atos - portanto, agente moral apto a aceitar regras -, como substituir a ideia de reparação pela de precaução, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Em vez da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção - e por que não, no cuidado -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. a responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva - em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.²⁹

Nos casos ora estudados, a ação de indenização por danos morais, pleiteada pelo filho menor contra os pais terá o condão de compensar o prejuízo experimentado.

Contudo, é importante medida preventiva, que além de ter função dissuasória no exato momento em que assume um caráter educativo, sinaliza à sociedade que a conduta deve ser evitada, pois reprovada do ponto de vista ético-jurídico com o consequente estímulo ao equilíbrio das relações parentais.

Ainda que os danos morais não sejam apresentados aqui como única opção, podem sim agir de forma punitiva e preventiva, sempre que os pais lembrarem que podem responder judicialmente pelos danos morais sofridos por seus filhos.

O ressarcimento por dano moral de caráter punitivo com o objetivo de servir de desestímulo aos abusos e omissões permite maior controle e incentivo à implementação das políticas básicas e reflete o caráter preventivo do art. 70, ECA, ao declarar que é dever de todos zelar pelos direitos da criança e do adolescente.³⁰

Com relação ao *quantum*, não há como pré-definir um valor. Apenas diante do caso concreto o juiz poderá arbitrar uma quantia razoável. Ao mesmo tempo, não deverá comprometer sua dignidade, nem deixar de verificar a extensão do dano e a condição do filho.

Havendo, então, fundamentos jurídicos que, caracterizem a responsabilidade civil é possível conceder indenização ao filho por danos morais, em decorrência dos danos advindos do período em que deixou de frequentar a escola, o que retira o perigo da banalização de ações como esta.

A quantificação do dano moral, ainda hoje, é encarada com dificuldade, tendo em vista que visa compensar um dano que não é patrimonial e, portanto, não tem preço.

Cabe ao julgador, diante de um pedido de indenização por danos morais, valendo-se das normas vigentes, dos parâmetros legais, da jurisprudência e, principalmente da peculiaridade do caso concreto, fixar a indenização adequada à compensação dos danos suportados pela criança ou adolescente.

Assim, qualquer violação a um dos direitos da infante-adolescência, objeto de

²⁹ BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 192.

proteção constitucional e infraconstitucional, deverá receber proteção do ordenamento jurídico, para que atenda mais ao caráter preventivo que propriamente punitivo.

Pensando nisso, também, é que se pretende a tutela civil, seja de forma profilática, ou de forma repressiva, com a possibilidade, inclusive, de se conjugar as medidas apresentadas, que, em regra, não se excluem.

Daí defender-se o ajuizamento de ações que visem garantir o direito à educação, sob pena de multa cominatória, porque, ainda que o dinheiro não sirva para reparar o mal sofrido pela vítima, há uma espécie de coerção capaz de fazer com que o pai ou a mãe, sujeitos dessa omissão, sintam se intimidados.

Não se pode esquecer que não se figura possível determinar, a priori, a medida que mais eficazmente atenderia ao princípio do melhor interesse da criança, cabendo inarredavelmente, a análise das particularidades do caso concreto.

Neste caso, privilegiar-se-ia o direito da criança e do adolescente, em consonância com a doutrina da proteção integral, na qual os menores devem ser tratados com absoluta prioridade.

Fica claro que a opção por medidas menos radicais do que o afastamento do lar e ainda, de destituição da autoridade parental ou mesmo da responsabilidade penal, tem o condão de compensar de forma muito mais eficaz os danos sofridos, pois permitem que não só o pai, mas a criança ou o adolescente tenha uma segunda chance de conviver em harmonia, realizarem o afeto e o respeito, em um espaço de iguais liberdades. Essa a melhor forma de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ou seja, ao tomar conhecimento da violação, o julgador deve aplicar a medida que melhor atenda ao caso, aplicando, sempre que possível as alternativas menos traumáticas e mais adequadas ao restabelecimento da atual concepção de família, mesmo porque, o critério de distribuição de responsabilidades difere no caso concreto, como visto.

Dentro dessa realidade em que crianças e adolescentes são cidadãos, partícipes do contexto familiar no qual estão inseridos, devem ter assegurados a garantia de tutela jurídica e, também, de reparação/compensação dos danos que eventualmente sofrerem.

Claro é que, não se pode deixar de mencionar que a responsabilidade civil não exclui a responsabilidade penal e vice-versa, nos termos do artigo 935 do Código Civil, motivo pelo qual passa-se à análise da tutela penal pertinente.

3.2 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO *HOMESCHOOLING*: O CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL

No panorama heterogêneo acima esboçado, imerso na miríade de normas que compõem a plataforma de tutela à educação, exsurge o direito penal como uma forma de

proteção de tal bem jurídico que parece não se coadunar com os princípios que norteiam as políticas educacionais.

O artigo 246 do Código penal prevê o seguinte tipo penal:

Abandono intelectual

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Trata-se de uma “norma penal em branco”, ou seja, um tipo que demanda sua complementação em outra norma. Na análise da descrição típica surge de partida um problema acerca da definição do conceito de “instrução primária”, haja vista que tal expressão não é mais empregada nas normas acerca da educação. O ordenamento atual prevê a “educação básica obrigatória” (art. 208, I, da Constituição Federal). A instrução primária a qual se refere o tipo penal era aquela entendida outrora como o ensino fundamental (período correspondente às antigas 1ª à 8ª séries). Assim, há uma dificuldade inicial à aplicação do tipo penal, advindo de um descompasso semântico, em virtude do anacronismo da expressão “instrução primária”.

Ainda que fosse estabelecida uma equivalência entre o que se entendia como “instrução primária” e o que se compreende hoje como “educação básica obrigatória”, o crime de abandono intelectual permaneceria padecendo de substanciais dificuldades, como se demonstrará a seguir.

Uma delas é a perda de pertinência diante do cenário social brasileiro contemporâneo. Isto porque há que se ter em mente que à época da promulgação da parte especial do Código Penal (no ano de 1940) havia um maciço contingente de crianças e adolescentes que não eram matriculadas em escolas por já trabalharem e outro tanto que era, mas acabava por abandonar os bancos escolares, passando a trabalhar precocemente. Hoje tal situação ocorre de forma muito mais tímida fazendo com que o tipo penal em questão seja quase letra morta face a conduta dos pais que não matriculam crianças com o intuito de fazê-las trabalhar.

Assim, a norma ainda seria pertinente em uma outra circunstância muito pontual, na hipótese em que deliberadamente os pais³¹ deixam de prover aos filhos instrução básica. Ocorre que não matricular a criança em instituição escolar não significa automaticamente que ela não receberá instrução. Por exemplo, nos casos de *homeschooling* a criança é instruída, muito embora fora da escola.³²

A legitimidade do *homeschooling* é absolutamente discutível, no entanto, sua criminalização é inaceitável, mesmo sob argumento de que tal prática é possivelmente prejudicial

³¹ Como o tipo fala em “filho” o sujeito ativo da conduta é obrigatoriamente pai e/ou mãe da criança.

³² Em tais situações, inexistiria o elemento subjetivo da conduta, consistente no dolo, como “vontade consciente de não cumprir o dever de dar educação, ou seja, deixar de prover a instrução primária de filho em idade escolar, sem justa causa.” Cf. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4, p. 120.

à criança. Os pais que optaram pela educação domiciliar não estão deixando de instruir seus filhos, mas apenas cumprindo tal incumbência de forma heterodoxa. Tal argumento é suficiente à exclusão de qualquer incidência do crime de abandono intelectual para pais que praticam o *homeschooling*. No entanto, há ainda outra razão para afastar a aplicação de tal tipo penal a essa prática: a expressão “justa causa”, prevista na descrição típica do abandono intelectual. Seria possível entender como justa causa, além de várias outras razões³³, a educação domiciliar, como evidência de que os pais não estariam deixando de prover a instrução à criança.

No que concerne ao *homeschooling*, Cézár Roberto Bitencourt assevera não haver abandono intelectual “quando a educação do menor é ministrada em casa.”³⁴ Tal posição é inequivocadamente a mais acertada, relegando a prática da educação domiciliar a tutelas jurídicas anteriores ao direito penal, entendendo-se tal conduta como não criminalizável.³⁵ No entanto, a jurisprudência pátria já caminhou em sentido diferente em alguns casos (por exemplo, na Justiça de Minas Gerais e Paraná), havendo condenações por “abandono intelectual” advindas do *homeschooling*.

Muito embora ninguém sofra privação de liberdade em virtude da diminuta pena cominada para o crime, já que as penas em concreto costumam ser simbólicas, é irrazoado admitir que pais sejam processados e condenados criminalmente porque optaram por instruir seus filhos de forma a prescindir da educação formal. A ausência de matrículas de crianças e adolescentes em instituição de ensino é tema que escapa ao direito penal, por razões de inefetividade e também do próprio desenho do direito penal a partir do princípio da fragmentariedade. Como será demonstrado a seguir, o *homeschooling* até pode ser compreendido como ilícito, o que não implica entendê-lo como penalmente relevante, o que é totalmente descabido

Tal constatação advém de aporias relacionadas a princípios como a fragmentariedade e a questões relacionadas ao anacronismo e inefetividade do direito penal frente à problemática do direito à educação.

O direito penal está alicerçado sobre uma série de princípios que conferem legitimidade ao seu uso, dentre eles há o chamado princípio da “intervenção mínima”, o qual comporta dois elementos limitadores da intervenção penal, quais sejam a “subsidiariedade” e a

³³ Razões outras como: falta de escola na região; falta de vagas nas escolas; falta de transporte das crianças para suas escolas. Há ainda outras situações registradas que acabam suscitando uma forma de instrução que ocorre fora das instituições de ensino, como em famílias que realizam expedições de volta ao mundo; famílias circenses e outros casos de constante modificação geográfica do núcleo familiar, nos quais a instrução é provida sem que a criança esteja matriculada formalmente. Muito embora tais hipóteses possam ser contrárias ao melhor interesse da criança, não há que se falar que caracterizariam o crime de abandono intelectual, uma vez que haveria “justa causa”, conforme a exceção prevista no tipo penal.

³⁴ BITENCOURT, Cézár Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4, p. 121.

³⁵ Interessante apontar que mesmo com doutrina quantitativamente e qualitativamente substancial entendendo não incidir o crime de abandono intelectual a quem pratica o *homeschooling*, há um projeto de Lei (nº 3.179/2012) tramitando no Congresso Nacional estabelecendo expressamente que a educação domiciliar não é criminalizável.

“fragmentariedade”. O primeiro, aloca a tutela penal em uma posição de *ultima ratio*, ou seja, como instrumento derradeiro de controle social formal, o qual deverá ser utilizado apenas se outras áreas do direito se mostrarem inefetivas.

Contudo, antes da aplicação subsidiária do direito penal há que se avaliar sua pertinência e legitimidade a partir da métrica da adequação do uso dessa extremada forma de controle social frente a condutas que não sinalizam ofensas minimamente graves a bens jurídicos relevantes, o que corresponde à referida “fragmentariedade” do direito penal. Isto porque, em suma, nem todas condutas ilícitas serão também penalmente ilícitas.

Acerca da fragmentariedade, como imperativa à aplicação do direito penal, Luigi Ferrajoli, expoente do chamado “Garantismo penal”, pondera:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos que as geradas institucionalmente pelo direito penal.³⁶

É essencial estabelecer o cotejo entre direito penal e educação a partir do princípio da fragmentariedade, analisando-se a legitimidade da criminalização de condutas que afrontem o bem jurídico educação, tendo por base critérios como razoabilidade e efetividade.

Para tanto, há que se ter em conta que o direito dispõe de âmbitos sancionatórios diversos ao direito penal, o que vai ao encontro do princípio da subsidiariedade, ou seja, o direito penal é subsidiário a outros ramos jurídicos. No entanto, mesmo que estes instrumentos sancionatórios anteriores ao direito penal (por exemplo, direito civil e administrativo) falhem na tutela à educação em um determinado caso concreto, há que se perquirir se o direito penal aplicado subsidiariamente seria efetivo em tal incumbência. Por exemplo, seriam razoável criminalizar pais que não tivessem matriculado seus filhos no ensino formal?

Ao que parece, entendendo o direito penal a partir de uma concepção de intervenção mínima, as condutas que afrontam o direito à educação não demonstram um grau de ofensividade apto a legitimar o uso do direito penal. Tal assertiva assenta-se em alguns argumentos:

A hiperinflação penal contribui para sua inefetividade. Quanto maior for o âmbito de incidência do direito penal, maior será sua saturação e, por conseguinte, menor será a capacidade de seu funcionamento na hipótese de condutas gravosas contra bens jurídicos relevantes, justamente aquelas pertinentes a sua tutela. Indaga-se, assim, qual a efetividade da utilização do direito penal frente às demandas educacionais, já que seu uso não passaria de medida simbólica, o que é absolutamente intolerável a um uso racional e limitado do direito

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427.

penal.

Por outro lado, mas também reforçando a incompatibilidade entre direito penal e tutela educacional, salta ao olhar um argumento de ordem axiológica. Os valores incutidos na educação não se coadunam com as finalidades do direito penal. Em dissonância a essa afirmação, poder-se-ia afirmar que um dos fins da pena seria a ressocialização e que esta buscaria reintegrar o indivíduo inclusive por meio da educação. No entanto, é ingênua a percepção de que o direito penal é um instrumento apto a ressocializar o indivíduo, sobretudo quando aplicada a pena privativa de liberdade. A história da criminalização e punição demonstra como a estrutura penal não comporta, ou comporta de forma extremamente tímida, em sua compleição, a capacidade de contribuir para a ressocialização dos indivíduos.³⁷

A incompatibilidade entre direito penal e educação é notável a partir de sua relação antagônica em sua aplicabilidade na sociedade. Nota-se uma utilização do direito penal justamente em substituição à carência de políticas educacionais. Ou seja, ante a ausência do implemento do direito à educação de forma maciça, inclusiva às camadas mais desfavorecidas, aplica-se o direito penal aos adultos que invariavelmente não dispuseram de uma educação de qualidade. Aplica-se também um direito penal travestido aos jovens entre 12 e 18 anos, colocando-os em reclusão, eufemisticamente chamada de “medida socioeducativa”. Assim, um Estado que sempre foi omisso e incipiente em oferecer direitos sociais como moradia, saúde, educação, lazer... apresenta-se pela primeira vez a muitos cidadãos a partir de sua face repressiva, com a aplicação do direito penal àqueles que foram totalmente negligenciados no que concerne a direitos sociais.

Totalmente ultrapassada e obtusa a concepção do direito penal como instrumento apto a educar. Os poucos defensores de tal perspectiva ignoram, deliberadamente ou não, a característica do direito penal como *ultima ratio* (o que implica caber a outras instâncias de controle social formal ou informal promover a educação em sentido amplo). Ignoram também a própria aplicação do direito penal na realidade³⁸. Nesse sentido, expõe Antonio García-Pablo de Molina:

Nada mais equivocado do que converter o Direito penal em um direito de gestão ordinária de problemas sociais. Por maior que seja o descrédito nas instâncias de controle. O Direito penal não deve perder sua natureza subsidiária, como *ultima ratio*, nem ser instrumento, por excelência, de pedagogia político-social.³⁹

³⁷ Nesse sentido, por exemplo, cf. RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O mito da função ressocializadora da pena*. São Luis: Ampem, 2006; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁸ Acerca da falácia do uso promocional do direito penal, cf. FUZIGER, Rodrigo. *As faces de Jano: o simbolismo no direito penal*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, pp. 242-249.

³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: Introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 97.

Ingênua, embora mais bem intencionada, é a rotineira proposta de exigir como pena aos jovens e adultos a educação compulsória. Dentre as muitas críticas possíveis, limita-se aqui a apontar que a educação compulsória já existe além do direito penal, como exigência constitucional. No entanto, ocorre que da forma e com a qualidade que é implementada no Brasil, com desníveis abissais entre diferentes instituições de ensino e sem oferecer grandes perspectivas de futuro ao grande público, ela não se mostra atrativa e nem efetiva na tarefa de romper, de forma homogênea, barreiras referentes à desigualdade social, ao acesso do mercado de trabalho, dentre tantos outros problemas que acometem a sociedade brasileira.

Assim, em apertada síntese, a educação compulsória além dos muros das prisões ou da Fundação Casa, prevista constitucionalmente, não tem se mostrado um substancial fator anticriminógeno, sobretudo em razão do déficit de qualidade das políticas institucionais. Poder-se-ia, como antítese, argumentar que a criação de sistemas de ensino de excelência dentro do cárcere conseguiriam modificar a tônica atual. Tal argumento não é objetável de partida, no entanto, inequívoca seria a reação negativa da obtusa “sociedade de bem” (amplamente favorável, por exemplo, a redução da maioria penal) que fatalmente se irredimiria com o oferecimento de uma educação de maior qualidade para os cidadãos que estão presos ou sofrendo medidas socioeducativas do que para os crianças, jovens e adultos que não foram condenados por práticas de atos infracionais ou crimes.

Assim, pode-se afirmar que, metaforicamente, direito penal e educação são água e óleo, pois partem de premissas e finalidades incompatíveis. Nesse panorama, incoerente seria, portanto, conferir ao direito penal a missão de proteger o direito à educação⁴⁰, haja vista que tal incumbência seria inefetiva e contrária ao princípio da fragmentariedade.

4. HOMESCHOOLING E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A par de quais aparatos sancionatórios (por exemplo o direito penal ou o direito administrativo) seriam adequados à eventual repressão da prática do *homeschooling*, há que se indagar a legitimidade de tal fenômeno frente aos próprios fundamentos da educação.

Nesse diapasão, pergunta central diz respeito à titularidade do direito à educação, haja vista que dependendo de a quem pertence tal direito, distintos serão os limites de legitimidade das ações. Por exemplo, no caso da prática do *homeschooling*, caso sejam os pais

⁴⁰ Necessário pontuar que tal assertiva não diz respeito a, por exemplo, condutas que são criminosas por si mesmas, como fraudes, peculatos, corrupção. Nesse sentido, é evidente que cabe ao direito penal incidir sobre situações como desvios de verba do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), de verbas para a merenda escolar são relevantes penais, porque são atos que atentam contra a moralidade da administração pública, caracterizando condutas como peculato, corrupção, fraudes em certames licitatórios, todas elas, *por si*, penalmente relevantes. Portanto, o que se critica são tipos penais que estão exclusivamente voltados ao fomento da educação formal, como o caso do “abandono intelectual”, tipo penal pormenorizado no capítulo a seguir.

os titulares do direito à educação, ganharia força a autonomia parental para deliberar sob o método de ensino dos filhos.

Luciane Muniz Barbosa observa que “qualquer política que diga respeito ao direito à educação deve balancear interesses de atores distintos (dos pais, Estado e da criança).”⁴¹ Salta aos olhos a partir dessa constatação uma questão relativa à titularidade do direito à educação.

Robert Reich, por exemplo, argumenta sobre o que denomina uma concepção mínima de autonomia, ligada ao significado etimológico da palavra autogoverno: “pessoas minimamente autônomas possuem a capacidade de desenvolver e prosseguir seus próprios interesses e podem, se eles assim o desejarem, participar habilmente como cidadãos iguais, na deliberação democrática sobre o exercício do poder político”.⁴²

Muito embora a autonomia seja elemento decisivo à construção do cidadão, ela não é atributo inerente ao indivíduo e é desenvolvida ao longo da trajetória da criança. Sendo assim, a própria escolha da educação a elas ofertada deve ser de terceiros (pais e/ou Estado), de forma a potencializar o desenvolvimento da autonomia individual, sendo que é inequívoco que um ambiente de educação pluralista é cenário privilegiado para tanto.

Dessa forma, embora não plenamente autônomos para escolherem a forma de sua própria educação, às crianças pertence a titularidade do direito à educação, sendo elas substituídas no exercício desse direito pelos pais e, em certa medida, pelo Estado, conforme depreende-se das normas constitucionais. Importa dizer que a partir desse arranjo, imperioso que sempre se decida no melhor interesse da criança e do adolescente, este último dotado de maior autonomia e apto a exercer com maior plenitude escolhas acerca de seu direito à educação.

Tendo em vista o melhor interesse das crianças e adolescentes é fundamental a compreensão de que educar não é simplesmente instruir, haja vista que a socialização é elemento crucial à formação da criança. Carlota Boto pondera acerca do problema inerente à pretensa educação dentro do seio família:

A família é de fato um refúgio que resguarda a criança dos malefícios pelos

⁴¹ Para detida e interessante e reflexão acerca da titularidade do direito à educação da criança e do adolescente, cf. BARBOSA, Luciane Muniz R. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, pp. 195-220.

⁴² Cf. REICH, Robert. Testing the boundaries of parental authority over education, p. 20 e 21, *apud* BARBOSA, Luciane Muniz R. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?*, cit. p. 211. Por outro lado, acerca da titularidade dos pais do direito à educação: “Os pais perderam o direito de escolher o modo pelo qual desejavam que seus filhos fossem educados, e como o direito da criança e do adolescente à Educação foi convertido em dever de matricular-se e frequentar escola independentemente de sua própria vontade, da opinião da família e da qualidade do serviço ofertado. Tal obrigatoriedade, exercida inclusive mediante o uso do poder de polícia do Estado e ameaças judiciais ao poder familiar dos pais, significa rompimento com princípios e garantias inscritos nos diplomas internacionais de direitos humanos destinados a salvaguardar os direitos da família e de crianças e adolescente, bem como de outras garantias individuais e coletivas peculiares aos estados democráticos de direito e seus sistemas constitucionais.” ANDRADE, Édison Prado. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades de ampliação do direito à educação*. Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 301.

quais o mundo a ameaça. Mas, se a família protege, é necessário que a escola paulatinamente aproxime a criança das coisas desse mundo comum, contra o qual ela não poderá - e não deverá - ser protegida a vida inteira. Sair da família é, então, uma forma de emancipar a criança das amarras da vida doméstica.⁴³

A respeito da emancipação a partir de uma educação plural, pode-se invocar o preceito constitucional previsto no art. 206, no qual o “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.”

Nesse sentido, o pluralismo poderia ser visto a partir de um prisma restritivo, simplesmente como a liberdade de ensinar da forma que os pais decidirem, o que seria consentâneo a um multiculturalismo fragmentado, em que, ao invés de uma formação plural, de forma dialética entre os saberes, valores e ideologias, haveria uma vastidão de formas de se educar, segmentadas em categorias estanques e avessas ao diálogo e compartilhamento de experiências. Em suma, a simples multiplicidade de formas de educar não assegura de nenhuma forma o pluralismo, como princípio basilar à educação.

Ao contrário, muito mais adequada ao pluralismo, seria uma forma (em detrimento de várias) de educação apta a albergar em seu âmago o multiculturalismo, permitindo uma amplitude na formação dos indivíduos infinitamente maior do que as formas segmentadas, usualmente calcadas em dogmas e valores que passam ao largo da socialização das crianças e jovens.

Tal socialização tem por finalidade a construção da tolerância, aceitação ou – como pleiteia parte da filosofia política contemporânea – uma benéfica “indiferença à diferença”. Tais afetos frente à diversidade permitem um decréscimo nas formas de conflito, o que, por conseguinte, colabora para a promoção da paz social, que é o fim último do direito. Nesse sentido, evidencia-se que educação e direito atuam em simbiose, podendo ser vistos como instrumentos que potencializam reciprocamente a efetividade de cada um, ou seja, a partir de uma estrutura jurídica que resguarde e promova a educação, esta acaba por produzir cidadãos aptos a evitar ou compor conflitos sociais por meio de normas jurídicas ou não, sem necessidade de recorrer ao saturado Poder Judiciário⁴⁴.

⁴³ BOTO, Carlota. Os lugares da criança. *Revista Educação*, São Paulo: Segmento, 134. ed. n. 06, jun. 2008. Disponível em: www.aprenderemescola.blogspot.com/2009/10/ensino-domiciliar-direito-ou-desvio.html. Acesso em: 06 maio 2019. A autora, em outro ponto do texto, argumenta: “ao receberem o ensino em ambiente coletivo, as crianças, adolescentes e jovens têm a liberdade de reclamar para seus pais se forem constrangidos moral ou fisicamente pelos professores em sala de aula ou se queixar por esses não estarem se esmerando o suficiente para lhes oferecer o ensino com qualidade, e esses pais poderão intervir na escola requisitando uma solução para o problema levantado, o que, por outro lado, não é possível se os pais forem professores de seus próprios filhos, pois na incidência dessas dificuldades, os filhos não terão para quem recorrer e serão obrigados a suportar calados e com desgosto esse momento especial de formação intelectual e cidadã.”

⁴⁴ Não se ignora que em uma sociedade mais instruída, em que os cidadãos “conhecem seus direitos”, é concebível um cenário para um incremento da judicialização de conflitos. Todavia, tal fenômeno, se constatado, deve ser enxergado como uma etapa no processo de efetivação da cidadania, o que forçaria, uma adequação das relações sociais, apenas como um exemplo, com a mitigação de práticas abusivas nas

Não se pode tolerar, por exemplo, sob o manto do multiculturalismo, práticas de ensino a partir de teses antidemocráticas. A educação prepara o indivíduo para a cidadania, tornando-o apto para as decisões fundamentais nos rumos da sociedade, colaborando na sua construção em ser político, bem aos moldes do que Aristóteles, há milênios, já propunha em sua obra, “A Política”.

Como já apontado anteriormente, mesmo independentemente do titular do direito à educação, seja o Estado, seja os pais, seja ambos, é inequívoco que o exercício de tal incumbência tem sido, por uma série de fatores, negligenciado na realidade brasileira, o que reverbera em efeitos deletérios para a sociedade. Nesse sentido, Nina Ranieri observa que “ante a exigência constitucional de preparo para a cidadania, pela via da educação, nem o Estado, nem a família, nem a sociedade vêm atendendo, a contento, àquela determinação.”⁴⁵

Se os argumentos a favor de uma educação de frequência compulsória no Brasil – entendendo-se o direito à educação como requisito fundamental para a aquisição dos demais direitos e vida em sociedade – mostram-se relacionados à importância da socialização e formação para a cidadania ofertada pela instituição escolar, é de vital relevância a promoção de mudanças em prol de uma escola que ofereça condições para tal.

Parece, dessa forma, que a tutela civil é a solução mais adequada, justamente por ser medida menos grave que a responsabilização penal, pelas razões já esboçadas.

Muito embora ainda haja magistrados que criminalizem o *homeschooling* a partir do crime de “abandono intelectual”, há no ordenamento previsão muito mais razoável e efetiva ao enfrentamento da questão, uma vez que prescreve o artigo 249 do ECA.

A conduta de instrução por meio do *homeschooling* pode estar perfeitamente albergada dentro da tipicidade do artigo em comento. Assim, em síntese, a partir dessa sanção administrativa, adequada à tutela do direito à educação, como também da tutela civil apresentada, há uma proteção ao direito público subjetivo de ser educado, sem que seja necessário lançar mão do direito penal, o qual é, conforme já exposto, uma espécie de antítese da própria educação.

Se educar não é simplesmente instruir, a compreensão advinda da educação não pode ser aquela relativa à cognição, mas também aquela que tem por sinônimo a ideia de tolerância e mais do que isso, de alteridade. Este tipo de compreensão não pode ser quantificado. Edgar Morin afirma:

Educar para compreender a matemática ou uma disciplina determinada é uma coisa; educar para a compreensão humana é outra. Nela encontra-se a missão propriamente espiritual da educação: ensinar a compreensão entre as pessoas como condição e garantia da solidariedade intelectual e moral da humanidade.

relações consumeristas.

⁴⁵ RANIERI, Nina. *O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*. Tese de Livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 385.

Há duas formas de compreensão: a compreensão intelectual ou objetiva e a compreensão humana intersubjetiva. Compreender significa intelectualmente apreender em conjunto, *comprehendere*, abraçar junto (o texto e seu contexto, as partes e o todo, o múltiplo e o uno).⁴⁶

A educação não pode ser entendida exclusivamente como instrumento de transmissão dos conhecimentos interessantes à sociedade, mas também dos valores essenciais ao convívio social. Para tanto e, por conseguinte, a convivência com as mais diversas individualidades se torna um elemento proeminente na formação de crianças com uma ampla “compreensão”: compreender os saberes e compreender o outro.

A escola como ambiente de convivência possui traços importantes até mesmo no que concerne à construção da psique, propiciando que já na mais tenra idade, a criança seja estimulada a exercitar a alteridade, transformando o *alter ego* em *ego alter* e fazendo com que o deslumbramento por aquilo que é novo, por aquilo que é diferente, seja desvelado ainda na infância, em período fértil à absorção das possibilidades e realidades que o mundo oferece.

Do contrário, apenas apresentar novas realidades, possibilidades e visões de mundo ao adulto é potencializar o risco do rechaço, advindo de modos de pensar hermeticamente fechados, já estabelecidos e alicerçados em pré-conceitos paulatinamente construídos na trajetória de vida de cada um. Assim, metaforicamente, uma educação pluralista deveria fazer parte do conjunto de vacinas obrigatórias a todas as crianças.

Portanto, esse o cenário atual de responsabilidade parental nos casos de *homeschooling*, que em um futuro próximo deverá ser julgado pelo STF e novas premissas possivelmente serão estabelecidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cumprimento do Direito à Educação ainda é um desafio. Por isso a responsabilidade parental foi investigada e a tutela civil e penal apresentadas em suas peculiaridades.

A criança e o adolescente são sujeitos de especiais direitos, garantias constitucionais, que, juntamente com o sistema de proteção integral e o melhor interesse da criança, devem orientar as relações familiares, já que tais sujeitos hipossuficientes precisam de proteção dos pais, do Estado e da sociedade em geral. Entretanto, tais direitos podem ser atingidos por quem deveria promovê-los, quando, por exemplo, não são matriculados na rede regular de ensino.

Mas a violação desse direito foi trazida também na perspectiva do *homeschooling*, que atualmente não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, desencadeando

⁴⁶ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à Educação no futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva. São Paulo/Brasília: Cortez/Unesco, 2004, p. 93-94.

responsabilidade parental.

Ficou demonstrado que a destituição da autoridade parental, tal qual a perseguição penal, não se mostram como o melhor caminho para a efetivação dos direitos e garantias da criança e do adolescente, nas hipóteses de descumprimento do dever de matricular os filhos na rede regular de ensino, haja vista que a autoridade competente pode determinar a matrícula compulsória.

No entanto e por fim, é imperioso ressaltar que o pluralismo, como valor fundamental da educação, tem por elemento essencial o fomento à multiplicidade de verdades e vai de encontro a qualquer elemento ou forma de instrução de ordem eminentemente dogmática, que visa a limitar o ser em sua potencialidade e no seu plexo de modos de viver. A educação plural possibilita a expansão das fronteiras individuais nas escolhas e na compreensão dos modos de vida eticamente (e não apenas moralmente) possíveis, transformando um trajeto engessado (por dogmas e valores estanques) de uma certa biografia em diversas e cidadãs veredas de possibilidades para a construção dessa trajetória.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ALVES, Rubem. Homeschooling. *Revista Educação*. 134. ed., n. 06, São Paulo: Segmento, jun. 2008. Disponível em: <http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/134/artigo234398-1.asp>. Acesso em: 14 maio 2019.

ANDRADE, Édison Prado. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades de ampliação do direito à educação*. Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da Educação*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A proposito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. *In: Capítulo criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social*, 1-2, v. 23, 1995.

BARBOSA, Luciane Muniz R. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BERLINI, Luciana Fernandes. *Lei da palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

BOBBIO, Norberto. As razões da tolerância. *In: A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson

Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTO, Carlota. Os lugares da criança. *Revista Educação*, São Paulo: Segmento, 134. ed. n. 06, jun. 2008. Disponível em: www.aprendersemescola.blogspot.com/2009/10/ensino-domiciliar-direito-ou-desvio.html. Acesso em: 06 maio 2019.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*: convenção sobre os direitos da criança. Brasília: UNICEF, 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento? *Nuances: Estudos Sobre Educação*, v. 17, n. 18, 2011;

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICIONÁRIO de Neurociências. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/gloss/dicn.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCIULLI NETO, Domingos. *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15436-15437-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FUNDAÇÃO ABRINQ. *Caderno legislativo da criança e do adolescente 2015*. 2. ed. São Paulo: Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, 2015.

FUZIGER, Rodrigo. *As faces de Jano*: o simbolismo no direito penal. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*: Introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JONES, Hazel. *Os direitos das crianças portadoras de deficiências*: um guia prático. Trad. de Octávio Gameiro. Impresso por Bergs Grafiska AB 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMA, Taísa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. *In: Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 4, 2003, Belo Horizonte, Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, Ordem dos Advogados do Brasil, 2004.

MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no direito de família. *In: Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 3. 2001, Ouro Preto, MG; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte:

IBDFAM, Ordem dos Advogados do Brasil, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINES, Eduardo. *Educação, Cidadania e Ministério Público: o art. 205 da Constituição Federal e sua abrangência*. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/pt-br/conteudo/homeschooling-uma-alternativa-constitucional-%C3%A0-fal%C3%Aancia-da-educa%C3%A7%C3%A3o-no-brasil>. Acesso em: 27 maio 2019.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à Educação no futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva. São Paulo/Brasília: Cortez/Unesco, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RANIERI, Nina. O espaço público e suas exigências: o direito à educação como direito político. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 60, v. 237, p. 225-249, jul.-dez. 2011.

RANIERI, Nina. *O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*. Tese de Livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O mito da função ressocializadora da pena*. São Luis: Ampem, 2006.

RUSSO, Charles. Reflections on Education as a Fundamental Human Right. *Education & Law Journal*, Westlaw, dez. 2010.

SOARES, R. M. R. A.; FORMIGA, Z. M. P. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; DA COSTA, Marli Marlene Moraes. (Org.). *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente - uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VISIBLE Leadership for Children Annual Review. *SaveTheChildren.com*, 2011. Disponível em: https://resourcecentre.savethechildren.net/node/14974/pdf/annualrep_2011.pdf. Acesso em: 14 maio 2019.

Recebido: 23.07.2019

Aprovado: 26.11.2019

Como citar: BERLINI, Luciana Fernandes; FUZIGER, Rodrigo José. Homeschooling e o direito à educação: as tutelas civil e penal da responsabilidade parental. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-31, jan./abr. 2020.