AS TEORIAS DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E DO LEGISLADOR DIANTE DA PRÁTICA DO HOMESCHOOLING: OS CASOS BRASILEIRO E ALEMÃO¹

THE THEORIES OF THE MARGIN OF NACIONAL APPRECIATION AND THE MARGIN OF LAGISLATOR CONCERNS THE HOMESCHOOLING PRACTICE: THE BRAZILIAN AND GERMAN CASES

Maria Valentina de Moraes²
Sabrina Santos Lima³

RESUMO: as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador, tem como foco o reconhecimento, por parte dos Tribunais, de um espaço de atuação do legislador sobre questões pontuais, em face dos princípios da soberania e da separação dos poderes, respectivamente. A partir disso, pretende-se analisar como essas teorias são empregadas pelos tribunais, utilizando-se como recorte da presente pesquisa, a prática do *homeschooling*. Assim, o problema central do trabalho calca-se no seguinte questionamento: a partir das decisões *Konrad v. Germany*, e Recurso Extraordinário 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador, quanto à prática do *homeschooling*? Utiliza-se, na estruturação e organização do texto, o método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e em análise de caso. Conclui-se, ao final, o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Konrad v. Germany*, ao referir que cabe a cada Estado, no exercício da sua soberania, definir os critérios específicos da prática do *homeschooling*, assim como verifica-se o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma margem de apreciação do legislador, ao definir que a constitucionalidade da prática do ensino em casa depende de regulamentação da questão por parte do Legislativo.

PALAVRAS-CHAVES: controle de constitucionalidade; controle de convencionalidade; *homeschooling*; margem de apreciação nacional; margem de apreciação do legislador.

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGC1 nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9782118834420014>. E-mail: <sa._94@hotmail.com>.

ABSTRACT: the theories of the margin of nacional appreciation and the margin of lagislator focus on the recognition by the Courts of the legislature's scope for specific issues, in the face of the principles of sovereignty and the separation of powers, respectively. From this, we intend to analyze how these theories are assumed by the Courts, using as a clipping of this research, the practice of homeschooling. Thus, the central problem of this work falls on the following question: from the decisions Konrad v. Germany, and Extraordinary Appeal 888.815, how the theories of the margin of nacional appreciation and the margin of lagislator were recognized in the practice of homeschooling? In the structuring and organization of the text, the deductive method is used, based on bibliographic research and case analysis. It is concluded, at the end, that the European Court of Human Rights has recognized a margin of national appreciation in the case of Konrad v. Germany, in stating that it is for each State, in the exercise of its sovereignty, to define the specific criteria for the practice of homeschooling, as it turns out that the Brazil's Federal Supreme Court recognizes the margin of lagislator in defining that the constitutionality of the practice of homeschooling depends on the regulation of the issue by the Legislature.

KEYWORDS: constitutionality control; conventionality control; homeschooling; margin of nacional appreciation; the margin of lagislator.

INTRODUÇÃO

As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador consubstanciam-se no reconhecimento, por parte dos Tribunais, de um espaço de deferência legislativa, isto é, de um espaço de atuação do Poder Legislativo, tendo como base os princípios da soberania e da separação dos poderes, respectivamente. A partir disso, pretende-se analisar como essas teorias são empregadas pelos tribunais, utilizando-se como recorte da presente pesquisa, a prática do *homeschooling*. Assim, o problema central do trabalho calca-se no seguinte questionamento: a partir das decisões *Konrad v. Germany*, e Recurso Extraordinário 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador, quanto à prática do *homeschooling*?

Para responder o problema suscitado, utiliza-se na estruturação e organização do texto, o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular, que consistirá tanto em análise doutrinária como em análise de caso. O método procedimental, por sua vez, consistirá no método analítico, através do qual buscar-se-á analisar duas decisões emblemáticas referentes à temática abordada. A técnica de pesquisa consistirá na utilização de documentação indireta, sendo que o aporte doutrinário servirá de embasamento, complementação, e efetiva contribuição para a posterior análise das decisões judiciais.

Assim, num primeiro momento são tecidos alguns apontamentos referentes às teorias da margem de apreciação nacional e do legislador. Em seguida, analisa-se a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos – *Caso Konrad v. Germany* – sobre a prática do *homeschooling*, e, por fim, analisa-se a sentença proferida em sede do Recurso Extraordinário 888.815, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

2 AS TEORIAS DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E DO LEGISLADOR: BREVES APONTAMENTOS

As teorias da margem de apreciação do legislador e nacional apresentam-se em face dos princípios da Separação de Poderes e da Soberania Nacional, respectivamente, pautando-se no reconhecimento, por parte das Cortes, de um espaço de atuação legislativa em determinadas questões. Em âmbito internacional, a margem de apreciação nacional possui origem no direito administrativo francês, como forma de controle da discricionariedade administrativa “o *pouvoir discrétionnaire*, em casos paradigmáticos como el *arrêt Gornel* (1914) o el más conocido *arrêt La grande*”, pelo Conseil d'Etat⁴.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que passa, entretanto, a definir a doutrina da margem de apreciação como uma "margem de manobra", uma ferramenta e um espaço para adequar as necessidades dos Estados dentro do estabelecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, diante de condições culturais e sociais⁵. É, contudo, a Corte Europeia de Direitos Humanos que passa a desenvolver a teoria com traços próprios em uma demanda envolvendo a implementação de medidas emergenciais, por parte da Grécia, no Chipre⁶, passando o reconhecimento da teoria a se desenvolver no Sistema Europeu de Proteção “ya desde hace un tiempo y permite salidas para los Estados en materias

⁴ Martínez Estay, José Ignacio. “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, p. 365-396, 2014, Talca. p. 378.

⁵ Haro, Carlos Brokmann. “*La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de Derechos Humanos México*”. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008, México p. 59-89.

⁶ García Roca, Javier. “*La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración*”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, Madrid, p. 117-143.

de orden valórico”⁷, bastante presentes na Europa diante das diferenças culturais que marcam os países.

Configura-se, assim, como “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados”⁸, “the line at which international supervision should give way to a State Party's discretion in enacting or enforcing its laws”⁹. A margem de apreciação nacional trata-se de uma construção jurisprudencial, sendo difícil encontrar uma caracterização definitiva sobre seu conteúdo¹⁰, atuando “como una suerte de deferencia hacia los estados partes em casos complexos y sensibles”¹¹.

Há que se questionar, frente a essas discussões acerca da margem de apreciação, “cuál es la línea divisoria entre las decisiones de política económica y social (supuestamente fuera del escrutinio de los órganos internacionales) y las violaciones a los derechos humanos económicos, sociales y culturales [...]?”, esses sim, em tese, dentro de uma margem de análise dos órgãos internacionais¹². É precisamente dentro desse contexto que se enquadra a margem de apreciação como um instrumento que permita que a Corte Interamericana reconheça um espaço de atuação nacional em um âmbito no qual, em princípio, o Estado estaria em melhores condições de decidir, levando em consideração questões culturais peculiares.

No que toca à margem de apreciação do legislador, em âmbito interno, é estabelecida uma relação com a divisão de Poderes do Estado e as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Há que se ter presente que o modelo de

⁷ Galdámez Zelada, Liliana. “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 12, 2014, Talca, p. 329-364. p. 356 .

⁸ García Roca, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, Madrid, p. 117-143. p. 142.

⁹ Yourow, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 13.

¹⁰ García Roca, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, Madrid, p. 117-143.

¹¹ Nogueira Alcalá, Humberto. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en Nogueira Alcalá, H.; Galdaméz Zelada, L: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 560.

¹² Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Cuál es la doctrina de la CIDH em materia de derechos económicos, sociales y culturales?”, en: Mardones, H. I. L.; Albónico, E. P. *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012. p. 244.

separação de poderes atual é restrito e estático, não voltado a uma atuação dialógica, conformando uma teoria política baseada em Montesquieu¹³, com traços feudalistas, que sistematizou as três funções estatais observadas por Aristóteles (deliberante, executiva e judiciária)¹⁴, pensado para uma organização social de muitos séculos atrás e, portanto, distinta da atual, muito mais simples, onde as funções estatais eram basicamente penais e de manutenção da ordem e defesa estatal¹⁵.

Há, hoje, a prevalência de uma concepção instrumentalista, em que os Poderes do Estado se apresentam como instrumentos para que direitos fundamentais sejam realizados, orientando “la actuación de los órganos del poder público, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan *“preferred rights position”*”¹⁶. Dentro desse paradigma, o legislador “não pode editar normas que disponham contrariamente às normas constitucionais atributivas de direitos sociais. E nem sequer pode revogar lei que dê exequibilidade a uma dessas normas constitucionais sem emitir nova lei”¹⁷, portanto, “a questão principal radica em saber se nessa ‘margem de acção’ o legislador é livre ou se nela podem intervir ainda os tribunais de justiça constitucional no exercício de sua direito de controle”¹⁸.

Embora não haja dúvidas quanto a tal vinculação, o legislador possui uma margem de apreciação relacionada com outras questões. Há dentro desta margem de ação do legislador, portanto, uma margem estrutural que compreende uma “margem para a determinação de fins; - uma margem para a escolha de meios; e - uma margem para a ponderação” e uma margem sistêmica que abarca uma empírica e uma normativa¹⁹.

Trata-se, portanto, de reconhecer que determinadas questões são de competência legislativa, devendo agir o Poder Judiciário com deferência nesses casos. Tal margem de ação “confere ao legislador o poder de determinar

¹³ Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹⁴ Saddy, André. *Discricionariedade Administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e Técnicas de Contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2008, Talca, p. 337-343.

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto Nogueira. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000. p. 49.

¹⁷ Miranda, Jorge. “Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 107-138, 1986, Madrid. p. 124.

¹⁸ Queiroz, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 12.

¹⁹ Queiroz, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 33, grifado no original .

‘prioridades políticas’²⁰ portanto, sendo um espaço para que o Poder Legislativo determine a forma, as medidas, por quais meios e como direitos serão concretizados. Reconhecer essa margem de apreciação legislativa significa reconhecer "que, dentro de los márgenes fijados por la Constitución, el legislador goza de libertad para el ejercicio de su función"²¹.

A partir do exposto, cabe analisar como as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador são empregadas pelos tribunais utilizando-se como recorte da presente pesquisa, a prática do *homeschooling*. Observa-se, antes de mais nada, que ainda não há posicionamento da Corte de San José sobre o tema, razão pela qual serão analisados a decisão brasileira proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o ensino em casa e o caso decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à Alemanha, referido na decisão brasileira.

3 A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E A DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O ENSINO EM CASA: O CASO KONRAD V. GERMANY

O caso Konrad v. Germany, julgado no ano de 2006, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tem como solicitantes um casal e seus dois filhos, que pretendem serem autorizados a aderir ao modelo de ensino em casa, conhecido como *homeschooling*, ficando os pais desobrigados a matricular os filhos em alguma escola convencional (privada ou estatal). O fundamento principal da solicitação centra-se no fato de que as escolas convencionais tratam de assuntos pontuais pela ótica da cientificidade, o que vai de encontro às visões religiosas da família, a citar como exemplo a abordagem da forma de criação do mundo, e questões relacionadas à educação sexual²².

A solicitação foi apreciada pelos órgãos internos, tanto na seara administrativa, pela Corte Federal Administrativa alemã, como na seara judicial, pela Corte Federal Constitucional, sendo que ambas firmaram o mesmo entendimento no sentido de não conceder o pedido realizado pela família. Em razão da negativa

²⁰ Queiroz, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 48, grifado no original .

²¹ Martínez Estay, José Ignacio. "Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo". *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, p. 365-396, 2014, Talca. p. 372.

²² Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

interna, portanto, os solicitantes encaminharam o pedido perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), na tentativa de alcançarem um resultado diverso, o que não ocorreu, conforme se demonstrará²³.

A Corte Administrativa reconheceu que a *Basic Law* garante aos pais tanto a liberdade de religião, como o direito de educarem seus filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas, o que compreende, inclusive, um aspecto negativo, calcado no direito de manter as crianças longe de convicções que poderiam ser prejudicial a sua opinião. Entretanto, tal direito de liberdade encontra limites, ficando restringido pelo dever do Estado em fornecer educação²⁴.

O argumento sustentado pela família no sentido de que uma educação completa²⁵ fornecida no âmbito familiar poderia suprir a educação estatal (ou privada), é refutado pela Corte, sob a justificativa de que a escola, além de ensinar conteúdos, é responsável pelo elemento “sociabilidade”, de modo que as crianças que porventura não venham a frequentá-la, estariam privadas do contato com outras crianças, com outras realidades, e com outras origens. Dito de outro modo, a escola não serve apenas para ensinar conteúdos, mas também como ferramenta no desenvolvimento das habilidades sociais das crianças, integrando-as, de modo que “the State’s obligation to provide education did not only concern the acquisition of knowledge, but also the education of responsible citizens to participate in a democratic and pluralistic society”²⁶.

Nesse sentido, a aquisição de habilidades sociais em lidar e estabelecer relações com pessoas que possuem um diferente ponto de vista apenas é possível através do contato regular com a sociedade, e a escola, nessa fase da vida, é o que representa a sociedade. Além disso, reforça-se o dever da sociedade em integrar as minorias²⁷, o que requer tanto que essas minorias não sejam excluídas, quanto que elas mesmas não possam se auto excluir. No que tange ao direito dos pais em educar os seus filhos de acordo com as suas crenças e convicções, o Estado reitera

²³ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

²⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

²⁵ A família, no caso, inclusive alegou que o estudo familiar estaria amparado por uma instituição, que guiaria e auxiliaria a condução do ensino.

²⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006, p. 3.

²⁷ A decisão não define o que entende pelo termo “minorias” (critério meramente numérico, ou análise dos grupos que sofrem algum tipo de opressão social ou discriminação), entretanto, a família solicitante é enquadrada nesse conceito, por apresentar uma visão religiosa minoritária em termos numéricos, quando comparada com o restante da sociedade em que vive.

que a educação escolar não impedirá que isso aconteça, tendo em vista que “the applicant parents were free to educate their children after school and at weekends”²⁸.

Nesse contexto, a Corte Europeia de Direitos Humanos se manifesta no sentido de reconhecer os argumentos suscitados pelo Estado, notadamente no que se refere à função da escola para além da transmissão e construção do conhecimento, isto é, reconhece a escola enquanto órgão responsável também pela integração das crianças na vida social (“integration into and first experiences of society are important goals in primary-school education”²⁹). A partir disso, pois, adota o conceito de “margem de apreciação”, compreendendo que os critérios e as regras dos sistemas educacionais cabem aos próprios Estados, isto é, “the Court [...] falls within the Contracting States’ margin of appreciation in setting up and interpreting rules for their education systems”³⁰.

Assim, muito embora a Corte EDH se mostre favorável aos fundamentos do Estado, ela não firma um entendimento geral nesse sentido, e muito menos fixa critérios específicos para o ensino em casa (*homeschooling*), deixando essa tarefa para cada Estado, no exercício da sua soberania e de acordo com as suas particularidades, regulamentar e especificar os requisitos das possibilidades do exercício desse modo de ensino³¹.

Outro argumento suscitado pelos pais na decisão, calca-se no fato de que o tribunal interno já havia autorizado a prática de *homeschooling* para outras famílias, famílias nas quais os pais trabalham no exterior, ou que não se estabelecem de modo permanente, pois os pais viajam constantemente em razão da profissão. Assim, os solicitantes alegam sofrer discriminação, pois no seu caso, em razão de motivos religiosos, lhes foi negada a liberação da matrícula compulsória de seus filhos na escola³². O direito à não-discriminação, da mesma forma como ocorre no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos³³, está previsto

²⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006, p. 7.

²⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006, p. 7.

³⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006, p. 7.

³¹ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

³² Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

³³ No que tange ao Sistema Interamericano de Proteção, tanto na Convenção Americana, em seu artigo 1.1 (combinado com o artigo 24), como nas próprias sentenças condenatórias e opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se esse entendimento. Nesse sentido, ver: OEA: *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969).

expressamente na Convenção Europeia, em seu artigo 14³⁴, e segue a lógica de proibição de discriminação a qualquer pessoa em razão de raça, cor, etnia, religião, língua, entre outros, tanto a partir da lógica de uma dimensão negativa (omissão), como positiva (obrigação de adotar medidas que venham a compensar possíveis desigualdades fáticas).

Nessa linha, a Corte EDH segue o mesmo entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se consubstancia na ideia de que é possível aplicar um tratamento diferente para situações semelhantes, desde que esse tratamento seja justificável, razoável (seguindo a ideia de proporcionalidade), e que busque um fim legítimo, de modo que nem todo tratamento diferenciado pode ser tido como discriminatório, que foi o que ocorreu no caso em apreço. Nesse sentido,

the Court reiterates that, for the purposes of Article 14 of the Convention, a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. Moreover, the Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment³⁵.

Isto é, a Corte EDH, mais uma vez, reforça a margem de apreciação nacional, definindo que os Estados gozam dessa margem para avaliar se, e em que medida, as diferenças em situações semelhantes justificam um tratamento diferente. A partir disso, então, pode-se dizer que no caso em tela o Tribunal internacional vai ao encontro das ideias apontadas pelo Estado-parte, compreendendo-as como compatíveis com a Convenção Europeia de Direitos do Homem, e faz a ressalva de que os Estados gozam de uma margem de apreciação nacional no que tange aos critérios utilizados e às medidas de avaliação para apurar a existência (ou não) de discriminação em casos de tratamentos desiguais³⁶. Dito isso, passa-se agora para a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 888.815, que trata da prática do *homeschooling* no Brasil.

Corte IDH: *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C nº 214.

³⁴ Conselho da Europa: *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (1950).

³⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006, p. 9.

³⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos: *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

4 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 888.815: RECONHECIMENTO DE UM ESPAÇO DECISÓRIO LEGISLATIVO QUANTO À PRÁTICA DO *HOMESCHOOLING*?

As discussões sobre a possibilidade de educação domiciliar também fizeram parte da pauta legislativa³⁷, executiva e judicial no Brasil, sendo a prática do *homeschooling* – e também do *unschooling* radical e moderado - declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do referido Recurso Extraordinário nº 888.815. A ação, originária do Rio Grande do Sul, sustentou-se fundamentalmente no direito à educação e à dignidade humana, sendo debatida a necessidade de regulamentação legislativa para a prática nos votos dos Ministros³⁸.

O caráter indisponível do direito fundamental social à educação é analisado, gerando divergências sobre a constitucionalidade do ensino em casa, com ou sem regulamentação legislativa, entendendo a maioria dos Ministros que a Constituição “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”³⁹. Em sentido contrário são os posicionamentos da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, os quais afirmam que o *homeschooling* “em substituição à educação em estabelecimentos escolares, por opção dos pais ou responsáveis, não encontra fundamento próprio na Constituição Federal”⁴⁰.

Embora os posicionamentos apresentados pela PGR e AGU no sentido de inconstitucionalidade total do *homeschooling*, reconhece o Supremo Tribunal Federal que o ensino doméstico, desde que observados os critérios já existentes em lei e criada uma regulamentação legislativa para sua ocorrência, possa tornar-se constitucional⁴¹. O posicionamento adotado reconhece, assim, a autonomia legislativa e o espaço decisório do Congresso Nacional, sendo feitas referências aos Projetos de Lei em tramitação e que buscam regulamentar o *homeschooling*⁴²,

³⁷ Projetos de Lei nº. 3179/2012, nº. 3261/2015, nº 10.185/2018 e nº 3159/2019.

³⁸ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

³⁹ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 3

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 62.

⁴¹ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁴² Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018

propondo o Ministro Roberto Barroso alguns critérios de regulamentação a partir do Projeto de Lei nº. 3.179.

A necessidade de regulamentação legislativa é uma constante nos votos, observando o Ministro Alexandre de Moraes que deve ser elaborado um “núcleo curricular comum a todos e que será discutido pelo Congresso Nacional e deverá ser estabelecido por legislação”⁴³. A constitucionalidade da prática estaria atrelada, desse modo, a existência de requisitos fixados que permitam a supervisão, fiscalização e acompanhamento dos alunos por meio de avaliações realizadas periodicamente⁴⁴. O ponto central do debate, para o Ministro Barros reside no fato de “se a Constituição somente se referiu ao ensino oficial, é porque somente admite esse tipo de ensino. Essa é uma leitura possível. A segunda é: se a Constituição não veda o ensino domiciliar, deve-se então respeitar a autonomia dos pais”⁴⁵.

É demonstrada preocupação, por parte do órgão judicial, em compreender a vontade legislativa presente na não regulamentação específica do ensino em casa, sendo questionada, portanto, se trata-se de uma proibição ou simplesmente de uma matéria deixada a margem do legislador ordinário. A escolha dos pais pelo *homeschooling* estaria fundamentada na preocupação com o desenvolvimento escolar dos filhos, sendo a ineficiência da escola pública uma das razões que sustenta a opção – a qual se diferencia do *unschooling*, prática essa que desconsidera que a educação das crianças e adolescentes é desnecessária⁴⁶.

Os argumentos que sustentam a necessidade de um ensino público e compartilhado partem de uma concepção ideal na qual todas as crianças podem “socializar na mesma escola e sala de aula, independentemente de seu sexo, raça, proveniência, religião, riqueza ou pobreza ou deficiência. [...] todas as crianças devem frequentar a escola, porque a educação é definida como um bem público”⁴⁷. Doutra banda, os defensores de práticas como o *homeschooling* e os *vouchers* – que funcionam como uma espécie de vale-educação que permite que os pais

⁴³ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 68.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 12.

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁴⁷ Barbosa, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?*. São Paulo, 2013. Tese: Doutorado em Educação. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. p. 88.

escolham onde matriculam os filhos – embasam sua escolha na ineficiência do Estado na prestação de um ensino satisfatório⁴⁸.

Exemplos de países que permitem o *homeschooling*, como Austrália, Canadá e Estados Unidos, e de países onde há a proibição do prática, como Alemanha e Espanha, são apresentados, bem como dados de organizações que fazem levantamentos sobre índices relacionados ao tema⁴⁹. O Caso *Konrad v. Germany*, já analisado, bem como decisões da Suprema Corte norte-americana são referidos, cabendo destacar, contudo, o caráter de reforço argumentativo buscado com tais referências, não caracterizando um diálogo interjurisdicional. Destaca o Ministro Marco Aurélio, contudo, que as práticas estrangeiras devem ser analisadas de forma cuidadosa, uma vez que advindas de realidades educacionais e sociais distintas, embora reconheça a importância da utilização do direito comparado⁵⁰.

No que se refere a margem de apreciação legislativa, prevalece um posicionamento de deferência legislativa, sendo reforçada a imprescindibilidade da regulamentação legal, ou seja, que “o ensino domiciliar somente existirá se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal”⁵¹ e, assim, “em que pese não ser vedado, ainda não foi criado e regulamentado por lei, e, conseqüentemente, não poder ser aplicado às crianças, jovens e adolescentes”⁵². Salienta o Ministro Fachin que cabe ao legislador determinar padrões mínimos de ensino, referindo também o Ministro Marco Aurélio o papel de legislador negativo que deve exercer o Poder Judiciário, em face do Princípio da Separação de Poderes⁵³, reforçando um posicionamento deferente.

Nesse sentido, também é trazido ao debate o fato de que a existência de Projetos de Lei ainda em tramitação, que não foram votados, denotaria uma falta de vontade legislativa em disciplinar a questão, transferindo-se ao mais alto Tribunal do país a decisão. Assim, “quando o Parlamento não aprova uma lei, empurra-se o problema para o Judiciário, porque o Judiciário é que vai pagar o preço social da

⁴⁸ Celeti, Filipe Rangel. *Educação não obrigatória: uma discussão sobre o Estado e o mercado*. São Paulo, 2011. Dissertação: Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 59.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 71.

⁵² Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 75.

⁵³ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 175.

solução que ele adotar”⁵⁴. Todavia, a declaração de inconstitucionalidade em razão da inexistência de regulamentação legislativa apresenta-se como posicionamento predominante, sendo vencidos os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia – os quais defenderam, mesmo diante de regulamentação infraconstitucional, a inconstitucionalidade do *homeschooling*⁵⁵.

Quanto ao posicionamento pela necessidade de lei que regulamente o ensino em casa, destacou o Ministro Fachin que não cabe ao Poder Judiciário, “considerando que não há mora legislativa, fixar os parâmetros pelos quais toda uma concepção pedagógica possa se ajustar às regras mínimas de garantia de padrão de qualidade e à fiscalização”⁵⁶. Finaliza o voto fazendo um apelo ao legislador para que discipline a prática do *homeschooling*, utilizando da técnica, de origem alemã, na qual o Tribunal Constitucional “reconhece que uma lei ‘ainda é constitucional’, mas vai tornar-se inconstitucional em razão de determinados elementos espaciais ou temporais”⁵⁷. O ensino em casa, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal não é uma prática inconstitucional por si só, contudo, diante da sua não regulamentação pelo Congresso Nacional, torna-se inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, verifica-se que as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador, que tem como base os princípios da soberania e da separação dos poderes, respectivamente, calcam-se no reconhecimento pelos Tribunais, de um espaço de atuação do legislador. Assim, ao compreender que determinadas questões pontuais cabem ao Poder Legislativo ou ao Estado decidir, as Cortes adotam uma postura de deferência. Desse modo, respondendo ao problema de pesquisa suscitado inicialmente, qual seja: a partir das decisões *Konrad v. Germany*, e Recurso Extraordinário 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador, quanto à prática do *homeschooling*? Verifica-se o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Konrad v. Germany*, ao referir que

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 103.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal: *Recurso Extraordinário nº. 888.815*, sentença de 12 de setembro de 2018. p. 98.

⁵⁷ Leal, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 84.

cabe a cada Estado, no exercício da sua soberania, definir os critérios específicos da prática do *homeschooling*, assim como verifica-se a adoção, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma margem de apreciação do legislador, ao definir que a constitucionalidade da prática do ensino em casa depende de regulamentação da questão por parte do Legislativo.

REFERÊNCIAS:

Aguilar Cavallo, Gonzalo. “*Cuál es la doctrina de la CIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales?*”, en: Mardones, H. I. L.; Albónico, E. P. *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012.

Barbosa, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?*. São Paulo, 2013. Tese: Doutorado em Educação. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

Celeti, Filipe Rangel. *Educação não obrigatória: uma discussão sobre o Estado e o mercado*. São Paulo, 2011. Dissertação: Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Conselho da Europa: *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950)*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH): *Caso Konrad v. Germany*, Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C nº 214.

Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2008, Talca, p. 337-343.

Galdámez Zelada, Liliana. “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 12, 2014, Talca, p. 329-364.

García Roca, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, Madrid, p. 117-143.

Haro, Carlos Brokmann. “La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de Derechos Humanos México”. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008, México p. 59-89.

Leal, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Martinez Estay, José Ignacio. "Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo". *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, p. 365-396, 2014, Talca.

Miranda, Jorge. "Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 107-138, 1986, Madrid.

Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Nogueira Alcalá, Humberto Nogueira. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000.

_____. "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", em Nogueira Alcalá, H.; Galdaméz Zelada, L: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014.

Organização dos Estados Americanos (OEA): *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

Queiroz, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006.

Saddy, André. *Discricionariedade Administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e Técnicas de Contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Yourow, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Boston: Kluwer Law International, 1996.