



A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E O JULGAMENTO DO CASO *KONRAD VS GERMANY* DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: PODE O ESTADO PROIBIR A PRÁTICA DO ENSINO DOMICILIAR?

*Elenita Araújo e Silva Neta*¹

RESUMO

A problemática do artigo é: pode o Estado proibir a prática do ensino domiciliar pelos pais invocando a teoria da margem de apreciação? Logo, parte-se da hipótese que o ente estatal não pode proibir a educação em casa no seu território, tendo em vista a existência do direito de acesso à educação na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Art. 2º do Protocolo Adicional). Assim, utilizou-se um método dedutivo e pragmático, concluindo que o Estado pode proibir a prática do *homeschooling*, prevalecendo – dessa forma - a teoria da margem de apreciação nacional.

Palavras-chave: Teoria da margem. Ensino domiciliar. Educação. Direitos humanos. Tribunal Europeu.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário de Maceió (UNIMA). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maceió (UNIMA). Membro associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACRIM). Advogada.

“[...] não cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma [...] que melhor proteja os direitos humanos”.

(Flávia Piovesan, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 2021, p. de internet)

1 INTRODUÇÃO

O direito de acesso à educação acabou se consagrando como um direito de segunda geração, o qual passou a exigir do ente público uma prestação positiva para sua efetivação, ou seja, que o Estado se fizesse presente para a sua concretização.

Posto isto, uma das modalidades de efetivação de tal direito na realidade é o denominado ensino domiciliar (*homeschooling*), o qual corresponde, em linhas gerais, à possibilidade de crianças e jovens receberem a educação básica em sua residência, por meio dos seus genitores ou tutores. Assim, o Estado acabaria exercendo uma função fiscalizatória de tal ensino.

Contudo, seu tratamento varia de acordo com o país utilizado como referencial: por exemplo, enquanto no Brasil a prática do *homeschooling* foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal pela falta de regulamentação de tal matéria pelo Poder Legislativo (conforme o Recurso Extraordinário de n.º 888.815/RS), na Alemanha, o ensino domiciliar é proibido desde a eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939 –1945) por Adolf Hitler, o qual acreditava que a prestação do acesso à educação deveria ser monopolizada pelo Estado, com a intenção de que o mesmo possuísse total controle sob a sua prestação e fiscalização.

Atualmente, inclusive, tanto a Lei Básica da Alemanha (em seu art. 7º, item 1) e a Lei Escolar de Baden-Wurtemberg (arts. 72 e 76) determinam que a frequência no ensino escolar é obrigatória para crianças, o que não abre margem – aparentemente – para a adoção do ensino domiciliar como modalidade de educação em território alemão (TEDH, 2006).

Por outro lado, a teoria da margem de apreciação nacional pode ser compreendida como uma construção jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos que, a partir da década de 1970, acabou utilizando-a para definir que os Estados possuem uma margem de

preferência – em relação ao magistrado internacional – para decidir sobre determinados assuntos que tenham relação com as peculiaridades e necessidades do seu próprio povo.

De forma geral, é como se o Tribunal Europeu afirmasse, quando aplicada à referida teoria, que os países se encontram em uma melhor posição para decidirem sobre determinados assuntos relacionados à sua órbita interna, quando comparado a um órgão internacional.

E foi exatamente no ano de 2006, por meio do julgamento do caso intitulado *Konrad vs Germany* que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos precisou decidir se a educação em casa poderia ser proibida pelo ente público, por meio do uso da teoria da margem de apreciação nacional como fundamento central de tal ato proibitivo.

Diante de tal explanação inicial, a problemática do presente artigo é: pode o Estado proibir a prática do ensino domiciliar pelos pais invocando a teoria da margem de apreciação? E, no mesmo sentido, o objetivo do trabalho é identificar se é possível tal mandamento proibitivo, por parte da máquina pública, ou não (levando em consideração, claro, a invocação da teoria da margem pelo Estado).

Nesta seara, para a elaboração de tal pesquisa, foi utilizado um método dedutivo (partindo-se de um estudo geral sobre o direito de acesso à educação e a teoria da margem de apreciação nacional no sistema europeu de direitos humanos para se chegar, enfim, ao estudo analítico do julgamento do litígio *Konrad vs Germany* pelo Tribunal Europeu) e pragmático (percebendo os principais fundamentos usados pela Corte Europeia para decidir pelo afastamento ou aplicação da citada teoria no caso em concreto estudado).

Além da pesquisa qualitativa e jurisprudencial, também foram utilizados os principais autores que tratam sobre essa temática, como Flávia Piovesan (2023) e Maria Valentina de Moraes (2020).

Por fim, a hipótese inicial do artigo também se configura como: o ente estatal não pode proibir o uso do *homeschooling* em seu território, tendo em vista a existência do direito de acesso à educação na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 2º do Protocolo Adicional). Logo, ao final do artigo, será confirmada ou não como verdadeira.

2 O DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO

É notório que os direitos humanos ganharam — de forma gradativa — uma real importância no desenvolvimento civilizacional. Porém, deve-se ter em mente que, apesar de

gozarem de uma real condição de preocupação nacional, regional e internacional em relação a sua proteção pelos Estados, a construção da noção do que vem a ser um direito humano não foi linear.

Na verdade, direitos humanos básicos e mínimos — como o rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988 — correspondeu ao acúmulo de séculos de luta do próprio povo contra as intervenções discricionárias (e muitas vezes arbitrárias) do Estado. Todavia, antes de se adentrar no estudo de sua construção — principalmente jurídica —, torna-se necessário conceituar o que é um direito humano.

Dessa forma, segundo Eli Giovanetti, “os direitos humanos representam a expressão das reivindicações universalmente válidas, [...] visando uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos enquanto pessoas [...]” (Giovanetti, 2023, p. 02), nota-se, com isso, que o direito humano possui um caráter de universalização, ou seja, consegue superar o âmbito doméstico e regional de proteção conferida pelas máquinas estatais.

Assim, “a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade” (Piovesan, 2023, p. de internet), processos estes que contribuíram para a sua expansão e alcance de proteção de direitos e garantias mínimas a todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, inclusive.

Diante de tal tentativa de conceituação do que é um direito humano, o ponto de partida para a construção do seu entendimento deu-se, inicialmente, por intermédio da denominada Magna Carta de 1215. O que acontecia por volta do século XIII era a concentração do poder nas mãos do monarca absolutista, o qual decretava leis e ordens com base em sua vontade, assim, aparentando que não existia segurança jurídica quando suas ordens eram emitidas, especialmente aquelas proferidas contra seu próprio povo.

De tais ordens discricionárias, em algumas situações, a burguesia – enquanto classe emergente na época – acabava percebendo que os seus direitos mínimos, como a propriedade, a vida, a integridade física, corriam o constante risco de serem violados pelo monarca, no exercício da soberania do ente estatal. Diante de tais fatos, e almejando a segurança nas decisões que eram tomadas pelo rei absolutista, a referida classe burguesa acaba confeccionando a denominada Magna Carta de 1215, sendo o primeiro documento escrito – e assinado pelo rei João sem terra – que limitou os poderes da monarquia absolutista, prevendo um rol mínimo de direitos e garantias em prol dos particulares. Sobre isso, Emmanuel Sieyès afirma, diante desse contexto: “[...] o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que

seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele [...]” (Sieyès, s.d., p. 03).

Da Magna Carta, outros diplomas normativos futuros ganham respaldo e formas com o desenvolvimento dos importantes marcos na construção da concepção dos direitos humanos ao redor do mundo. Enquanto na Europa, a França e a Inglaterra testemunhavam a consolidação dos ideais do movimento iluminista² e, conseqüentemente, a eclosão da Revolução Francesa (1789), da Revolução Gloriosa (1688–1689) e a elaboração dos diplomas jurídicos que inauguraram a denominada primeira dimensão dos direitos humanos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1769, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* do ano de 1689. Já no continente americano, os Estados Unidos experimentavam a sua Independência e, de forma simétrica, a confecção da sua Constituição (1787). Por meio disso, “a preocupação em defender um núcleo essencial (e imutável) de direitos inerentes aos seres humanos acabou se tornando realidade constante após os principais movimentos do século XVIII” (Silva Neta; Catão, 2023, p. 83).

A importância de tais eventos e diplomas normativos foi que todos acabaram representando um solo fértil para o desenvolvimento dos direitos humanos de primeira geração, os quais possuíam como cerne o principal preceito da Magna Carta de 1215³: controlar a intervenção do Estado em face dos direitos e garantias mínimas dos particulares. Desta feita, passou-se a ser exigido um comportamento negativo por parte da máquina pública, no sentido de garantir uma completa liberdade para as pessoas poderem exercer os seus próprios direitos e de acordo com suas vontades e limitações.

Nas palavras de Paulo Bonavides: “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (Bonavides, 2019, p. 575), logo, os direitos conquistados neste primeiro momento representavam uma ordem de “não fazer” por parte do Estado, com o intuito de proteger a esfera de liberdade humana em detrimento das intervenções arbitrárias que eram feitas pelo ente estatal.

² Em linhas gerais, o movimento iluminista correspondeu à produção de pensamento no sentido de que o Estado deveria possuir limites quando interferisse na esfera de liberdade dos particulares, em especial em seus direitos e garantias fundamentais, como a vida, a propriedade e a integridade, por exemplo. Nesta época, as concepções de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes foram essenciais para moldar o que viria a ser o Estado moderno e a sua regulamentação através de constituições.

³ Primeira constituição escrita, feita na Inglaterra, e que representou a construção de limites ao monarca absolutista no exercício do seu poder. O documento foi feito pela burguesia e imposta ao Rei João sem Terra.

O problema desse cenário é que – com a ausência gradativa do ente estatal – os particulares eram quem, agora, praticavam as antigas arbitrariedades que o Estado cometia e isso era facilmente vislumbrado, a título exemplificativo, nas relações laborais na época da Primeira Revolução Industrial (1760–1850). Como bem discursado anteriormente, a burguesia era uma classe que estava em ascensão gradativa, de tal maneira que os movimentos de reivindicações de direitos de primeira geração corresponderam a um solo totalmente fértil que garantiu a sua completa ascensão nos anos seguintes, principalmente na seara econômica e trabalhista.

Agora, como as relações privadas não possuíam a presença forte do ente público, o burguês – enquanto detentor dos meios de produção – era quem determinava, por exemplo, o valor dos salários e as jornadas de trabalho dos seus funcionários nas fábricas. Esse cenário mostrava o quanto grupos vulneráveis – como mulheres e crianças – ficavam sem proteção do Estado e a mercê da vontade dos que detinham o monopólio da produção à época. Lembrando que a Primeira Revolução Industrial é apenas um dos contextos que se podem vislumbrar as consequências da ausência do Estado nas relações privadas.

Nas palavras do próprio Karl Marx: “[...] a exploração não mais ocorre na forma grosseira da apropriação de homens – como escravos ou servos – mas na da apropriação do ‘trabalho’[...]” (Marx, 2011, p. 38), com isso, nota-se que agora as arbitrariedades da utilização do poder estatal vinham daqueles que detinham a maior parcela de capital da sociedade, ou seja, a burguesia.

Fala-se, dessa maneira, porque nos Estados Unidos inaugurou-se – com tal mentalidade de não intervenção da máquina estatal – a denominada Era Lochner⁴, de características conservadora e que acabou definindo a necessidade de proteção da autonomia das relações privadas em face da intervenção do Estado (Catão, 2014, p. 476).

Assim, diante dessa imagem histórica de ausência do ente público, os diplomas normativos internacionais que se seguiram — como a Constituição Mexicana de 1918, a Constituição de Weimar e a criação da Organização Internacional do Trabalho, as duas últimas do ano de 1919 – passaram a exigir do Estado a sua presença nas relações entre os particulares,

⁴ Foi através da denominada Era Lochner que o pensamento que o Estado deveria se abster de interferir nas relações privadas de trabalho foi bastante forte. Seu início se deu do julgamento de um caso envolvendo a definição da jornada de trabalho excessiva de alguns padeiros, o qual a Corte Americana determinou que o ente público não deveria intervir nas relações laborais entre os particulares. Também é considerado um momento conservador de direitos no referido país estadunidense.

com a finalidade central de evitar que se praticassem novas arbitrariedades ou violações de direitos e garantias entre os próprios indivíduos, por exemplo.

Dessa forma, marca-se a segunda dimensão dos direitos humanos: a presença do ente público para garantir direitos da pessoa humana que promovessem o sentimento de bem-estar social (*Welfare state*). Dentro dessa nova onda histórica de direitos e garantias, encontra-se o direito à educação. Importante frisar que tal direito não tem um tratamento uniforme, nem no plano internacional, nem no plano doméstico, por exemplo.

Por meio desse pensamento, o direito de acesso à educação pode ser compreendido como “[...] um direito social, garantido pelo Estado, e indispensável para a formação da cidadania e dignidade dos sujeitos” (Silva, 2023, p. 02), sendo um importante direito de segunda geração nesse sentido.

Na mesma seara, Bruno Ferreira e Daniel da Silveira discorrem que o “[...] o direito à educação possui guarida nacional e internacional, sendo um direito humano correlacionado ao exercício da cidadania, da democracia, [...] do ensino [...]” (Ferreira; Silveira, 2023, p. 29), ou seja, o direito à educação (e o seu acesso) possui relação direta com o desenvolvimento do indivíduo tanto em sua órbita interna (de dignidade), quanto em sua seara social, ligado, por exemplo, à cidadania. Todavia, seu tratamento – como bem citado anteriormente – não é homogêneo, apesar de ter previsão em vários diplomas internacionais, bem como domésticos.

No âmbito interno, por exemplo, pode-se citar o Brasil, apesar de prever o direito à educação no rol do seu art. 6º da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou a problemática sobre a implantação da educação escolar em casa em seu sistema educacional, o qual determinou que a referida forma de ensino residencial (normalmente feita pelos pais em relação aos filhos) não possuía amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, o que acarretaria na impossibilidade do Supremo em determinar o seu uso no território brasileiro, conforme o julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 888.815/RS do ano de 2018.

Nas palavras da própria Suprema Corte Brasileira: “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 [...]” (Brasil, 2018, p. 03). De tal discussão, inclusive, foi consolidado o Tema 822⁵ do Supremo – posteriormente – o qual

⁵ Possibilidade de o ensino domiciliar, ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal de 1988.

discorreu ser possível o ensino domiciliar ministrado pela família ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação.

Outra problemática enfrentada pelo Supremo foi a constitucionalidade (ou não) do ensino religioso confessional na rede pública de ensino brasileiro, tendo o citado Tribunal defendido a constitucionalidade de tal ensino mediante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 4.439/DF, uma vez que “a Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina [...] das escolas públicas [...]” (Brasil, 2017, p. 04).

Além do Brasil, outro país que também enfrentou a problemática do *homeschooling* foi a Alemanha. Desde 1938, o ensino domiciliar é proibido em solo alemão por obra de Adolf Hitler, já que o mesmo acreditava que o monopólio do ensino para crianças e jovens deveria ser exercido pela máquina pública durante a Segunda Grande Guerra (1939-1945). Assim, atualmente, a educação domiciliar é proibida na Alemanha, apenas sendo permitido em casos excepcionais, como de doenças graves (Cardoso, 2022, p. de internet).

Todavia, o cenário é diferente, por exemplo, em solo estadunidense, pois “os EUA são um dos países que tem maior tradição nesse tipo de ensino, [...]. Se estima que no país tenham 1,5 milhão de estudantes em educação escolar em casa num total de 80 milhões de estudantes, ou seja, menos de 2%” (Cardoso, 2022, p. de internet). Tal diferença pode até ser compreendida como a aplicação do direito de liberdade em solo estadunidense (o qual é garantido fortemente na Primeira Emenda [1791]), em conferir aos genitores a possibilidade de definir o tipo de ensino que seus filhos irão receber.

Agora, na órbita do sistema onusiano de proteção dos direitos humanos (ou seja, internacional), o direito à educação é previsto de forma bastante tímida, ao longo do preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a qual determina que a educação e o ensino devem promover o respeito aos direitos e liberdades humanas, bem como primar pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional que assegurem tal fim (ONU, 1948, p. de internet).

Já da leitura e do estudo a nível regional, percebe-se que o direito à educação também é tipificado ao longo da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (diploma elementar do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos) e da própria Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 (a qual rege o sistema europeu de proteção de tais direitos).

Nas Convenções, observa-se que o direito à educação é associado, normalmente, a religião e a moral dos tutores dos menores. Enquanto que na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o ensino dos filhos deve observar a educação religiosa e moral que os pais determinem (art. 12, item 4, da Convenção Americana), ou seja, o exercício do direito à educação das crianças e jovens deve estar em simetria com o direito de livre convicção religiosa e filosófica dos genitores (evitando-se colisões); a Convenção Europeia de Direitos Humanos discorre – ao longo do art. 2º do seu Protocolo Adicional – que “a ninguém pode ser negado o direito à instrução” (CEDH, 1950, p. 20), devendo o Estado determinar e sistematizar o campo da educação e do ensino em seu território, respeitando o direito dos pais a assegurar educação e ensino, aos seus filhos, de acordo com suas próprias convicções religiosas e filosóficas (CEDH, 1950, p.20).

Dessa maneira, em âmbito regional, é possível perceber que os sistemas de proteção de direitos humanos buscam conciliar dois direitos: o de acesso ao ensino e à educação, conferido este pelo Estado (prestação positiva), e a proteção do exercício do citado direito em consonância com a liberdade religiosa, de convicção e filosófica dos pais ou tutores do menor.

Contudo, apesar de aparentemente os referidos direitos conviverem em harmonia, surgiu, a partir da década de 1970, a denominada teoria da margem de apreciação nacional, a qual acabou pondo em colisão durante o julgamento do caso *Konrad vs Germany* pela Corte Europeia de Direitos Humanos: de um lado, a garantia do direito à educação através do Estado e, em outro prisma, a possível violação ao direito de liberdade religiosa e filosófica dos pais que optassem em ensinar os seus filhos na modalidade de *homeschooling*. Porém, antes de enfrentar a problemática central deste trabalho, no que consiste essa teoria?

3 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO E A SUA UTILIZAÇÃO PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

A teoria da margem de apreciação nacional – também chamada de teoria da margem ou, simplesmente doutrina da margem ou margem de manobra – consistiu em um mecanismo utilizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para invocar uma margem de preferência, nos casos em concreto, que o juiz local (Estado) teria em detrimento do magistrado internacional, sob a justificativa de que o ente público estaria mais a par das necessidades e da realidade do seu próprio povo (claro, quando comparado a uma corte internacional).

De acordo com esse entendimento, Maria Moraes e Sabrina Lima discorrem que a doutrina da margem é usada “[...] pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos como uma ferramenta e um espaço de adequação das necessidades dos Estados dentro do que foi pactuado e estabelecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, diante de condições culturais e sociais” (Morais; Lima, 2020, p. 42). Logo, a teoria da margem representaria o reconhecimento desta margem de preferência, em prol do Estado, quando houvesse condições culturais e sociais propícias para tal finalidade.

Na mesma seara, “a margem de apreciação, portanto, confere aos Estados um espaço de atuação conforme as suas peculiaridades [...] isto é, cada órgão possui seu âmbito de atuação bem delimitado, de modo que não pode adentrar na seara do outro [...]” (Saraiva, 2021, p. 40), e havendo uma delimitação destes campos de atuação, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acaba agindo de forma a supervisionar as decisões proferidas pelos entes estatais e que são levadas à sua apreciação no sistema internacional de direitos humanos.

Interessante perceber que a margem de apreciação não é reconhecida pelo Estado, mas sim pelo órgão internacional (neste caso, o Tribunal Europeu), o qual fica encarregado de decidir sobre alguma violação dos direitos humanos por parte da máquina estatal.

Nesse sentido, extrai-se que a doutrina da margem, na verdade, é uma construção jurisprudencial utilizada, inicialmente, pela Corte Europeia, tendo a sua primeira menção expressa sido durante o julgamento do caso *Handyside vs Reino Unido* (*Application* de n.º 5.493/72) no ano de 1972.

Diante disso, um ponto importante – antes do estudo de como se configura a dinâmica de aplicação da teoria da margem na órbita da jurisdição do Tribunal Europeu – de se indicar é que a referida doutrina foi adquirindo “forma” de aplicação (e até mesmo a consolidação de balizas) durante os julgamentos que se seguiam no citado Tribunal, tendo em vista que a teoria da margem só foi tipificada no corpo legal da Convenção Europeia de 1950, apenas no ano de 2021 mediante o Protocolo de n.º 15 à Convenção (Ferreira, s.d., p. de internet).

Isso acaba demonstrando que apenas no ano de 2021 (por meio do Protocolo de n.º 15 à Convenção Europeia de 1950) é que a teoria da margem passou a ser considerada uma ferramenta reconhecida, legalmente, em sede de legislação internacional (apesar da sua aplicação “informal” por parte do Tribunal Europeu durante os anos que se seguiram depois da década de 70).

Nesse sentido, como mencionado anteriormente, a teoria da margem de apreciação nacional teve a sua menção expressa – pela primeira vez – no julgamento do litígio denominado

Handyside vs Reino Unido. Neste caso, a Corte Europeia precisou analisar se o direito à liberdade de expressão do indivíduo poderia ser limitado pelo ente estatal em prol da manutenção da moralidade pública da sociedade, já que o Sr. Handyside havia sido penalizado pelo Reino Unido – com a condenação ao pagamento de uma multa e o confisco de seus livros – após o mesmo ter promovido a publicação e a distribuição de uma obra denominada “O livro vermelho da juventude”, o qual possuía conteúdos sensíveis para a juventude da época, como aborto, sexo e o uso de contraceptivos.

Sobre isso, Tainá Pacheco aponta que “a condenação de Handyside, no entanto causou controvérsias, [...] os especialistas em psiquiatria e pedagogia tanto de defesa quanto de acusação expressaram opiniões diversas acerca da possível corrupção moral [...]” (Pacheco, 2021, p. 21). Dessa forma, o livro distribuído por Handyside, no Reino Unido, acabou causando controvérsias se realmente crianças e jovens poderiam ter esse tipo de contato com conteúdos considerados “sensíveis” pelo Estado.

Assim, com a sua condenação na órbita doméstica, Handyside recorreu ao Tribunal Europeu com a intenção de anular a decisão do referido Estado-nação e, conseqüentemente, garantir o seu direito à liberdade de expressão (publicação e distribuição do exemplar). O problema é que durante o julgamento do litígio, a Corte Europeia acabou acatando os fundamentos apresentados pelo Estado sobre a condenação e a proibição de circulação do livro, pois se a máquina estatal permitisse tal ação, estaria violando a moralidade pública do seu povo, a qual proibia que a juventude da época tivesse contato com os referidos conteúdos sensíveis. Logo, o Reino Unido invocou a sua margem de apreciação para conceituar “moralidade pública” de acordo com os anseios e realidade do seu próprio povo, a qual acabou sendo acatada pelo órgão internacional e aplicada no caso em apreço.

Consoante o próprio Tribunal Europeu, as medidas adotadas pelo Reino Unido se enquadravam “[...] na margem deixada às instituições nacionais para escolherem entre diferentes medidas com um objetivo legítimo e apreciarem a seu potencial eficácia” (TEDH, 1976, p. 30) e, assim, o Reino Unido havia também decretado a busca e apreensão dos livros comercializados e distribuídos por Handyside com o intuito de proteger a “moralidade pública” em questão.

De tal decisão da Corte, possibilitou-se perceber que o ente público – por meio do uso de tal doutrina – teria uma margem de preferência própria para conceituar o que é “moralidade pública” e o que viria a violá-la em sua jurisdição interna.

Além da referida *Application* de n.º 5.493/72, a teoria da margem de apreciação nacional também acabou sendo invocada pelo Reino Unido durante o julgamento do caso *Sunday Times vs Reino Unido* (*Application* de n.º 6.538/74). Mais uma vez, a doutrina da margem havia sido invocada pelo ente estatal no contexto de uma possível violação ao direito à liberdade de expressão dos particulares (agora, o do jornal *Sunday Times*).

Em linhas gerais, a citada *Application* versou sobre a proibição imposta pelo Reino Unido contra o referido jornal, para que o mesmo deixasse de publicar artigos denunciando os acordos que a empresa farmacêutica *Distillers Company* estava realizando com as famílias vítimas da droga talidomida, bem como o fundo monetário que a empresa estava divulgando para “apaziguar” sua culpa pelo nascimento de diversas crianças com anomalias físicas e mentais (e que tinham relação direta com a utilização da droga mencionada).

Dessa forma, o Reino Unido proibiu que o *Sunday Times* produzisse os seus artigos jornalísticos sobre tais fatos com a intenção de proteger a imparcialidade dos magistrados que viriam a julgar os litígios das famílias contra a empresa farmacêutica no Poder Judiciário. Com isso, ao chegar o caso a julgamento na Corte Europeia, o Reino Unido invocou a teoria da margem para justificar tal proibição (TEDH, 1979, p.31).

Porém, o Tribunal Europeu – diferentemente do que ocorreu no caso *Handyside vs Reino Unido* – não reconheceu uma margem de preferência para que o Estado proíba a divulgação e circulação de informações de interesse público, sob a justificativa de que a imparcialidade dos juízes responsáveis por julgarem a empresa farmacêutica *Distillers Company* (TEDH, 1979, p. 42). Segundo o entendimento da própria Corte, informações de interesse público não podem ser censuradas pelo ente estatal com base em sua discricionariedade, uma vez que o magistrado – antes mesmo de ser juiz – é um cidadão e tem o direito de receber tais informações de maneira igualitária a qualquer outra pessoa.

De acordo com tal entendimento, o Tribunal Europeu afastou a teoria da margem de apreciação nacional e reformou a decisão emitida pelo Reino Unido contra o jornal, fazendo com que se construísse o entendimento de que a doutrina da margem não poderia ser aplicada – para que se prevaleça – em casos que envolvam a divulgação e circulação de informações consideradas de interesse público para a sociedade.

Segundo a Corte Europeia no referido julgamento:

Sem dúvida, o princípio da margem de apreciação já consagrado na jurisprudência deste Tribunal deve ser considerado e aplicado em favor do sistema judicial nacional. Mas a lacuna entre os dois sistemas e os padrões adotados para o exercício dos direitos

às liberdades abrangidos pela Convenção pode ser muito grande para ser superada pelo princípio mencionado (TEDH, 1979, p. 42).

Além desses casos referidos, a discussão sobre a aplicação da teoria da margem também foi fundamental na construção e reconhecimento dos direitos humanos dos transexuais no continente europeu e, em especial, no Reino Unido.

Todavia, o que é uma pessoa transexual? “Entende-se a transexualidade como a pessoa que não se identifica com seu gênero de nascença e, em razão disso, realiza procedimentos a fim de alterar referidas características [...]” (Gunther; Esmanhoto; Lins, 2022, p. 44). Portanto, o transexual é aquele em que não se identifica com o gênero do nascimento, mas sim com aquele que é construído socialmente e o mesmo se identifica.

Isso pode ser facilmente vislumbrado através do julgamento dos litígios intitulados *Cossey vs Reino Unido* (*Application* n.º 10.843/84) e *Goodwin vs Reino Unido* de 2002 (*Application* n.º 28.957/95). Assim, em ambos os casos houve a discussão do reconhecimento dos direitos à intimidade e a vida privada (art. 8º), ao casamento (art. 12), ao acesso a recursos efetivos na esfera de jurisdição do Estado (art. 13) e ao direito a não discriminação sexual (art. 14), todos da Convenção Europeia de Direitos do Homem, em prol das pessoas transexuais na Europa.

Em relação ao primeiro caso (*Application* n.º 10.843/84), a Srt^a. Cossey se identificava como uma mulher transexual, tendo – inclusive – realizado procedimentos estéticos e cirúrgicos para que o seu fenótipo se parecesse, cada vez mais, feminino. Todavia, apesar de se reconhecer como uma mulher transexual, Cossey não tinha o direito de alterar o seu gênero em sua certidão de nascimento, bem como era proibida de contrair matrimônio com um amigo italiano, uma vez que a legislação do Reino Unido na época - Lei de Registro de Nascimento e Óbito de 1953 e Lei de Causas Matrimoniais de 1973 – apenas consideravam como “homem” e “mulher” o sexo biológico do indivíduo.

No mais, “[...] o Tribunal Europeu, pela primeira vez, precisou enfrentar o uso da teoria da margem em relação a assuntos (intimidade, casamento e não discriminação sexual) que envolvessem os [...] transexuais [...]” (Silva Neta; Catão, 2023, p. 09) e, principalmente, por meio da legislação do Reino Unido, a qual só considerava o reconhecimento dos referidos direitos em um contexto biológico e de prática do registrador geral, ignorando-se a compreensão do gênero como também uma construção social.

Diante desse cenário e percebendo que seus direitos humanos estavam sendo violados (arts. 8º e 12 da Convenção Europeia), a Srtª. Cossey recorreu ao Tribunal Europeu para que o mesmo afastasse a decisão denegatória do Reino Unido para o reconhecimento de seus direitos enquanto uma mulher transexual. Em sua defesa perante a Corte, o Reino Unido discutiu que possuiria uma margem de preferência para regular a situação das pessoas transexuais em seu território, tendo em vista que as questões suscitadas por Cossey possuíam regulamentação através das referidas Leis (a de 1953 e 1973) e em ambas - para o exercício de tais direitos - o Estado apenas reconhecia o sexo biológico do indivíduo (TEDH, 1990, p. 26).

Ao final do julgamento, a Corte Europeia acabou reconhecendo a doutrina da margem de apreciação nacional em prol do Reino Unido, acatando suas alegações, sob a justificativa de que cada máquina estatal teria preferência para regulamentar a situação das pessoas transexuais em seu território, de acordo com as peculiaridades do seu próprio povo. Logo, os referidos direitos de Cossey não foram reconhecidos e efetivados pelo Tribunal.

De acordo com a Corte em tela: “[...] reconheço que isto significa que, em determinadas circunstâncias, deve ser deixada ao Critério do Estado em causa uma certa margem de apreciação” (TEDH, 1990, p. 24), fazendo com que o Tribunal Europeu, neste contexto, apenas tivesse uma função de supervisão internacional.

Ao proferir tal decisão, o órgão internacional europeu decidiu que o ente estatal teria prevalência em definir como a situação dos transexuais seria tratada em seu território.

Contudo, tal realidade mudaria no ano de 2002, por meio da análise – pela Corte Europeia – do caso *Goodwin vs Reino Unido* e a rediscussão sobre o reconhecimento dos direitos humanos dos transexuais no território do Reino Unido. No caso da Srtª. Goodwin, também mulher transexual, além dos seus direitos à mudança de gênero em sua certidão de nascimento e a proibição de contrair casamento serem vedados pelo referido Estado, Goodwin também foi proibida de contribuir à previdência social como mulher *trans*, bem como era obrigada a utilizar o seu nome social em suas relações de trabalho (o que acarretava, em alguns momentos, assédio contra sua pessoa). Como se não bastasse tal cenário, Goodwin não conseguiu ter acesso a recursos efetivos no Reino Unido para que o mesmo alterasse suas decisões denegatórias (TEDH, 2002, p. 33).

Desta feita, o caso chegou perante o Tribunal Europeu para julgamento, tendo o Reino Unido – novamente e de forma análoga ao caso da Srtª. Cossey – invocado a teoria da margem em seu favor, determinando que o Estado possui uma margem de preferência para regulamentar

a situação de Goodwin e o reconhecimento dos seus direitos humanos em questão (arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de 1950).

Ao ter contato com o litígio, o Tribunal Europeu percebeu que desde o julgamento do caso envolvendo a Srt^a. Cossey, o Reino Unido permaneceu na mesma situação com as pessoas transexuais: a falta de regulamentação da sua situação dentro da sociedade. Dessa maneira, a Corte percebeu que os indivíduos transexuais permaneciam em um verdadeiro “limbo” jurídico, ou seja, ficavam sem proteção pela inércia do próprio ente estatal (o qual recusava a reconhecer seus direitos se favorecendo da própria torpeza) (TEDH, 2002, p. 19).

No mesmo sentido, o Tribunal também mencionou que o argumento do Estado de que não haveria uma convenção comum entre os países europeus para regular a situação dos indivíduos transexuais no continente acabaria por representar um empecilho à proteção de tais direitos, tendo em vista que poderiam ser dados tratamentos diferentes em alguns países, também não merecia prosperar em plena realidade do ano de 2002. A própria Corte reconheceu que as pessoas transexuais fazem parte da realidade social e devem ter a sua situação tipificada e assegurada pelos Estados.

E – diante de tais fundamentos – o Tribunal Europeu afastou a teoria da margem de apreciação e reconheceu os referidos direitos - arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de 1950 - em prol dos indivíduos transexuais (como Goodwin). Da análise dos casos de Cossey e Goodwin, torna-se possível extrair que a depender da justificativa de utilização da teoria da margem pelo ente público, a mesma pode ser afastada pelo órgão internacional em prol do reconhecimento e efetivação dos direitos humanos aos grupos vulneráveis (nos litígios mencionados, dos transexuais) (Madeira; Hahn; Lima; Alvim, 2022, p. 04).

Foi graças a tal julgamento (de Goodwin), inclusive, que os conceitos de “homem” e “mulher” contidos no art. 12 da Convenção Europeia de 1950 – o qual trata sobre o direito ao casamento – passou a sofrer mutação constitucional, não se interpretando somente, agora, os termos “homem” e “mulher” em sentido biológico.

Interessante mencionar que a situação dos direitos humanos dos transexuais e a aplicação da teoria da margem também foram enfrentadas no sistema interamericano de direitos humanos, através da emissão da Opinião Consultiva de n.º 24/2017, onde a Corte Interamericana reconheceu a obrigação dos Estados em proteger os direitos das pessoas transexuais, porém a Corte citada acabou invocando a teoria da margem para conferir uma margem de preferência para que os entes estatais determinassem como protegeriam tais direitos

em prol do grupo vulnerável citado (CIDH, 2017, p.81). O que se vislumbra é que o Tribunal Interamericano aplicou a teoria da margem de forma parcial, ou seja, mitigada.

De tais situações, nota-se que a teoria da margem normalmente foi enfrentada pela Corte Europeia em um contexto de violação do direito à liberdade de expressão ou no caso de reconhecimento e efetividade de proteção dos direitos humanos das pessoas transexuais. Além disso, também se percebe que o Reino Unido é o principal Estado que se encontra no polo passivo de tais ações internacionais.

Contudo, foi no ano de 2006 que o Tribunal Europeu precisou enfrentar a aplicação da teoria da margem no caso do ensino domiciliar, uma vez que a Convenção Europeia de 1950 garante o acesso à educação (instrução) de acordo com as convicções religiosas e filosóficas dos pais ou tutores do menor. Assim, pode o Estado proibir a prática da educação em casa pelos pais invocando a teoria da margem de apreciação?

4 O JULGAMENTO DO CASO *KONRAD VS GERMANY* PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PODE O ESTADO PROIBIR A PRÁTICA DO ENSINO DOMICILIAR COM BASE NA DOUTRINA DA MARGEM?

Foi através do litígio *Konrad vs Germany* (*Application* de n.º 35.504/03), do ano de 2006, que o Tribunal Europeu precisou enfrentar a problemática do uso da doutrina da margem de apreciação nacional – invocada pela Alemanha no caso em análise – para determinar se a obrigatoriedade da frequência escolar nas escolas (públicas e privadas) acabaria por violar os arts. 8º, 9º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como o art. 2º do Protocolo de n.º 1 à Convenção, tendo em vista o direito à liberdade de convicção religiosa e filosófica dos pais ou tutores do menor (TEDH, 2006, p. 05).

Em linhas gerais, a Corte Europeia precisou definir se o ente público teria uma margem de preferência para decidir sobre a proibição do ensino domiciliar em seu sistema doméstico ou, se de alguma maneira, tal norma proibitiva acabaria por violar o direito à liberdade religiosa e filosófica daqueles pais (ou tutores) que optam em educar sua prole em casa (TEDH, 2006, p. 05).

Diante de tais palavras introdutórias do referido caso, vale a pena lembrar – como visto nas seções anteriores – que a proibição do ensino domiciliar em solo alemão se deu desde a época da eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939 –1945), tendo o líder nazista – na época

do conflito – determinado que o ensino educacional das crianças e dos jovens deveria ficar a encargo privativo da máquina estatal. É evidente, diante dessa narrativa, que Adolf Hitler tinha a pretensão de monopolizar e controlar o ensino, ficando o Estado com o poder de ditar as regras do exercício do direito de acesso à educação em sua jurisdição interna.

Levando em consideração isso, no citado ano de 2006, uma família – pai, mãe e dois filhos menores – acabaram provocando a jurisdição internacional do Tribunal Europeu de Direitos Humanos com a intenção de reformar a decisão denegatória da Alemanha, uma vez que a mesma acabou negando o direito dos citados genitores a educarem os seus filhos exclusivamente em sua residência.

Segundo a própria Corte sobre o caso: “os candidatos pertencem a uma comunidade cristão fortemente apegada à Bíblia e rejeitam a frequência de escolas privadas ou públicas por motivos religiosos” (TEDH, 2006, p. 01). Com isso, os pais queriam realizar a educação dos seus filhos menores no seio familiar, de acordo com suas crenças religiosas e filosóficas, tendo os genitores pleiteado, junto ao país, a dispensa da frequência escolar dos menores.

Nesse contexto, a negativa do Estado se deu, principalmente, na disposição da Lei Básica sobre ensino na Alemanha, a qual – em seu art. 7º, item I – determina que todo o sistema escolar deve estar sob a supervisão do Estado. Além disso, nos itens seguintes do referido artigo, como o item 2, também dispõe que poderá haver o ensino religioso nas escolas (ou seja, no território da Alemanha, o ensino confessional não é proibido para os alunos).

Diante disso, os pais – ainda na órbita doméstica do ente estatal – haviam requerido a isenção dos seus filhos na frequência escolar, já que a família era seguidora da Bíblia e os menores estavam recebendo um ensino fornecido em sua casa, por meio da denominada “Escola da Filadélfia”, a qual complementava o ensino domiciliar também com reuniões adicionais com os tutores (TEDH, 2006, p. 01).

Além do mencionado, os pais também alegaram que o ensino – seja público ou privado – das escolas na Alemanha acaba tratando sobre temas sensíveis e que vão de encontro aos preceitos religiosos da família, como educação sexual, criaturas místicas (duendes, bruxas, por exemplo) e a violência entre os alunos (física e psicológica). Assim, os genitores pleitearam a citada dispensa da frequência escolar dos filhos com a intenção de educá-los na modalidade de ensino domiciliar.

Todavia, quando tal pedido acabou chegando ao Tribunal Administrativo Alemão de Friburgo – no ano de 2001 - o mesmo negou a concessão do pleito de isenção de frequência escolar e, de forma consequente, a educação escolar em casa. Através disso, o referido Tribunal

prelecionou que a família não pode afastar os menores do convívio que é fornecido pela escola com as demais crianças e jovens, sob o fundamento de religião, já que o ensino escolar (público ou privado) também possui como essencialidade a convivência entre os indivíduos – inclusive – de diversas culturas e pensamentos. Dessa maneira, a intenção da educação prestada pelo Estado nas escolas é capacitar à juventude para se tornarem adultos autônomos e que possam decidir seus próprios caminhos de vida.

Tais argumentos foram levantados pelo Tribunal Administrativo Alemão de Friburgo tendo como base a denominada Lei Básica, a qual regulamenta a prestação do acesso à educação por parte do ente público.

Assim, “o tribunal observou que a obrigação do Estado de educar também promoveria os interesses das crianças e serviria a proteção dos seus direitos pessoais” (TEDH, 2006, p. 02), isto é, a escola não teria apenas o papel de transmissão de conhecimento, mas também de desenvolvimento pessoal (cidadania) da criança ou do adolescente.

Isso aconteceria porque o ambiente escolar promove que a juventude tenha contato com a pluralidade de pensamentos (como o científico, o religioso, entre outros) e, de forma consequente, há a construção da tolerância em relação às diferenças, o que é essencial para o fortalecimento da democracia no próprio país alemão.

Inconformados com o que o Tribunal ditou, os genitores dos menores acabaram recorrendo – também – ao Tribunal Administrativo de Recurso de Baden-Wuttemberg em 2002, bem como ao Tribunal Administrativo Federal em 2003, na tentativa de ver concedida a isenção da frequência escolar de seus filhos e a possibilidade de que os mesmos fossem educados na modalidade de educação domiciliar.

Porém, o Tribunal Administrativo de Recurso de Baden-Wuttemberg manteve a decisão emitida pela Corte anterior, acrescentando que a alegação dos pais sobre o conflito aparente do ensino científico com o religioso no presente caso, não teria o condão predominante de justificar a dispensa dos menores na frequência escolar, bem como a adoção da modalidade de ensino à distância. O que o Tribunal quis dizer é que a escola – seja pública ou privada – em nenhum momento abomina o conteúdo religioso de alguns assuntos, ao mesmo tempo em que apresenta às crianças e aos jovens novas formas de pensamento e saber, isto é, o científico. Logo, “[...] eles não tinham o direito exclusivo, nos termos da Lei Básica, de educar os seus filhos” (TEDH, 2006, p. 02).

Tal decisão do Tribunal Administrativo também evidenciou que o papel da instituição educacional é de inclusão, apresentando as diversas formas de conhecimento aos

alunos. Além disso, concentrar apenas na figura dos genitores ou tutores a educação de crianças e jovens é limitá-las na formação de sua própria cidadania, ou seja, de estas se autodeterminarem enquanto seres independentes quando atingirem sua maioria (definir suas próprias escolhas de forma autônoma).

Outro ponto importante é que o ensino educacional fornecido pelo Estado não anularia outra maneira de ensino, a qual os pais podem ofertar (como o religioso) fora da frequência escolar obrigatória, ou seja, poderiam as crianças e os jovens ter sua formação complementada nesse sentido.

Além do Tribunal Administrativo de Recurso de Baden-Wuttemberg, o Tribunal Administrativo Federal também manteve a decisão denegatória da dispensa de frequência escolar dos menores. Ao chegar tal discussão na sede do Tribunal Constitucional Federal – no ano de 2003 também – foi evidenciado que o litígio deveria ser encerrado, pois o monopólio do ensino escolar estaria nas mãos do Estado como uma forma de evitar a criação de “sociedades paralelas”, ou seja, que não promovesse a integração de minorias, bem como que viessem a não fortalecer o senso de democracia e interesse público ao acesso à educação (TEDH, 2006, p. 03).

Nesta seara, o Tribunal Constitucional também ressaltou que conforme a Lei Básica - em seu art. 7º - a prestação do ensino escolar deve ser fiscalizada pela máquina estatal, não podendo a religião ser um obstáculo para a efetivação de tal direito. Paralelo a isso, o Tribunal também mencionou que consoante os arts. 72 e 76 da Lei Escolar de Baden-Wurttemberg, a frequência na escola é obrigatória (TEDH, 2006, p. 04).

Com isso, a Alemanha já disciplinou como o direito de acesso à educação deveria ser prestado em sua esfera jurisdicional e dessa maneira, o Tribunal Constitucional Federal manteve a decisão que proibiu a isenção dos filhos do casal na frequência escolar e, de forma consequente, a adoção do *homeschooling*.

Destarte, “[...] o Tribunal Constitucional Federal considerou que a interferência era razoável, uma vez que os pais ainda tinham a possibilidade de educar eles próprios os seus filhos fora do horário escolar [...]” (TEDH, 2006, p. 04), o que ressaltou ainda mais o entendimento de que algum tipo de ensino ofertado pelos genitores, de forma concomitante, ao ensino oferecido pelo Estado, não anularia este último. Após o esgotamento de todas as instâncias domésticas, os genitores recorreram à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, com a finalidade de obter tal isenção, bem como a adoção do ensino domiciliar para os seus filhos na Alemanha.

Inicialmente, o Tribunal Europeu determinou que havia a colisão de dois direitos no caso: (i) primeiramente, o direito de convicção exercido pelos genitores, em relação ao modo como desejam educar os seus filhos (de acordo com sua crença religiosa, no litígio) e; (ii) do outro lado, o direito da criança à educação que poderia ser fornecida por uma instituição escolar pública ou privada na Alemanha. Diante disso, a Corte Europeia evidenciou, em linhas preliminares no julgamento, que os pais não podem negar o direito à educação dos seus filhos com base, exclusivamente, em suas convicções (TEDH, 2006, p. 06), pois a frequência escolar era obrigatória em território alemão.

Ao analisar conjuntamente as Leis mencionadas que disciplinam a regulamentação do acesso à educação em solo alemão, a Corte vislumbrou que não haveria violação aos citados artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), uma vez que a tipificação do direito à educação – e consequentemente a obrigatoriedade da frequência nas escolas pelas crianças – está dentro da margem de preferência dos Estados (Alemanha, neste caso) em determinar como o seu sistema de ensino funcionará em seu território (TEDH, 2006, p. 07).

Com isso, a Alemanha teria o poder, decorrente da margem de preferência, de regulamentar como o direito de acesso à educação deveria ser prestado dentro do seu próprio território, podendo a mesma conceder ao Estado a função de supervisão de tal direito e retirar a possibilidade dos genitores em ofertarem o ensino domiciliar, exclusivamente, aos seus filhos.

Assim, como ocorreu nos casos anteriormente mencionados (*Handyside vs Reino Unido* e *Cossey vs Reino Unido*), o ente público possui uma margem de preferência para definir o seu próprio sistema educacional, não podendo um órgão internacional (como o Tribunal Europeu) alterar tais diretrizes já definidas pelo Estado previamente. Portanto, “o Tribunal considera que esta presunção não é errada e está dentro da margem de apreciação dos Estados Contratantes na definição e interpretação de regras para os seus sistemas educativos” (TEDH, 2006, p. 07).

Logo, o Tribunal Europeu invocou a doutrina da margem de apreciação nacional para afastar as alegações dos genitores sobre possíveis violações aos direitos humanos estampados ao longo dos arts. 8º, 9º e 14 da Convenção Europeia, bem como do art. 2º do Protocolo 1º à Convenção, sob a justificativa: (i) de que a escola não é apenas uma instituição de transmissão de conhecimento entre os indivíduos, mas também corresponde a uma maneira de que diversas culturas e modos de ser possam socializar; (ii) construindo uma sociedade plural e democrática, com base na junção de conhecimentos, inclusive o religioso; (iii) e procurando a manutenção desse aspecto democrático, a Alemanha também estaria garantindo o interesse

público à educação da juventude, através da confecção da legislação, no sentido de trazer para a máquina pública a obrigação de fornecer e fiscalizar a prestação de tal direito; e (iv) conseqüentemente, a educação escolar em casa não poderia ser adotada como justificativa de isenção da frequência escolar das crianças – a qual é atualmente obrigatória – pois acabaria por colocar em xeque a formação de uma sociedade democrática e a primazia do interesse público na garantia à educação dos menores.

No mais, “[...] os Estados Contratantes dispõem de uma margem de apreciação para avaliar se e em que medida as diferenças em situações de outra forma semelhantes justificam um tratamento diferente [...]” (TEDH, 2006, p. 09), como no caso do aluno possuir alguma limitação física que o impede de se dirigir até uma escola, frequentemente, para assistir as aulas e socializar com os outros alunos.

Porém, o Tribunal Europeu acabou mencionando que – apesar da frequência escolar ser obrigatória na Alemanha nos dias de hoje – a utilização do ensino domiciliar poderia ser cogitada em casos excepcionais, como doenças físicas graves do estudante (as quais o impossibilitam de frequentar a instituição de ensino normalmente) (TEDH, 2006, p. 09).

Ao final do julgamento – e enfrentando tais argumentos – o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acatou a teoria da margem, levantada pela Alemanha, para manter a decisão denegatória de dispensa da frequência escolar proferida por tal país, com o intuito de reconhecer uma margem de preferência em favor do Estado para decidir sobre o seu sistema de ensino e sobre a possibilidade de adoção da educação escolar em casa ou não.

Todavia, na Alemanha “[...] a baixa alfabetização faz parte do cotidiano de 12% dos cidadãos entre 18 e 64 anos, segundo a conclusão de um estudo da Universidade de Hamburgo, apresentado em maio de 2019” (Terra, 2019, p. 01), o que aponta a possibilidade de monopolizar a educação apenas na mão da máquina estatal não ser o melhor caminho para a efetivação do direito ora em tela.

Além disso, “cada um dos 16 estados alemães pode regulamentar os ensinos médio e fundamental em seu território, por isso há diferenças regionais entre os sistemas” (Terra, 2024, p. 02), o que se faz questionar se realmente a concentração da prestação educacional apenas no próprio Estado seria a melhor maneira de efetivar o acesso à educação para as crianças e os jovens.

É importante apontar tal cenário porque “a evasão escolar é um problema que afeta todos os estados alemães. O índice era de quase 10% em 2001 [...]. Em 2022, era cerca de 7%, ou aproximadamente 52 mil pessoas” (Terra, 2024, p. 02). Isso reforça a possibilidade da

concentração da prestação da educação apenas nas mãos do Estado não ser a melhor maneira de fornecer à educação para a juventude alemã, uma vez que se houvesse a possibilidade do ensino domiciliar no território, mais crianças e jovens poderiam evitar a evasão escolar. Além disso, existiriam duas formas de supervisão constantes: a do ente estatal e a dos pais ou tutores.

Logo, a educação prestada em casa corresponderia a uma alternativa para abranger mais a juventude dentro da Alemanha, no ensino, bem como proporcionar mais uma forma de supervisão e controle do direito de acesso à educação: a família. Contudo, como ressaltou a Alemanha – em seu trâmite interno – isso poderia acarretar a diminuição do papel social da escola em preparar as crianças e jovens como seres independentes e capazes de se autodeterminar quando atingirem a maioridade, além da questão de construção da tolerância com as diferenças (regionais, locais, de cultura, por exemplo) na sociedade alemã.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho, foi possível perceber – por meio do julgamento do caso *Konrad vs Germany* – que o Estado pode proibir a prática do ensino domiciliar pelos pais ou tutores de menores, invocando a teoria da margem de apreciação nacional, uma vez que o ente estatal possuiria uma margem de preferência para regulamentar como o direito de acesso à educação acabaria por ser exercido dentro de sua jurisdição doméstica.

Com a solução da problemática, a hipótese levantada inicialmente à confecção deste trabalho não foi confirmada, já que a tipificação do direito de acesso à educação, bem como o do uso da educação domiciliar, é de encargo exclusivo do Estado-nação, por decorrer tal poder de sua margem de preferência para regulamentá-lo.

Além disso, também se tornou possível extrair o seguinte resultado da análise do *Application* de n.º 35.504/03: o Estado pode proibir a prática do *homeschooling*, prevalecendo a teoria da margem sob o direito dos pais ensinarem os seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas. As consequências de tal resultado conclusivo podem ser elencadas como: (i) a concepção de ensino escolar não fica adstrita apenas à transmissão de conhecimento entre pessoas; (ii) o direito de acesso à educação deve primar pela proteção de uma sociedade democrática e pela primazia do interesse público na prestação de tal direito às crianças; (iii) o ensino religioso não é afastado do ensino escolar científico, podendo ambos coexistirem na mesma realidade; e (iv) o *homeschooling*, a depender da legislação interna do

Estado e de acordo com sua proporcionalidade, ser adotado como modalidade de ensino diante de causas excepcionais, como doenças físicas graves que impossibilitem o estudante de exercer o seu direito de acesso à educação (pública ou privada) de forma plena e efetiva.

Por meio disso, e dos dados trazidos sobre a realidade do sistema educacional alemão, vê-se que se houvesse a possibilidade de adoção do ensino domiciliar na Alemanha, tal direito poderia ser prestado de forma mais ampla para jovens e crianças, além do mais, o país teria na figura da família (pais ou tutores) mais uma forma de controle efetivo da prestação da educação em seu âmbito territorial.

Apesar do reconhecimento da possibilidade de controle concomitante do Estado e da família, se houvesse a adoção exclusiva da educação em casa como modalidade de ensino – ainda que em casos excepcionais – as instituições de ensino poderiam perder ou terem o seu poder social diminuído, tendo em vista que as crianças e os jovens poderiam não desenvolver sua autodeterminação, além da questão de construção da tolerância com as diferenças dentro da própria sociedade.

Dessa forma, conclui-se que a adoção do ensino domiciliar seria uma “via de mão dupla” para o Estado, apresentando momentos positivos e negativos neste contexto, mas que corresponderia a uma possibilidade de ampliação do acesso à educação para a juventude do país.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 888.815/RS. Pleno. Min. Roberto Barroso. j. 12/09/2018, publ. 21/03/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768164205>>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439/SF. Pleno. Min. Roberto Barroso. j. 27/09/20217, publ. 21/06/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770051486>>. Acesso em: 09 out. 2023.

CARDOSO, José Álvaro de Lima. **Homeschooling e regressão social**, 2022. Disponível em: <<https://sinprofpolis.org.br/index.php/2022/08/08/homeschooling-e-regressao-social/>>.

Acesso em: 09 out. 2023.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lochner à proibição do retrocesso social. **Revista jurídica da presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, 2014. Disponível em:<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/20/11>>.

Acesso em: 24 ago. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (org.). **Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 1950. Disponível em:

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por>. Acesso em: 09 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (org.). Opinião Consultiva de nº. 24/2017. Plenário da Corte Interamericana. J. 24/11/2017. Disponível

em:<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

FERREIRA, Bruno Pastori; SILVEIRA, Daniel Barile da. A multiforme garantia do direito à educação: o reconhecimento da educação domiciliar como meio alternativo ao ensino cimpulsório, sob viés da nálise econômica do direito. **Cadernos da FUCAMP**, [s.l], v. 22, n. 56, 2023. Disponível em: <

<https://www.revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2995>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

FERREIRA, Paulo Marrecas. **Entrada em vigor do Protocolo nº. 15 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Disponível em:

<<https://www.ministeriopublico.pt/pagina/entrada-em-vigor-do-protocolo-no-15-convencao-europeia-dos-direitos-humanos#:~:text=CEDH%2C%20Protocolo%20n.%C2%BA%2015,1%20de%20Fevereiro%20de%202022>>. Acesso em: 10 out. 2023.

GIOVANETTI, Eli Maria dos Santos. Conceitos de cidadania e direitos humanos como suporte ao processo ensino-aprendizagem. **Revista Gestão & Educação**, [s.l], v. 6, n. 7,

2023. Disponível em: < <http://revista.faconnect.com.br/index.php/GeE/article/view/383>>. Acesso em: 09 out. 2023.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ESMANHOTTO, Maria Victória da Fonseca; LINS, Rafael Santana Barros. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do reconhecimento da identidade sexual como direito de personalidade: análise da ADPF 527. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**. [s.l.], v. 2, n. 5, 2022. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/57501/40443>>. Acesso em: 10 out. 2023.

MADEIRA, Fernando Nunes; HAHN, Álisson; LIMA, João Paulo Rodrigues de; ALVIM, Joaquim Leonel De Rezende. Inclusão da minoria e seus direitos na sociedade. **Pesquisas e Inovações em Ciências Humanas e Sociais**: Produções científicas multidisciplinares no século XXI, [s. l.], v. 1, 2022. Disponível em: <https://institutoscientia.com/wpcontent/uploads/2022/09/capitulo-humanas_3-15.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

MARX, Karl. **Formações Econômicas Pré-capitalistas**. São Paulo, Paz e Terra, 2011.
MOARES, Maria Valentina de; LIMA, Sabrina Santos. As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do *homeschooling*: os casos brasileiro e alemão. **Revista Jurídica em Pauta**, [s.l.], v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://revista.urcamp.edu.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3142/2490>>. Acesso em: 10 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (org.). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 out. 2023.

PACHECO, Tainá de Lucena. **A margem nacional de apreciação e o espaço discricionário de atuação dos Estados nas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos**. Orientador: Daniel Campos de Carvalho. 2021. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Relações Internacionais, Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), São Paulo, 2021. Disponível

em: <<https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/61890/05.09%20-%20TCC%20Redigido%20-%20A%20Margem%20Nacional%20de%20Aprecia%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 out. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-%20BR&lr=&id=YTIiEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&ots=W9Vwksyf-%20N&sig=1es3ck8PoA9P5kTCmEHByW5uJo8#v=onepage&q&f=>>>. Acesso em: 09 out. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=r5S-EAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=direito+humano+artigo+2023&ots=rGA3vg98S_&sig=YPgWgx0WDUGvhlGAIL-o2xOFpUI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 09 out. 2023.

SARAIVA, Bianca Cartágenes. **A margem de apreciação dos Estados no direito internacional dos direitos humanos e a proteção mínima**. Orientador: Ana Soares Pinto. 2021. 181 f. Dissertação de Mestrado (Especialidade Ciências Jurídico-Internacionais) - Faculdade de Direito (Universidade de Lisboa), Lisboa, 2021. Disponível em:<https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393_tese.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?**. [S. l.: s. n.], s.d.. 51 p. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTAD O%20Sieyes.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. A (in)aplicabilidade da teoriada margem de apreciação nacional para a defesa dos direitos humanos das pessoas transexuais à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, [s. l.], v. 9, n. 1, 2023. Disponível

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (org.). Case of Konrad vs Germany (Application n.º 35504/03). Plenário da Corte Europeia. j. 11/09/2006. Disponível em:<<https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/163-konrad-v-germany-dec-no-35504-03-e-ct-hr-fifth-section-11-september-2006>>. Acesso em: 10 out. 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (org.). Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application n.º 6538/74). Plenário da Corte Europeia. j. 26/04/1979. Disponível em:<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57584%22%5D%7D>>. Acesso em: 10 out. 2023.

THE THEORY OF THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND THE JUDGMENT IN THE KONRAD VS GERMANY CASE BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CAN THE STATE PROHIBIT THE PRACTICE OF HOME SCHOOL?

ABSTRACT

The problem of the article is: can the State prohibit the practice of homeschooling by parents invoking the theory of margin of appreciation? Therefore, it is assumed that the state entity cannot prohibit home education in its territory, given the existence of the right of access to education in the European Convention on Human Rights (Art. 2 of the Additional Protocol). Thus, a deductive and pragmatic method was used, concluding that the State can prohibit the practice of homeschooling, thus prevailing - the theory of the national margin of appreciation.

Keywords: Margin theory. Homeschooling. Education. Human rights. European Court.