



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental em face do art. 9º da Lei nº 4.268, de 24 de julho de 2015, do Município de Tubarão/SC, pelas razões a seguir deduzidas.

## I – DOS FATOS

A lei municipal em comento, que dispõe sobre o “Plano Municipal de Educação de Tubarão e dá outras providências”, estabeleceu como uma de suas diretrizes o respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental, mas, por outro lado, consagrou a proibição do uso de qualquer política de ensino relacionada à ideologia de gênero ou que mencione o termo “gênero” ou “orientação sexual”. Eis a literalidade dos dispositivos:

RO

“Art. 2º São diretrizes do PME:

(...)

X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Art. 9º. Não comporá a política municipal de ensino de Tubarão, currículo escolar, disciplinas obrigatórias, ou mesmo de forma complementar ou facultativa, espaços lúdicos, materiais de ensino que incluam a ideologia de gênero, o termo "gênero" ou orientação sexual ou sinônimos.”

A redação do texto ora questionado decorreu de emenda de autoria do vereador Lucas Esmeraldino (PSDB), não obstante a evidente incompatibilidade que apresenta com a Constituição Federal de 1988.

Há duas teses a serem defendidas na presente representação. Uma, que a atuação dos Municípios na edição de leis que disponham sobre diretrizes e bases da educação viola o *princípio do pacto federativo*, visto que a disciplina da matéria cabe privativamente à União (art. 22, inciso XXIV, da CR). A outra é a que a vedação da adoção de qualquer política de ensino nas escolas que faça referência à ideologia de gênero encerra violação aos seguintes direitos fundamentais: (i) direito à educação (art. 6 c/c arts. 205 a 214, todos da CR); e (ii) liberdade de ensino, como dimensão específica da liberdade de manifestação do pensamento do corpo docente (art. 5, incisos IV e IX c/c art. 206, ambos da CR); (iii) direito da criança, do adolescente e do jovem a ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência (art. 227 da CR).

A partir dessa perspectiva, passa-se a demonstrar o cabimento da ADPF.

## II – DO CABIMENTO DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

Nos termos da Lei 9.882/99, da doutrina especializada e da jurisprudência firmada em torno do tema, convivem três modalidades de ADPF: (a) autônoma, para questionar ato material do Poder Público, conforme a figura do *caput* do artigo 1º; (b) autônoma, para questionar ato normativo do Poder Público, nos termos do *caput* e do parágrafo único, inciso I, do artigo 1º, especialmente quando for incabível a ação direta de inconstitucionalidade (atos municipais e pré-constitucionais); e (c) incidental a uma outra ação, para decisão sobre ato normativo, com fundamento no parágrafo único, I, do artigo 1º c/c inciso V do artigo 3º e § 1º do artigo 6º.

O ato ora atacado configura a segunda modalidade.

Além disso, para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

Quanto ao primeiro ponto, nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 9.868/99, definiram o que se entende como preceito fundamental. Há, porém, consenso doutrinário e jurisprudencial quanto ao fato de que direitos e garantias individuais arrolados no texto constitucional se qualificam como tal

AD-

(ADPF 33, Relator Min. GILMAR MENDES, DJ 27/20/2006). Também está inserido nessa categoria a observância ao *princípio do pacto federativo*, na medida em que estrutura a relação entre o Estado e os seus jurisdicionados, como reconhecido pela jurisprudência do STF, notadamente no voto condutor do Min. Gilmar Mendes na ADPF 33<sup>1</sup>:

“Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

[...]

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

[...]

Na espécie, cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I).”

Quanto ao segundo requisito, o ato comissivo do Poder Público impugnado nessa ADPF é o art. 9º da Lei nº 4.268, de 24 de julho de 2015, do Município de Tubarão/SC.

De resto, o princípio da subsidiariedade está plenamente atendido. A jurisprudência do STF caminha no sentido de que a sua observância deve ocorrer à vista dos demais processos objetivos já consolidados no sistema

---

<sup>1</sup>Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 231, 2/12/2002.

constitucional (ADPF 388, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016). No caso, o objeto dessa ação consiste em lei municipal, espécie normativa cuja constitucionalidade não é passível de ser discutida pela via da ADI, mas tão-somente na da ADPF, nos termos do art. 102, I, 'a', e §1º, da CR.

### III – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO PACTO FEDERATIVO

A Constituição Federal estipula, nos artigos 21 a 24, o sistema de repartição de competências legislativas e administrativas das unidades políticas, conformando o federalismo brasileiro (arts. 1º, *caput*; 18; e 60, § 4º, inciso I, da CR)<sup>2</sup>.

Com amparo no critério da predominância do interesse, o constituinte atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inciso XXIV, CR). Por sua vez, a Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, editada pela União no exercício dessa competência, consagrou os seguintes princípios a serem observados na ministração do ensino nacional:

“Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

<sup>2</sup> A propósito, calha reproduzir o seguinte trecho do acórdão da ADPF 234/MC/DF: “Os preceitos evocados, entre os quais o do princípio federativo – artigos 1º, cabeça, e 22, incisos IX, X e XII, da Carta de 1988 – e o da liberdade de locomoção no território nacional – artigo 5º, inciso XV, da Lei Maior –, compõem o que se pode chamar de conteúdo essencial do texto constitucional em vigor, protegido do poder constituinte derivado reformador, conforme o artigo 60, § 4º, incisos I e IV.”

- VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
  - VII - valorização do profissional da educação escolar;
  - VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
  - IX - garantia de padrão de qualidade;
  - X - valorização da experiência extra-escolar;
  - XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
  - XII - consideração com a diversidade étnico-racial".
- (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

Da leitura desse preceito, fica claro que o estabelecimento de princípios que regem o ensino é em sua essência norma geral e tais princípios já estão definidos na LDB. Daí por que não caberia ao Poder Legislativo do Município de Tubarão/SC inovar no ordenamento jurídico dispondo sobre questões pertinentes a diretrizes e bases da educação, inclusive de forma antagônica ao que dispõe a Lei Nacional.

A competência privativa da União para legislar sobre o assunto é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 3.694, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O § 1º DO ART. 235 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL QUANTO À OFERTA DE ENSINO DA LÍNGUA ESPANHOLA AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...). 2. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI 3669, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00624 RTJ VOL-00201-03 PP-00937

AD-

LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 87-94 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 115-118)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (...) 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. (...)”. (ADI 2501, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00074 RTJ VOL-00207-03 PP-01046)

Neste aspecto, patente, portanto, que o art. 9º da Lei nº 4.268/2015, do Município de Tubarão/SC, ofende o princípio do pacto federativo por invadir a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, nos termos do artigo 22, XXIV, da CR.

Além desse vício, que por si só torna írrito o conteúdo da norma, há outros que merecem ser destacados.

#### IV – ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES SOBRE O CONCEITOS GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os conceitos gênero e orientação sexual foram construídos com base acadêmica, desde a década de 70<sup>3</sup>, e que há mais de 1.000 grupos de pesquisa cadastrados no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) que tem gênero como um eixo de estudo<sup>4</sup>. Ademais, a Associação Nacional de Pesquisa em Educação (Anped) tem Grupo de Trabalho específico sobre educação, gênero e sexualidade<sup>5</sup>, havendo já larga produção científica no Brasil sobre o tema.

O conceito gênero está atrelado à dimensão de construção social, política, histórica de sentidos e significados para distinção e aproximação entre mulheres e homens, femininos e masculinos, feminilidades e masculinidades, e o termo orientação sexual está relacionado à sexualidade humana e se vincula também aos estudos de gênero<sup>6</sup>.

Assim, resta evidente que a abordagem da temática gênero e orientação sexual no ambiente educacional não possui finalidade ideológica, tal como apontando em exposição de motivos de diversas leis aprovadas em âmbito

<sup>3</sup> MATOS, Marlise. Teorias de gênero ou teorias e gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. In: Estudos feministas. Florianópolis: maio-agosto, 2008, pg. 333-357.

<sup>4</sup> Informações constantes na Nota Técnica nº 14/2015 -CGDH/DPEHUC/SECADI/MEC

<sup>5</sup> Conforme é possível verificar no site: <http://www.anped.org.br/grupos-de-trabalho/gt23-g%C3%AAnero-sexualidade-e-educa%C3%A7%C3%A3o>

<sup>6</sup> É possível, por exemplo, consultar os verbetes gênero e orientação sexual em recente obra da Fundação Osvaldo Cruz: FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth (org.). Dicionário Feminino da Infância: acolhimento e diagnósticos de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

municipal e estadual no Brasil, mas possui uma sólida base acadêmica, e, como será demonstrado, visa à construção de uma escola democrática e plural e, como consequência, uma sociedade com tais características, bem como a coibir as violações sistemáticas a direitos humanos no Brasil decorrentes de preconceitos de gênero e orientação sexual, que atingem majoritariamente crianças e jovens.

## V – DA CONTRARIEDADE A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como será demonstrado, o dispositivo ora impugnado caracteriza violação aos seguintes direitos fundamentais: (i) direito à educação (art. 6 c/c arts. 205 a 214, todos da CR); (ii) liberdade de ensino, como dimensão específica da liberdade de manifestação do pensamento do corpo docente (art. 5, incisos IV e IX c/c art. 206, ambos da CR); e (iii) direito da criança, do adolescente e do jovem a ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência (art. 227 da CR).

### V.1 - DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO VOLTADA AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA E AO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

A jusfundamentalidade do direito à educação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos.**

90

É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 594018 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360 RTJ VOL-00211-01 PP-00564 RMP n. 43, 2012, p. 217-225).

O direito fundamental à educação pode ser denominado naquilo que Robert Alexy chama de "direito fundamental como um todo", ou seja, um direito ao qual são associadas um conjunto de posições/direitos jusfundamentais de diferentes espécies, tanto direitos prestacionais como direitos de defesa.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta quanto ao reconhecimento da dimensão prestacional do direito à educação, mas evidentemente que o direito à educação não se restringe a mera oferta de serviços de educação. A Constituição Federal, nos artigos 205 e 206, estabelece, de modo claro, os objetivos e os princípios da educação.

Esses objetivos e princípios integram o conteúdo do direito fundamental à educação “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da CF/88). Como afirma Marcos Augusto Maliska, o papel da educação deve ser compreendido com base em sua inserção em um Estado Constitucional: “É a partir da educação que as opções constantes da Constituição são internalizadas e reproduzidas nas práticas sociais. Não se tem uma sociedade tolerante, com senso de responsabilidade social e ambiental, se no processo de formação das pessoas (...). Portanto, a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à Educação, mas também de uma Educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que respeite a diversidade, que reproduza as opções da Constituição constantes de seu preâmbulo e de seus principais princípios”<sup>7</sup>.

Desse modo, a Constituição Federal adota explicitamente uma concepção de educação que prepare o/a estudante para o exercício de cidadania, que respeite a diversidade e que, portanto, possa viver em uma sociedade plural e com múltiplas expressões religiosas, políticas, culturais, étnicas etc.

Esses objetivos de uma educação democrática igualmente estão expressos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) e no Protocolo de San Salvador.

O artigo 13 do PIDESC estabelece que a educação tem objetivos de fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades

---

<sup>7</sup> Maliska, Marcos Augusto. “Educação, Constituição e Democracia”, in Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, coord. Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 792-793.

RD

fundamentais e capacitar todas as pessoas a participar de uma sociedade que favoreça a compreensão e tolerância entre as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos. Portanto não há neutralidade axiológica no que se refere à realização desses objetivos, que são dirigidos à formação de pessoas tolerantes, que respeitem os direitos humanos e as diferenças.

Os estudantes, por outro lado, tem o dever de aprender acerca desses valores, para que a vida em sociedades plurais e a paz em um mundo com tanta diversidade cultural seja possível. Do mesmo modo os pais não têm poder de decisão quanto à obrigatoriedade do ensino desses valores, inclusive quando seus filhos estejam matriculados em escolas confessionais.

Veja-se que esses objetivos postos no inciso 1 (desenvolvimento da personalidade humana, dignidade humana, respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais) não podem ser ignorados sequer pelas escolas não-públicas, entre elas as escolas confessionais (art. 13.1). A liberdade dos pais de fazer com que seus filhos venham a receber a educação religiosa e moral de acordo com suas convicções é limitado pelos princípios e objetivos da educação dispostos no artigo 13.1, bem como pelos padrões mínimos de ensino aprovados e prescritos pelo Estado.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"<sup>8</sup> também prescreve o conteúdo da educação democrática e pluralista:

“13. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para pleno

<sup>8</sup> Promulgado pelo Decreto nº 3.321. De 30 de dezembro de 1999.

desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.”

## V.2 – PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DE UMA EDUCAÇÃO DEMOCRÁTICA

Uma educação democrática permite que o Estado possa definir conteúdos dos cursos de formação e dos objetivos do ensino, inclusive de forma independente dos pais, como afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão:

“O Estado pode, assim, perseguir seus próprios objetivos educacionais na escola, em princípio independente dos pais. A missão geral do Estado de formação e educação das crianças não é subordinada, mas se encontra no mesmo patamar do direito de educar dos pais. Superioridade absoluta não goza nem o direito dos pais, nem a missão educacional do Estado. Contrariamente a uma concepção nesse sentido defendida na literatura jurídica [doutrina], a missão escolar e educacional da escola também não é limitada somente à transmissão de conhecimentos. Esta missão do Estado, que o Art. 7 I GG pressupõe, tem também, ao contrário, como conteúdo atuar na transformação de cada criança em um membro da sociedade responsável por si mesmo. Por isso, as tarefas da escola dão-se também na área da educação. Mesmo que existam – como supra apresentado – razões para crer que o lugar adequado à educação sexual individual seja o lar, deve-se, entretanto, por outro lado, também considerar que a sexualidade apresenta diversas referências sociais. O comportamento sexual é uma parte do comportamento geral. Assim, não se pode proibir ao Estado que este considere a educação sexual como importante elemento da educação total de um

20

indivíduo jovem. Disso faz parte também proteger e alertar as crianças contra ameaças de cunho sexual. A partir de todos esses motivos, não se poderá levantar nenhuma objeção fundamental constitucional quando o Estado fizer do tema da sexualidade humana objeto de aula na escola (...).”<sup>9</sup>.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade da introdução da disciplina de educação sexual em escolas públicas do ensino fundamental. Discutiu-se nesse caso se haveria violação ao art. 6º, II, da Lei Fundamental, que dispõe: “*A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública*”.

Nesse caso, o Tribunal alemão entendeu que o direito dos pais à educação dos filhos cede diante da missão constitucional do Estado na área da educação. Nessa linha de entendimento que deve ser interpretado o art. 12.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe: “*Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções*”. Esse direito dos pais não pode se sobrepor aos princípios de uma educação democrática e pluralista, enunciados no art. 13.2 do Protocolo de San Salvador e com o art. 13.4 deste protocolo, que afirmam que o direito dos pais de escolher o tipo de educação a ser dada aos filhos encontra limite no art. 13.2.

Também a Convenção sobre Direitos da Criança, no seu art. 13, garante a liberdade de expressão da criança, nela incluída o direito a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança, sendo uma educação democrática essencial na garantia desse direito.



---

<sup>9</sup> Schwabe, Jürgen; Martins, Leonardo (org). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, p.505, ss. O caso referido é o BverfGE 47,46.

### V.3 – LIBERDADE DO PROFESSOR DE ENSINAR COMO UMA MANIFESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

No art. 206, inciso, II, da Constituição Federal, encontramos a previsão das diversas liberdades que fazem parte do conteúdo do direito à educação: a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Podemos afirmar que essas liberdades formam o núcleo essencial do direito à educação. Sem liberdade de ensinar não há direito à educação.

Nesse sentido o Comentário Geral n. 13 Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

“38. À luz dos numerosos relatórios dos Estados Partes examinados pelo Comité, **a opinião deste último é que só se pode satisfazer o direito à educação se acompanhado da liberdade académica do corpo docente e dos alunos.** Por consequência, embora a questão não seja expressamente mencionada no artigo 13o, é conveniente e necessário que o Comité formule algumas observações preliminares sobre a liberdade académica. As observações seguintes prestam particular atenção às instituições de ensino superior devido ao facto de, na experiência do Comité, o corpo docente e os alunos do ensino superior serem particularmente vulneráveis às pressões políticas e de outro tipo que põem em perigo a liberdade académica. No entanto, o Comité gostaria de sublinhar que o corpo docente e os alunos de todo o sector do ensino têm direito à liberdade académica e muitas das seguintes observações são, assim, de aplicação geral.

39. Os membros da comunidade académica são livres, de forma individual ou colectiva, de procurar, desenvolver e transmitir o conhecimento e ideias, por meio da investigação, da docência, do estudo, do debate, de documentação, da produção, da criação ou da escrita. A liberdade académica inclui a liberdade do indivíduo para expressar livremente as suas opiniões sobre a instituição ou sistema no qual trabalham, para desempenhar as suas funções sem discriminação nem medo de repressão por parte do Estado ou de qualquer outra instituição, de participar em organismos académicos profissionais ou representativos e de desfrutar de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente que se

pp-

apliquem aos outros indivíduos na mesma jurisdição. A satisfação da liberdade acadêmica implica obrigações, como o dever de respeitar a liberdade acadêmica dos outros, assegurar uma discussão justa de opiniões contrárias e tratar todos sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos.”

Importante ressaltar nesse comentário que a liberdade acadêmica aplica-se a todo setor da educação, não só Universidades. Ela inclui o direito de todos na comunidade expressarem livremente as suas opiniões. Os limites dessa liberdade são a liberdade de outros, o assegurar uma discussão justa de opiniões contrárias e tratar todos sem discriminação. Além desses, as normas de nossa Constituição Federal acerca da proibição de discriminação, da proibição do racismo e o respeito à laicidade deverão ser observadas por todos.

#### V.4 – DIREITO DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO JOVEM A SER COLOCADO A SALVO DE TODA FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA

Prevê o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

A Constituição garante o direito de crianças, adolescentes e jovens de serem postos a salvo de toda forma de discriminação e violência, inclusive, as decorrentes de questões de gênero e orientações sexuais. Por outro lado, pesquisas recentes apontam que o País está falhando na garantia desses

direitos, sendo justamente essa parcela da população a mais vulnerável a discriminações e violências.

Verifica-se no “Mapa da Violência 2013: Homicídios e Juventude no Brasil”<sup>10</sup> que, de 2001 a 2011, o índice de mulheres jovens assassinadas foi superior ao do restante da população feminina. Em 2011, a taxa de homicídios entre mulheres com idades entre 15 e 24 anos foi de 7,1 mortes para cada 100 mil, enquanto a média para as não jovens, também muito alta, foi de 4,1.

Ademais, o país foi considerado o quinto país mais violento para mulheres, em um universo de 83 nações, no estudo intitulado “Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres”<sup>11</sup>. E, já no ano de 2016, o alto número de casamentos infantis – antes dos 18 anos de idade – e de meninas grávidas na adolescência colocou o Brasil entre os 50 piores países para se nascer mulher, segundo ranking divulgado pela organização não governamental internacional *Save The Children*. De acordo com o relatório *Every Last Girl*<sup>12</sup>, o Brasil é o 102º lugar entre 144 países analisados.

Já a Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016 constatou que, dentre os estudantes lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), 73% foram agredidos verbalmente e 36% foram agredidos fisicamente nas escolas<sup>13</sup>, descortinando a escola como um ambiente de extrema violência e que, a partir de práticas pedagógicas, precisa ser modificado.

<sup>10</sup>Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013\\_homicidios\\_juventude.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf)

<sup>11</sup> WAISELFISZ. Julio Jacobo Waiselfisz. Mapa da violência 2015: Homicídio de Mulheres. 1ª Ed. Disponível em [www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br). Acesso: mar.2016

<sup>12</sup> Relatório completo pode ser acessado no link: <http://www.savethechildren.org.uk/resources/online-library/every-last-girl>

<sup>13</sup> Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016, disponível em: <http://www.abgl.org.br/docs/IAE-Brasil.pdf>

Além das normas constitucionais, a normativa internacional também garante o direito de crianças, adolescentes e jovens de serem postos a salvo de toda forma de discriminação e violência e apontam a educação como instrumento primordial de garantia desses direitos.

Especificamente em relação à discriminação e a violência de gênero, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que estabelece, no seu art. 6, que o direito de toda mulher a ser livre de violência abrange o direito de ser educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação, e no art. 8 prevê a educação como instrumento imprescindível para o combate à violência contra a mulher.

Ademais, em decorrência dos compromissos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no Relatório nº 54/01, caso 12.051, denominado caso Maria da Penha Maia Fernandes<sup>14</sup>, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos instou o Brasil, em decorrência às graves violações contra o direito das mulheres perpetrados no país, a incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará.

Assim, com a finalidade de cumprir a determinação do órgão internacional, a Lei nº 11.340/2016, conhecida como Lei Maria da Penha, previu que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes a promoção de programas educacionais que disseminem

---

<sup>14</sup>O relatório completo pode ser acessado em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>

valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; e o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Também no âmbito do sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, a educação é considerada meio necessário e fundamental para coibir a violência de gênero. A Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, no seu art. 10, dispõe que os Estados-partes devem adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino, em todos os níveis e em todas as formas de ensino.

Essa preocupação está presente na Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995, e vem sendo discutida em todos os fóruns internacionais de acompanhamento da referida declaração.

Por outro lado, em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, 184 Estados ineditamente reconheceram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, havendo uma grande preocupação em relação à saúde reprodutiva de adolescentes. Na referida conferência foi determinado que os países devem, quando necessário, remover obstáculos legais, regulamentares e sociais à informação sobre saúde reprodutiva e à assistência à saúde para adolescentes (CIPD, parágrafo 7.4). Além disso, a Comissão de População e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas discute anualmente temas relacionados à Convenção do Cairo, para produzir

resoluções que complementam o seu conteúdo, sendo pertinente destacar o texto aprovado em 27 de abril de 2012, que, entre outros assuntos, ressaltou a necessidade de fornecer aos adolescentes educação e informações abrangentes sobre sexualidade e saúde reprodutiva, direitos humanos e igualdade de gênero, que lhes permitam lidar de forma positiva e responsável com sua sexualidade<sup>15</sup>.

Na mesma linha de pensamento, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR) editou a “Observação Geral nº 22”<sup>16</sup> com o propósito de auxiliar os Estados-partes a superarem diversas barreiras jurídicas, processuais e sociais relativas ao acesso a serviços, bens e informações sobre saúde sexual e reprodutiva, de forma a conferir aplicabilidade ao artigo 12<sup>o</sup><sup>17</sup> do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nesse documento, diferenciou-se, primeiramente, os conceitos de *saúde sexual* (bem-estar físico, mental e social quanto à sexualidade) e *saúde reprodutiva* (capacidade de reproduzir, direito a informações e liberdade na tomada de decisões informadas e responsáveis), para,

<sup>15</sup> No original: “OP26. Calls upon Governments, with the full involvement of young people and with the support of the international community, to give full attention to meeting the reproductive health service, information and education needs of young people with full respect for their privacy and confidentiality, free of discrimination, and to provide them with evidence-based comprehensive education on human sexuality, on sexual and reproductive health, human rights and gender equality, to enable them to deal in a positive and responsible way with their sexuality; (...)”. Disponível em: [http://www.un.org/esa/population/cpd/cpd2012/Agenda%20item%208/Chairs%20Text%20\\_27April-19h10.pdf](http://www.un.org/esa/population/cpd/cpd2012/Agenda%20item%208/Chairs%20Text%20_27April-19h10.pdf)

<sup>16</sup> Disponível em: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1\\_Global/E\\_C-12\\_GC\\_22\\_7936\\_E.doc](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/E_C-12_GC_22_7936_E.doc)

<sup>17</sup> “ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
  - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
  - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

então, destacar a importância de garantir a todos os indivíduos, inclusive adolescentes e jovens, a obtenção de informações relacionadas a tais assuntos, como, por exemplo, saúde materna, uso de contraceptivos, planejamento familiar, infecções sexualmente transmissíveis, prevenção do HIV, aborto, fertilidade, entre outros.

Ressaltou-se, ainda, que a manutenção de leis, políticas e programas aparentemente neutros conduzem à perpetuação de problemas sociais de desigualdade de gênero e de discriminação contra as mulheres. De modo que restou determinado aos Estados-partes a adoção de medidas específicas – inclusive no âmbito legislativo<sup>18</sup> – destinadas à resolução dessas questões, como forma de concretizar a igualdade substancial, a exemplo do dever de assegurar a prestação do serviço educacional que veicule informações abrangentes sobre saúde sexual e reprodutiva, sem discriminação ou forma tendenciosa, levando em conta o nível de compreensão das crianças e dos adolescentes<sup>19</sup>.

Assim, a escola é o espaço estratégico para a construção de uma sociedade de pessoas que se dirigem umas às outras de forma ética. A abordagem de gênero e de orientação sexual é essencial a tal propósito.

PP

---

<sup>18</sup> Veja-se o texto original: “41. The obligation to respect also requires States to remove and refrain from enacting laws and policies that create barriers in access to sexual and reproductive health services. This includes third-party authorization requirements, such as parental, spousal and judicial authorization requirements for access to sexual and reproductive health services and information, including for abortion and contraception; biased counselling and mandatory waiting periods for divorce, remarriage or access to abortion services; mandatory HIV testing; and the exclusion of particular sexual and reproductive health services from public funding or foreign assistance funds. The dissemination of misinformation and imposition of restrictions on individuals’ right to access to information about sexual and reproductive health also violates the duty to respect human rights. National and donor states must refrain from censoring, withholding, misrepresenting or criminalizing information on sexual and reproductive health, both to the public and to individuals. Such restrictions impede access to information and services, and can fuel stigma and discrimination”.

<sup>19</sup> No original: “To ensure all individuals and groups have access to comprehensive education and information on sexual and reproductive health, that is non-discriminatory, non-biased, evidence-based and taking into account the evolving capacities of children and adolescents; (...)”

## V.5 – ILICITUDE DO PROPÓSITO PERSEGUIDO

Na hipótese, estariam em aparente situação de conflito as liberdades docentes como manifestações da liberdade de expressão e a alegada necessidade de proteção à liberdade de consciência dos estudantes e do "direito dos pais a que seus filhos menores recebam educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções".

Ao examinar os princípios orientadores da educação nacional constantes no art. 206 da Constituição, verifica-se que eles são integrados, dentre outros, pela liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (art. 206, inciso II), pelo pluralismo de ideias (inciso III do mesmo artigo) e pela gestão democrática do ensino público (inciso VI do mesmo artigo). O que parece ter o constituinte buscado nestes dois incisos é justamente assegurar que o ambiente escolar seja pluralista e democrático quanto às ideias e concepções pedagógicas adotadas, e não que certos temas ou assuntos (inclusive opiniões políticas, religiosas ou filosóficas) sejam, *a priori*, banidos dos estabelecimentos escolares mediante iniciativa legislativa.

Tal leitura é confirmada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal 9.394/96), cujo artigo 3º veicula norma geral (e portanto de observância obrigatória por parte de todos os entes federativos, por força do disposto no art. 24 da Constituição) contendo os princípios do ensino nacional:

*“Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*

*I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;*

*II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;*

*III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;*

*IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;*

*V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;*

*VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;*

*VII - valorização do profissional da educação escolar;*

PP

- VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;*
- IX - garantia de padrão de qualidade;*
- X - valorização da experiência extra-escolar;*
- XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.*
- XII - consideração com a diversidade étnico-racial.*

Dessa forma, o propósito perseguido pela Lei municipal de limitar o conteúdo da manifestação docente realizada em âmbito escolar não pode ser considerado como lícito à luz dos princípios constitucionais e legais atinentes à educação nacional, uma vez que as normas de nível hierárquico superior determinam a gestão democrática e o pluralismo das ideias e concepções pedagógicas, e não o banimento, a priori, de quaisquer manifestações.

A propósito, André Ramos Tavares lembra da dimensão não-prestacional do direito fundamental à educação, consistente, justamente, no "direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial, ditando orientações específicas sobre a educação, como 'versões oficiais da História', impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais)."<sup>20</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal, no conhecido julgamento da ADPF 186, relativa à instituição de sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior, igualmente reconheceu que o pluralismo de ideias, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, implica no reconhecimento e incorporação, à sociedade, de "valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes"<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> "Direito Fundamental à Educação" in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Lumen Iuris, p. 777.

<sup>21</sup> ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, P, DJE de 20-10-2014.

Portanto, conclui-se que o propósito da lei impugnada de cercear a discussão, no ambiente escolar, de certos assuntos que possam vir a ser considerados como “ideologia de gênero”, o uso do termo "gênero" ou "orientação sexual", contraria os princípios conformadores da educação brasileira, dentre os quais, as liberdades constitucionais de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; e a gestão democrática do ensino público.

Ademais, vê-se, pela simples leitura do texto, que o legislador empregou termos muito amplos e vagos para identificar o objeto da conduta proibida.

No sistema jurídico-constitucional brasileiro, compete à comunidade escolar (nela compreendida o corpo docente, o corpo discente, associações de pais etc) definir democraticamente os conteúdos pedagógicos e resolver os conflitos naturais decorrentes da vida escolar.

## VI – DO PEDIDO

Pelo exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura de ADPF, a fim de que seja invalidado o art. 9º da Lei nº 4.268, de 24 de julho de 2015, do Município de Tubarão/SC, nos termos acima assinalados.

Brasília, 12 de dezembro de 2016.



GRUPO DE TRABALHO DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS  
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO