

V O T O ? V O G A L

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil em que se questiona a constitucionalidade do art. 162, § 5º, da Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu, com a redação dada pela Emenda 47/2018, que veda nas instituições da rede municipal de ensino a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo "gênero" ou "orientação sexual".

Aduz o requerente que as normas em questão contrariam os seguintes preceitos fundamentais da Constituição da República:

a) o objetivo fundamental de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I);

b) o direito à igualdade (art. 5º, caput);

c) a vedação à censura em atividades culturais (art. 5º, IX);

d) o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV);

e) a laicidade do Estado (art. 19, I);

f) a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV);

g) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, I);

h) o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II).

Defende que a ação seria cabível, sendo o instrumento adequado para impugnar a inconstitucionalidade de direito municipal perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Alega que as normas contidas na norma impugnada, assemelham-se ao contido em leis de numerosos municípios brasileiros, o que comprova ameaça não apenas aos preceitos fundamentais mencionados, mas também à segurança jurídica.

Acompanho o Relator quanto à procedência da ação, o que faço pelos mesmos motivos já expendidos quando da concessão da medida cautelar na ADPF 467, de minha relatoria, em que se discutia a constitucionalidade de Lei editada pelo Município de Ipatinga (MG), com teor semelhante à da Lei municipal impugnada nos presentes autos. Passo, então, a expor minhas razões de decidir.

Da violação à competência da União para editar normas gerais sobre educação

O art. 22, XXIV, c/c art. 24, §1º, da Constituição Federal, estabelece ser de competência privativa da União a edição de normas sobre diretrizes e bases da educação nacional:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Art. 24. [...].

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

É certo que o condomínio legislativo estabelecido pela Constituição Federal não impede a edição de legislação suplementar pelos Estados e Municípios, nos termos do inciso IX e dos parágrafos §2º a 4º do art. 24 da Carta da República.

Por outro lado, as normas editadas pelos demais entes federativos não podem violar as regras gerais estabelecidas pela União. Nessa linha, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 9164/95. ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL. ENSINO DE EDUCAÇÃO ARTÍSTICA. FORMAÇÃO ESPECÍFICA PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INICIATIVA PARLAMENTAR. VÍCIO FORMAL. INOCORRÊNCIA. 1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Iniciativa. Constituição Federal, artigo 22, XXIV. Competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. 2. Legislação estadual. Magistério. Educação artística. Formação específica. Exigência não contida na Lei Federal 9394/96. Questão afeta à legalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte. (ADI 1399, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 11-06-2004 PP-00004 EMENT VOL-02155-01 PP-00028 RTJ VOL-00191-03 PP-00815)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA "EXTUNC". A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. - A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). - A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). - Os Estados-membros e o

Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo "ultra vires", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie). - Considerações doutrinárias em torno da questão pertinente às lacunas preenchíveis. [...]

(ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-02 PP-00275)

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.

1. Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação.

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. (STF, Tribunal Pleno, ADI 3699/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, J. 18/6/2007).

No exercício dessa competência legislativa, a União Federal editou a Lei 9.394/96 ? Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional -, que estabelece premissas absolutamente contrárias à legislação municipal impugnada.

Veja-se o disposto no art. 3º da referida lei:

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

[...]

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

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

De fato, enquanto a legislação federal estabelece a observância obrigatória dos princípios da liberdade de ensino, do pluralismo de ideais e concepções pedagógicas e do fomento à liberdade e à tolerância, os arts. 2º e 3º da Lei Municipal proíbem expressamente qualquer menção, no sistema de ensino, a questões de diversidade ou "ideologia" de gênero, vedando a "inserção de qualquer temática da diversidade [...]" nas práticas pedagógicas e no cotidiano das escolas.

Há precedentes específicos do STF suspendendo a eficácia de leis com conteúdos e vícios formais similares. Tem-se, por exemplo, a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso nos autos da ADI 5537-MC:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROGRAMA ESCOLA LIVRE. LEI ESTADUAL. VÍCIOS FORMAIS (DE COMPETÊNCIA E DE INICIATIVA) E AFRONTA AO PLURALISMO DE IDEIAS. CAUTELAR DEFERIDA.

I. Vícios formais da Lei 7.800/2016 do Estado de Alagoas: 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV): a liberdade de ensinar e o pluralismo de ideias são princípios e diretrizes do sistema (CF, art. 206, II e III);

2. Afronta a dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: usurpação da competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema (CF, art. 24, IX e § 1º);

(STF, ADI 5537-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, 21.3.2017).

Destarte, verifica-se, assim, haver a violação à norma de competência legislativa da União constante do art. 22, XXIV, da CF/88.

Da violação aos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relativos ao pluralismo político e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem quaisquer preconceitos ? art. 1º, V, e art. 3º, I e IV, da CF/88

Além do vício formal acima descrito, observa-se que a legislação impugnada também ofende normas materiais da Constituição, concretizadas a partir do art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Quanto a esse ponto, deve-se anotar que a rigidez constitucional e o princípio da interpretação conforme a Constituição impedem o acolhimento de soluções legais contrárias ao sentido hermenêutico do texto constitucional.

Por outro lado, quando as regras legais estejam de acordo com as normas de hierarquia constitucional, não deve o intérprete ignorar o sentido atribuído pelo legislador, dentro do seu âmbito de discricionariedade.

Tratando do referido assunto, são pertinentes as lições de Paulo Gonet Branco:

“Não se confunda, afinal, interpretação da lei conforme a Constituição, procedimento, como visto, sancionado pela jurisprudência e doutrina, com a interpretação da Constituição conforme a lei, prática que encontra reservas nessas mesmas instâncias. A admissibilidade sem a devida prudência de um tal exercício poderia levar à coonestação de inconstitucionalidades, deturpando-se o legítimo sentido da norma constitucional. Mas não é tampouco admissível desprezar a interpretação que o legislador efetua da norma da Carta ao editar a lei. Toda a cautela deve estar em não tomar como de necessário acolhimento a interpretação feita pelo legislador, evitando-se o equívoco de tratar o legislador como o intérprete definitivo da Constituição ou como o seu intérprete autêntico. A parte desse extremismo, não há por que não recolher da legislação sugestões de sentido das normas constitucionais. A propósito, não são poucas as ocasiões em que o constituinte eleva ao status constitucional conceitos e disposições pré-constitucionais, que foram desenvolvidos anteriormente pelo legislador infraconstitucional.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. p. 96).

No caso em análise, a norma impugnada acaba cristalizando uma cosmovisão tradicional de gênero e sexualidade que ignora o pluralismo da sociedade moderna.

Não há como se negar que vivemos em uma sociedade pluralista, onde diferentes grupos das mais variadas origens étnicas e culturais, de diferentes backgrounds, classes e visões, religiosas ou de mundo, devem conviver.

Tratando sobre o assunto, John Rawls afirma, em seu conhecido livro ?Liberalismo Político?, que ?as doutrinas abrangentes de todos os tipos - religiosas, filosóficas e morais ? fazem parte do que podemos chamar de ?cultura de fundo? da sociedade civil. É a cultura do social, não do político. É a cultura da vida cotidiana, de suas diversas associações: igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, clubes e times, para citar apenas algumas? (RAWLS, John. Liberalismo Político: elementos básicos. p. 56).

No mesmo sentido, Peter Häberle defende uma ordem constitucional pluralista e democrática, compreendida como um ?compromisso de possibilidades?, ou seja, uma proposta de soluções e coexistências possíveis, sem a imposição da força política de cima para baixo (HÄBERLE, Peter. Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980, p. 5).

Nesse contexto, como observa Häberle, os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível esse denominado pluralismo democrático (HÄBERLE, Peter. Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980, p. 6).

Na mesma linha, tem-se as lições de Gustavo Zagrebelsky:

?As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado ? isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma?. (ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho ductil: ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, pág. 13.)

Atento a essas características da sociedade contemporânea, o Constituinte originário estabeleceu, como princípio fundamental da República, o "pluralismo político" (art. 1º, V, da CF/88).

Da mesma forma, elencou, dentre os objetivos fundamentais, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I, da CF/88), com a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, da CF/88).

O Ministro Ayres Britto reconheceu, no julgamento da ADI 4.277/DF, que tratava das uniões homoafetivas, a condição do pluralismo como valor sócio-político-cultural.

Nessa linha, o Relator destacou que o pluralismo seria "um dos fundamentos da República Federativa do Brasil" e da "própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários" (STF, ADI 4.277/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011).

É certo que o pluralismo social e os princípios da solidariedade e da não-discriminação estão diretamente vinculados a outros princípios e valores, como a liberdade de informação e de ensino, a tolerância e o debate de ideias.

Nesse sentido, observo que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação observou, corretamente, esses valores constitucionais, ao indicar, expressamente, a liberdade de ensino e aprendizagem, o pluralismo e a tolerância enquanto princípios fundamentais do ensino no país (art. 3º, II, III e IV, da LDB).

Por outro lado, a legislação impugnada contraria essas normas de status constitucional, de modo que reputo existente o alegado vício de inconstitucionalidade material.

Das normas constitucionais e internacionais proibitivas da discriminação

Anote-se que existem diversas normas constitucionais e internacionais que proíbem qualquer tipo de discriminação.

Com efeito, além do já mencionado art. 3º, IV, tem-se o direito fundamental à igualdade, estabelecido pelo art. 5º, caput, da CF/88, e o próprio valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), que demanda o respeito à autonomia privada e às legítimas opções das pessoas sobre suas escolhas existenciais.

Diversas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário possuem previsões semelhantes:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Princípio 1 ? DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos. [...]

Princípio 2 ? DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

As referidas normas demonstram o profundo compromisso das normas internacionais e constitucionais com a igualdade (SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação ?De Facto?, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141; CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 158).

Com base nesses dispositivos, permite-se concluir pela existência de um dever estatal de adoção de políticas de combate às desigualdades e à discriminação, inclusive no que se refere aos padrões culturais, sociais e econômicos que produzem essa situação (CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Tal conclusão está assentada no fato de que os direitos fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva, atributiva de direitos fundamentais aos indivíduos, mas também uma concepção objetiva, enquanto conjunto de valores que deve nortear a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Outrossim, deve-se vislumbrar a igualdade não apenas em sua dimensão negativa, de proibição da discriminação, mas também sob uma perspectiva positiva, de modo a promover a inclusão de grupos estigmatizados e marginalizados (CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Nesse ponto, cumpre registrar que a ausência de debate sobre questões envolvendo sexo e gênero não equivale à suposta ?neutralidade? sobre o assunto. Na verdade, reflete uma posição política e ideológica bem delimitada, que optar por reforçar os preconceitos e a discriminação existentes na sociedade.

Ademais, não há estudos científicos ou dados estatísticos que sustentem a posição que a discussão sobre essas questões estimule ou promova a adoção de comportamentos denominados ?erráticos? ou ?desviantes?, de acordo com uma pauta de valores tradicionais.

Sobre o assunto, a doutora Jimena Furlani destaca que:

?[...] Nas discussões e aprovações dos Planos de Educação ficou evidente que combater a ?ideologia de gênero? significava retirar de qualquer documento as palavras gênero, orientação sexual, diversidade sexual, nome social e educação sexual. Mesmo que as palavras, nas frases, não implicassem nenhuma ameaça objetiva, evitar que as palavras fossem visibilizadas na lei certamente dificultaria aqueles que pretendessem trabalhar esses temas na educação, e, sem muitos argumentos, as palavras foram excluídas. No entanto, é preciso lembrar que retirar essas palavras da lei não elimina os sujeitos da diversidade sexual e de gênero do interior da escola brasileira e de todas as sociedades humanas. Crianças e jovens, assim como professores, pais e mães, possuem suas identidades de gênero, são sujeitos de afetos e convivem num mundo diverso. Aliás, não é a existência do conceito de gênero que ?fez surgir? na humanidade pessoas homossexuais, travestis, lésbicas, transgêneros, transexuais ou bissexuais, por exemplo. Os estudos de gênero existem para estudar esses sujeitos, compreender a expressão de suas identidades, propor conceitos e teorias para sua existência e ajudar a construir um mundo onde todos/as se respeitem.? (FURLANI, Jimena. Existe ?ideologia de gênero??. Disponível em: <<http://apublica.org/2016/08/existe-ideologia-de-genero/>>).

Por outro lado, as normas legais que estabelecem a discussão sobre questões de gênero e sexualidade nas escola estimulam os valores do pluralismo, da tolerância, compreensão e empatia, contribuindo para que atos de violência e discriminação contra minorias sejam superados.

Destaque-se que diversos casos e exemplos de ataques sistematizados de violência contra as minorias integrantes da comunidade LGBTI foram trazidos durante o julgamento da ADO 26, no qual a Corte deste STF decidiu pela criminalização da homofobia no tipo penal de racismo, até a promulgação de legislação adequada pelo Congresso Nacional.

Nesse precedente, assentei que os os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).

Anote-se que a proteção adequada ou os imperativos de tutela do direito fundamental à igualdade e à não discriminação não devem se basear apenas na tutela penal, tradicionalmente compreendida como ultima ratio e incidente apenas após a lesão ou grave perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais.

Ou seja, o dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação impõe a adoção de um amplo conjunto de

medidas, inclusive educativas, orientativas e preventivas, como a discussão e conscientização sobre as diferentes concepções de gênero e sexualidade.

Por esses motivos, entendo que as normas impugnadas, ao proibirem a veiculação de materiais didáticos que contenham discussões sobre questões de gênero e sexualidade, violam as regras gerais e os direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação, previstos nas normas internacionais e na Constituição Federal de 1988.

Da violação à liberdade de ensinar, aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber

As normas impugnadas violam ainda a liberdade de ensinar, aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, diretrizes fundamentais da educação estabelecida pelo art. 206, II, da Constituição Federal:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
[...]

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

A referida norma consolida a liberdade enquanto base do sistema de educação, estimulando a livre divulgação e o debate de ideias. Busca-se evitar a censura e a patrulha ideológica, uma vez que tais condutas acabariam por esterilizar o debate sobre questões polêmicas e relevantes, que devem ser apresentadas e discutidas entre professores e alunos, com a finalidade de formação de um pensamento crítico.

É certo que a atividade de ensino e a aprendizagem deve se basear em estudos científicos e abordagens acadêmicas e pedagógicas. A par dessa exigência, professores e alunos devem ter autonomia para desenvolver os conteúdos abordados em sala de aula.

Conforme destacado pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento da ADI 5577, "Para que a educação seja um instrumento de emancipação, é preciso ampliar o universo informacional e cultural do aluno, e não reduzi-lo, com a supressão de conteúdos políticos ou filosóficos, a pretexto de ser o estudante um ser 'vulnerável'. O excesso de proteção não emancipa, o excesso de proteção infantiliza".

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante acentuar que as restrições às liberdades de expressão e de ensino são características típicas de Estados totalitários ou autoritários.

A título elucidativo, ressaltei, no julgamento da medida cautelar na ADPF 548 ? caso das buscas e apreensões em universidades públicas -, o caso da grande queima de livros realizada em diversas cidades da Alemanha em 10 de maio de 1933, em perseguição a autores que se opunham ou que não se alinhavam às diretrizes do regime nazista.

Segundo o poeta nazista Hanns Johst, a medida decorria da ?necessidade de purificação radical da literatura alemã de elementos estranhos que possam alienar a cultura alemã?. Hoje, diante do episódio, costuma-se rememorar a célebre frase de Heinrich Heine, que ainda em 1820 escreveu: ?onde se queimam livros, no final, acaba-se queimando também homens?.

Outro exemplo originário da Alemanha, agora sob uma perspectiva positiva, ocorreu durante o julgamento do caso BVERFGE 47, 46, já no período de redemocratização. O caso envolvia a inclusão da aula de educação sexual em escolas públicas.

A discussão envolvia a compatibilização dos direitos dos pais à educação sexual de seus filhos, os objetivos educacionais das escolas públicas e os direitos de personalidade e autodeterminação dos menores.

Ao decidir, o Tribunal Constitucional alemão concluiu pela constitucionalidade da lei e atos administrativos que estabeleciam a disciplina de educação sexual nas escolas públicas:

?[...] Como o Tribunal Constitucional Federal sustentou (op. cit., p. 182), a fiscalização das escolas pelo Estado, estabelecida pelo Art. 7 I GG, abrange, em todo caso, a competência para o planejamento e a organização do ensino escolar com o objetivo de garantir um sistema escolar que ofereça a todos os jovens cidadãos, segundo suas capacidades, as possibilidades de formação correspondentes à atual vida social. Não faz parte desse âmbito de conformação estatal somente a estruturação organizacional da escola, mas também a fixação do conteúdo dos cursos de formação e dos objetivos escolares. O Estado pode, assim, perseguir seus próprios objetivos educacionais na escola, em princípio independentemente dos pais. A missão geral da escola, relativa à formação e à 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

país 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. 7º 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 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 [...]?.

Vê-se, portanto, que a jurisprudência de direito comparado corrobora a teses sustentada pelo requerente.

Em assim sendo, observo que as normas impugnadas também contrariam a liberdade de ensinar e aprender, prevista no art. 206, II, da CF/88.

Dispositivo

Ante o exposto, acompanho a Relatora, para julgar procedente o pedido, de modo a declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 162, § 5º, da Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu, com a redação dada pela Emenda 47/2018.

"PLENÁRIO VIRTUAL - MINUTA DE VOTO - 07/05/2020 19:48:50"