



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
IGOR COSTA ALVES

**DO DIREITO DOS PAIS SOBRE A EDUCAÇÃO MORAL E  
RELIGIOSA DOS FILHOS E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

LISBOA – PORTUGAL  
2018/2019

IGOR COSTA ALVES

**DO DIREITO DOS PAIS SOBRE A EDUCAÇÃO MORAL E  
RELIGIOSA DOS FILHOS E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Dissertação correspondente ao curso de Mestrado em  
Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Perfil: Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

LISBOA - PORTUGAL

2018/2019

## ÍNDICE

<b>RESUMO</b> .....	05
<b>ABSTRACT</b> .....	06
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>CAPÍTULO 1 – Do direito dos pais sobre a educação dos filhos</b> .....	09
1.1 Do realismo jurídico clássico .....	09
1.2 Do direito natural dos pais sobre a educação dos filhos .....	11
1.3 Do interesse dos filhos como fundamento do direito dos pais de educá-los conforme as próprias convicções .....	13
1.4 Do direito dos pais ao proselitismo religioso dirigido aos próprios filhos .....	14
1.5 Da instalação legislativa do direito dos pais sobre a educação dos filhos .....	17
1.6 Do direito dos pais sobre a educação dos filhos como norma-princípio .....	19
1.7 Do papel do Estado na educação e do princípio da subsidiariedade .....	20
<b>CAPÍTULO 2 – Dos direitos fundamentais e da educação</b> .....	24
<b>2.1 Dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão</b> .....	25
2.1.1 Dos direitos de primeira dimensão .....	25
2.1.2 Dos direitos de segunda dimensão .....	28
2.1.3 Da diversidade estrutural dos direitos fundamentais e do direito à educação .....	29
2.1.4 Da tensão entre igualdade e liberdade e do princípio da proporcionalidade .....	31
2.1.5 Das ideologias e dos Estados totalitários .....	36
2.1.6 Da contribuição da Igreja Católica para a segunda dimensão dos direitos fundamentais .....	38
2.1.7 Da relação Igreja-Estado e do modelo de coordenação .....	39
2.1.8 Da categorização dos direitos fundamentais segundo a densidade normativa e da proeminência dos direitos de liberdade .....	42
2.1.9 Dos direitos de terceira dimensão .....	46
<b>2.2 Da neutralidade do Estado na educação</b> .....	49
2.2.1 Do laicismo e do separacionismo rígido .....	49
2.2.2 Da neutralidade no âmbito da educação e do direito à segurança .....	52
2.2.3 Da solução para a neutralidade estatal no âmbito da educação .....	54
<b>2.3 Da neutralidade da educação à luz da jurisprudência constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</b> .....	59
2.3.1 Do entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional português e do sistema de dispensa ( <i>opt-out</i> ) .....	60
2.3.2 Do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e da impossibilidade de ensino religioso sem proselitismo .....	64
2.3.3 De casos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da educação neutra e plural e da doutrinação ideológica dissimulada .....	69
2.3.4 Da doutrinação ideológica nas escolas e da neutralidade de distanciamento como possibilidade jurídica .....	75

<b>2.4 Problemas de concordância prática</b> .....	78
2.4.1 Da discriminação socioeconômica para com famílias carentes.....	79
2.4.2 Da diferença entre liberdade de expressão e liberdade de cátedra e da derrotabilidade da liberdade de cátedra .....	80
2.4.3 Do caráter ideológico-proselitista das aulas de ideologia de gênero .....	84
<b>2.5 Das concepções de educação</b> .....	91
2.5.1 Da educação personalizante e da socializante .....	91
2.5.2 Da tensão entre educação personalizante e socializante e da concepção estatista da educação .....	96
2.5.3 Da liberdade de educação protegida pelo Estado e do monopólio educativo do Estado .	102
2.5.4 Da revolução cultural por meio da educação e do patrono da educação brasileira .....	106
<b>CAPÍTULO 3 – Da fiscalização de constitucionalidade e da renunciada jurisprudência do STF do Brasil</b> .....	109
3.1 Da fiscalização de constitucionalidade .....	109
3.2 Do ativismo judicial do STF e da tensão entre democracia e direitos fundamentais .....	114
<b>3.3 Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil acerca da ideologia de gênero nas escolas</b> .....	120
3.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 457.....	120
3.3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 460 .....	125
3.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 467 .....	129
3.3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 526 .....	131
3.3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 461 .....	132
<b>CONCLUSÃO</b> .....	136
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	142
<b>LEGISLAÇÃO</b> .....	146
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> .....	147
<b>OUTRAS REFERÊNCIAS</b> .....	149

## RESUMO

Nesta tese será examinado o direito dos pais sobre a educação dos filhos em suas posições jurídicas. Depois, sem perder de vista esse direito dos pais, serão tratados alguns temas de direitos fundamentais relacionados à educação; também, de diferentes modelos de educação a partir do modo de participação do Estado, bem como da compatibilidade, ou não, de cada um desses modelos com o sistema de direitos fundamentais. No fim, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre o tema por meio dos julgamentos do tribunal acerca da ideologia de gênero nas escolas. O direito dos pais sobre a educação de seus próprios filhos é um direito fundamental de liberdade e tem sua raiz na própria natureza das coisas. Ademais disso, esse direito tem previsão expressa em diversos tratados internacionais, alguns dos quais o Brasil é signatário, e, por essa razão, têm, no direito brasileiro, um nível superior ao das leis ordinárias, motivo pelo qual podem servir, inclusive, de parâmetro para o controle de constitucionalidade. No cenário brasileiro, nomeadamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse direito é, entretanto, pouco mencionado. Quando o Supremo Tribunal Federal julgou, em diferentes casos de controle abstrato de constitucionalidade, leis municipais brasileiras que previam a proibição da veiculação da ideologia de gênero nas escolas, só tratou do direito dos pais sobre a educação dos filhos de forma expressa em um dos julgamentos, mesmo assim, sem a profundidade necessária que o tema exigia. A propósito desses julgamentos, serão tratados, também, alguns temas de legitimidade da atuação da justiça constitucional, nomeadamente quando, na fiscalização de constitucionalidade, afasta-se normas editadas por poderes que, diferentemente do judiciário, têm legitimidade para expressar a vontade popular.

**Palavras-chave:** direito dos pais sobre a educação dos filhos segundo as suas próprias convicções – direito natural – direito de liberdade – Pacto de São José da Costa Rica – Supremo Tribunal Federal – ideologia de gênero – democracia – direitos fundamentais.

## ABSTRACT

In this thesis, the right of parents over the education of their children will be examined in their legal positions. Then, without forget that parent's right, some issues related to education will be addressed; also, will be addressed different models of education based on the state's mode of participation, as well as the compatibility, or not, of each of these models with the system of fundamental rights. In the end, the jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil on the subject will be analyzed through the court's judgments about gender ideology in schools. The right of parents to educate their own children is a fundamental right of liberty and is rooted in the very nature of things. Furthermore, this right is expressly provided for in several international treaties, some of which Brazil is a signatory, and, for this reason, have, in Brazilian law, a higher level than ordinary laws, which is why they can even serve as a parameter for the constitutionality control carried out by the constitutional justice. In the Brazilian scenario, especially in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, this right is, however, rarely mentioned. When the Federal Supreme Court judged, in different judgments in abstract constitutionality control, Brazilian municipal laws that provided for prohibition of the dissemination of gender ideology in schools, it only mentioned the right of parents to education of their children in an express way in one of the judgments, even so, without the necessary depth that the subject demanded. In this regard, some issues of legitimacy of constitutional justice will also be addressed, especially when, in the constitutionality control, rules issued by powers that, unlike the judiciary, have legitimacy to express the popular will, are excluded.

**Keywords:** right of parents to educate their children in accordance with their own beliefs – natural law – right of liberty – Pact of San Jose of Costa Rica – Brazil's Federal Supreme Court – gender ideology – democracy – fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o direito dos pais sobre a educação dos filhos, em especial no que se refere à formação moral, esteve e ainda está em xeque. Entendê-lo e *localizá-lo* é medida que se impõe.

Trata-se, em primeiro lugar, de um direito de liberdade, negativo, isto é, de alta densidade normativa, e que depende, num primeiro instante, tão somente da abstenção do Estado em interferir na esfera de conformação familiar acerca da formação dos filhos em matérias sensíveis, ou, noutras palavras, matérias que digam respeito a visões de mundo particulares e que, não raro, são objeto dos debates públicos polêmicos, ou seja, matérias das quais não se pode dizer que são consensuais.

Entre vários temas desses não consensuais, e que, menos por direito que *por obrigação*, os pais ensinam aos filhos, estão a moral, a religião e as concepções filosóficas. E, aqui, entra a questão jurídica ainda não suficientemente enfrentada: quem tem, *primordialmente*, o direito sobre a educação das crianças, o Estado, através da educação institucional, ou os pais?

Na tarefa de responder juridicamente a essa questão, não se pode negar a tensão entre vários conceitos que pretensamente convivem em harmonia: de um lado do *cabo de guerra*, a liberdade e, do outro a igualdade; de um lado, os direitos individuais e, do outro, os direitos sociais; de um lado a Constituição e os direitos fundamentais e, do outro, a democracia.

Nesse desiderato, os quadros de Brasil e Portugal serão constantemente mencionados, não porque se esteja a buscar uma perspectiva de direito comparado, mas porque, neste estudo, serão analisados alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) sobre a educação e, ademais, trata-se de um trabalho feito em Portugal e, portanto, não alheio ao direito português. A bem da verdade, são culturas jurídicas que estão em constante comunicação. De mais a mais, o cotejo entre o quadros constitucionais de Portugal e Brasil faz-se oportuno tendo em conta que são países que têm Constituições *irmãs*, ou seja, ambas inseridas dentro da mesma *tradição constitucional*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre essa tradição comum entre as Constituições de língua portuguesa, GILMAR MENDES elucidada: “*Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são ‘importante objeto de estudo’, visto que ‘é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe’*”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 489.)

Com efeito, no primeiro capítulo, depois de uma breve exposição sobre a linha jurídico-filosófica que se adota neste trabalho, tratar-se-á efetivamente do direito dos pais sobre a educação dos filhos.

Primeiro, do direito natural dos pais sobre a educação de seus próprios filhos, notadamente no que concerne às questões humanas *mais relevantes* e, na atualidade, *menos consensuais*, ou seja: filosóficas morais e religiosas. Em seguida, do direito positivo dos pais sobre a educação dos filhos, que está amplamente previsto em diversos diplomas legais. Na sequência, serão examinados os papéis do Estado e da família na educação dos filhos.

No segundo capítulo, serão analisados, em primeiro lugar, os direitos de liberdade aplicados à educação, que consistem nos direitos de primeira dimensão, ou seja, os que implicam, essencialmente, o dever de abstenção do Estado e, portanto, a liberdade dos indivíduos, e que acabam por culminar no problema da neutralidade do Estado no âmbito da educação. Neste ponto, buscar-se-á solucionar o problema da neutralidade, nomeadamente a neutralidade do Estado enquanto provedor da educação.

Ainda no segundo capítulo, serão examinados os direitos sociais, que são os direitos de segunda dimensão: estes, no seu núcleo, dependem das prestações estatais, sejam fáticas ou normativas. Aproveitar-se-á o tema para adentrar em pontos-chave deste trabalho: a diversidade estrutural dos direitos fundamentais, a prenunciada tensão entre liberdade e igualdade, a superveniência dos Estados totalitários na história, as relações Igreja-Estado e entre Estado e educação, as diferenças entre educação completa (educação da personalidade) e incompleta (instrução), bem como a instrumentalização da educação no Brasil para fins escusos e inconstitucionais. Nesta etapa, também serão brevemente tratados os direitos de terceira dimensão, apenas a propósito de introduzir o tema do terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, antes de adentrar à anunciada jurisprudência do STF, tratar-se-á da amplitude e dos limites de atuação do Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito. Aqui, será analisada a sobredita tensão entre direitos fundamentais e democracia e a margem de atuação legítima da justiça constitucional.

Ainda no terceiro capítulo, serão analisados especificamente os vários e recentes julgados do STF nos quais se declarou a inconstitucionalidade de várias leis municipais brasileiras que proibiam a *ideologia de gênero* nas escolas.

Por fim, a conclusão.

## CAPÍTULO 1: Do direito dos pais sobre a educação dos filhos

### 1.1: Do realismo jurídico clássico

A fim de não incorrer em entimemas, isto é, para evitar o risco de que as premissas sobre as quais se ampara fiquem ocultas, esclarece-se, desde já, que se adota, neste trabalho, a visão do direito segundo o *realismo jurídico clássico*, partindo de uma linha que se pode dizer aristotélico-tomista, em que o direito é dar a cada um *o que é seu* ou *o que lhe é devido por justiça*<sup>2</sup>. Tal cosmovisão rejeita, portanto, a concepção positivista do direito, que, a rigor, confunde direito com lei positiva – lei criada pelo homem. Com efeito, só é possível tratar direito por lei em seu sentido analógico<sup>3</sup>.

O direito é verdadeira *realidade moral*, sem, no entanto, confundir-se com moral e política, que, por suas vezes, também integram a realidade moral. A realidade moral refere-se ao ser humano e subdivide-se nessas três ciências: jurídica, moral e política. Para as realidades não morais do homem existem outras ciências, como, por exemplo, as biológicas<sup>4</sup>.

Conforme ensina JAVIER HERVADA, autor que bem condensa essa visão realista jurídica, o direito é uma realidade possível de ser conhecida pelo ser humano, ainda que não seja simples fazê-lo e ainda que existam sérias divergências sobre sua natureza; afinal, existem também divergências científicas sobre biologia, física e astronomia, mas nem por isso se coloca em causa que tais sejam realidades objetivas e passíveis de ser conhecidas. De igual modo, os biólogos, físicos e astrônomos sabem que devem trilhar o caminho das leis da natureza, que são objetivas, sob pena de restarem prejudicados os seus desígnios científicos; se, todavia, determinadas leis da natureza apresentam-se difíceis de ser decifradas, causando grande divergências entre os cientistas, nem por isso deixam de existir objetivamente. Nas realidades morais e, portanto, no direito, também é assim: o ser humano irá fatalmente falhar em *dar a cada um o que lhe é devido*, isto é, em fazer justiça, se não seguir as leis naturais<sup>5</sup>.

Leis naturais são aquelas inegociáveis, inopináveis; aplicam-se de forma imperativa à vida humana. Não roubar e não matar, segundo o realismo jurídico, não podem, em qualquer

---

<sup>2</sup> HERVADA, Javier. *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, pp. 2 e ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 67 e ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 90 e ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 81 e ss.

hipótese, ser consideradas proscricções derivadas meramente do *querer humano*; ao contrário, são na verdade, decorrentes da própria *natureza das coisas*. O querer humano não pode mudá-las e, se o tenta fazer por meio da confecção de leis contrárias às leis naturais, faz leis injustas. Por isso, as leis positivas, ou seja, aquelas que estão no campo de conformação do ser humano, não podem fugir ao *enquadramento* das leis naturais<sup>6</sup>. É exatamente como ocorre nos ordenamentos jurídicos atuais em geral, nos quais as leis ordinárias não podem contrariar o que prevê a Constituição, que é a lei maior; tal como no *constitucionalismo* são inaplicáveis as leis infraconstitucionais incompatíveis com a Constituição, assim também as leis positivas que estejam em desacordo com as leis naturais são injustas.

No constitucionalismo contemporâneo, essas leis naturais normalmente confundem-se com o que se tem por direitos fundamentais, cuja origem, conforme esclarece JONATAS MACHADO, está intimamente ligada às revoluções liberais setecentistas, que, sob o pretexto da novidade iluminista, apoderaram-se do arcabouço de valores da tradição cristã, que, por sua vez, traz em seu bojo toda a herança de investigação e aplicação das leis naturais<sup>7</sup>. Por isso, é de se esperar que a lei inconstitucional, porque contrária à Constituição, e a lei injusta, porque contrária à lei natural, caminhem *pari passu*. Nessa linha, CARLOS XAVIER propõe que “a tradição da lei natural de base aristotélico-tomista talvez se constitua na melhor maneira de articular metodologicamente a operacionalização do sistema internacional de proteção aos direitos humanos”<sup>8</sup>; e que “A lei natural, ao prover uma perspectiva substantiva do que significa agir justamente para com as pessoas, apresenta uma fundamentação sólida para os direitos humanos.”<sup>9</sup>.

De mais a mais, não seria coerente que os direitos fundamentais, que têm sua base na dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>, estivessem em dissonância com o que se tem por lei natural, que diz respeito justamente à natureza ontológica do ser humano. Essa incoerência, entretanto, é real: o constitucionalismo contemporâneo, protagonizado pelo Poder Judiciário, tem se afastado das leis naturais não por causa da aplicação das normas constitucionais, mas pela manipulação de tais normas segundo uma ou outra mundividência – que no mais das vezes é

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 99 e ss.

<sup>7</sup> MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos Direitos da Verdade aos Direitos do Cidadão*. Coimbra Editora, 1996, pp. 42 e ss.

<sup>8</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Educação domiciliar um direito natural negativo: uma abordagem a partir da lei natural*. Atibaia: Classical Press, 2021, p. 24.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>10</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 38.

muito pouco democrática – no exercício do que se tem por concretização da constituição. Isto ocorre através do *ativismo judicial* ou judiciário<sup>11</sup>.

Esclarece CARLOS BLANCO DE MORAIS que o fenômeno do constitucionalismo levado a efeito pelo ativismo judicial é característico da era pós-positivista<sup>12</sup>. Os juízes, ao aplicar os direitos fundamentais, isto é, ao concretizar a Constituição, têm tratado a exceção, de atuarem como legisladores positivos – seu papel, a rigor, é de legislador negativo, ou seja, apenas afastando do ordenamento as normas inconstitucionais, mas não criando normas constitucionais fazendo as vezes dos poderes legiferantes –, como regra. Isto se dá normalmente sob o pretexto de concretizar normas de direitos fundamentais de pouca densidade normativa – como são, no mais das vezes, as normas de direito social e as principiológicas<sup>13</sup>. Essa aplicação vem carregada de valores ideológicos e filosóficos sub-reptícios, o que o autor chama de “*catecismo ideológico*”, sob a aura de uma “*construção científica*” do direito<sup>14</sup>. Com efeito, é essa abordagem ideológica que faz com que direitos fundamentais e leis naturais – entendidas segundo o realismo jurídico –, sejam antagônicos.

## 1.2: Do direito natural dos pais sobre a educação dos filhos

A família é instituição anterior ao Estado e, por conseguinte, a autoridade dos pais sobre os filhos é anterior à autoridade do Estado. A autoridade dos pais é, com efeito, originária e não depende de qualquer concessão da comunidade política: é *pré-política*<sup>15</sup>; isto é, em primeiro lugar, intuitivo e autoevidente. Ao contrário, assertiva de que a autoridade do Estado sobre as crianças precede à de seus pais sobre elas é contraintuitiva<sup>16</sup>.

Nesse sentido, CARLOS XAVIER explica que “a autoridade parental de modo algum é derivada da autoridade política, mas tem, antes, uma fonte independente na própria natureza da relação pai-filho.”<sup>17</sup>. Igualmente, ANDRÉ G. FERNANDES: “A autoridade dos pais, no seio familiar, resta fundamentada, sem a necessidade de complexos e intrincados princípios, no mero

---

<sup>11</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais: Um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 20, n. 78, BDJur, 2012, pp. 177 e ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 164 e ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 155 e ss.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 175 e ss.

<sup>15</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 42.

fato de que os filhos nascem de seus pais e não podem viver e desenvolver-se sem eles.”<sup>18</sup>; e “A família, assim entendida, não foi inventada [diferentemente do Estado], porque é uma instituição natural e isso explica seu caráter universal e perene.”<sup>19</sup>.

Os pais *geram* os filhos. Disto, advém a obrigação de educá-los; vê-se, portanto, que tal obrigação tem uma raiz biológica, (no caso da adoção, os pais adquirem tal obrigação por um ato de vontade)<sup>20</sup>. Com efeito, “(...) a força da obrigação especial de alguém para com o bem-estar do outro depende da proximidade de sua relação com aquela pessoa.”<sup>21</sup>; ora, nas primeiras fases da vida, a relação mais próxima dos filhos é com seus próprios pais; estes têm, assim, a maior obrigação sobre sua educação e, por conseguinte, o direito primário sobre essa mesma educação. A propósito disso, CARLOS XAVIER esclarece que<sup>22</sup>:

(...) se são os pais que têm autoridade primária para criar seus filhos, quando os pais e o Estado discordam sobre a melhor forma de promover o bem-estar das crianças, o Estado deve ceder aos pais ao menos na extensão de permitir que estes criem seus próprios filhos da maneira como entendam mais apropriada.

Por essa razão, para o ser humano, a educação dos pais é essencial, insubstituível. Neste mister, os pais têm o direito natural de guiar a educação de seus filhos conforme suas próprias convicções e, também, o direito a que seus filhos recebam educação conforme as convicções dos pais<sup>23</sup>, afinal, o exercício da paternidade e da maternidade vai além da mera geração biológica, mas envolve o dever de *gerar* nos níveis psicológico, moral e intelectual: os filhos, depois de serem gerados no útero físico, devem sê-lo no útero espiritual<sup>24</sup>, que só existe efetivamente no seio da família.

---

<sup>18</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *A família, como ela é: Filosofia da família para a excelência da família*. Vide Editorial, 2022, p. 18.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>20</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>23</sup> Apesar de semelhantes, são posições jurídicas distintas: uma, o direito dos pais de educar os filhos conforme suas próprias convicções; a outra, o direito dos pais a que seus filhos *recebam* educação conforme as suas convicções. A primeira, diz respeito diretamente aos pais como sujeitos ativos da educação; a segunda, a terceiros aos quais os pais delegam a educação dos filhos, inclusivamente o Estado.

<sup>24</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, p. 69.

### 1.3: Do interesse dos filhos como fundamento do direito dos pais de educá-los conforme as próprias convicções

O direito dos pais de que ora se trata é, ademais, direito dos próprios filhos. Nesse sentido, o próprio interesse dos educandos é também um dos fundamentos do direito dos pais sobre a *essência* da educação dada aos filhos<sup>25</sup>. PAULO ADRAGÃO, nessa esteira, explica que “o exercício representativo da liberdade de aprender dos filhos é o fundamento do direito de educar dos pais”; e, ademais, fazendo referência aos ensinamentos do historiador do Direito BRAGA DA CRUZ, aclara que “O interesse do próprio educando deve assim orientar a prática deste direito dos pais: por isso, ele está indissolivelmente unido ao correspondente dever de educar e é limitado pela progressiva faculdade dos filhos decidirem por si próprios (Braga da Cruz)”<sup>26</sup>.

Isso é o que, no Brasil, se tem por princípio do *melhor interesse das crianças e adolescentes*, previsto na Constituição: “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.” (Artigo 227)<sup>27</sup>. Nessa linha, também a Constituição de Portugal prevê: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.” (Artigo 36º, 5)<sup>28</sup>.

Desse quadro, resta claro que o dever dos pais de educar os filhos existe em face do interesse dos filhos; e o que deveria restar igualmente claro é que o direito dos pais de educar – e de fazê-lo segundo suas próprias convicções –, também. Isso porque são presumivelmente os pais, e não o Estado nem a sociedade, os *primeiros* interessados na boa educação e no bom desenvolvimento dos filhos. A despeito das boas intenções de qualquer outra entidade, são os pais que têm uma relação afetiva com os próprios filhos; mais precisamente dizendo, são eles que *os amam* e, portanto, querem o seu bem mais do que qualquer outra instituição possa querer, inclusive o Estado. Nesse sentido, ANDRÉ G. FERNANDES<sup>29</sup>:

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, 224.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Basta, para este trabalho, a observação de que o direito dos pais sobre a educação dos filhos é limitado pela “progressiva faculdade dos filhos decidirem por si próprios”, pois não é o escopo desta tese analisar a partir de que idade convém que tal direito seja exercido com mais ou menos intensidade. O que está aqui em análise é a existência desse direito e a denúncia de sua inobservação e violação nas idades e circunstâncias em que seu exercício (pelos pais) é incontroverso.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>28</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>29</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *Op. cit.*, pp. 102-103.

A importância da família na formação da pessoa está constantemente presente em numerosos estudos psicossociológicos. Esta influência deriva da sua própria natureza, pois o elemento mais íntimo e fundamental da função pedagógica dos pais reside no amor que se coloca ao serviço dos filhos para educar (do latim, *educere*, conduzir para fora) no melhor de si próprios e, assim, atingir sua plenitude.

Esta é a razão pela qual o amor deve presidir todo o projeto pedagógico da família, cujo objetivo deve ser o crescimento da pessoa em vista da sua finalidade última, do seu bem temporal e da sua contribuição para a vida social. Os pais são, assim, os primeiros responsáveis na educação de seus filhos.

Na mesma linha, ALEXANDRE MAGNO afirma que: “os pais não apenas podem educar os filhos em casa como também são as pessoas mais capacitadas para educar os próprios filhos e interessadas nisso.”<sup>30</sup> É por isso que, repita-se, o direito dos pais de educar os filhos segundo as próprias convicções, bem como o seu direito de que os filhos recebam a educação conforme as convicções dos pais, tem como fundamento o interesse dos filhos. Não por outra razão, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS defendem categoricamente que os pais têm preferência no gênero de educação dada aos filhos, pois eles têm o “primado na determinação do interesse dos filhos”<sup>31</sup>.

As crianças não podem cuidar de si mesmas e, nesse contexto, devem estar submetidas, primariamente, a uma autoridade, que as guie, que decida por elas, que as dê segurança. Com efeito, antes do Estado, são os pais que têm, mais diretamente, interessam-se pelo bem-estar de seus próprios filhos; e, justamente por isso, têm autoridade primária sobre eles<sup>32</sup>.

#### **1.4: Do direito dos pais ao proselitismo religioso dirigido aos próprios filhos**

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS apontam que os pais têm preferência no gênero de educação a ser dada aos próprios filhos e esclarecem que<sup>33</sup>:

---

<sup>30</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O Direito à Educação Domiciliar*. Brasília: Editora Monergismo, 2017, p. 15.

<sup>31</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*

<sup>32</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, p. 40 e ss.

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, artigos 1º a 79º*. Coimbra Editora, 2005, pp. 413-414.

A lei, em matéria de educação, não pode, por isso, impor aos pais um determinado modelo de educação ou circunscrever o papel educativo dos pais a certos domínios parcelares. O papel dos pais inclui, concretamente, a dimensão filosófica, estética, política, ideológica e religiosa (artigo 43.º, n.º 2), não sendo, por isso, admissível neste domínio a imposição aos pais da adopção de uma educação pluralista ou de um agnosticismo valorativo na educação dos filhos. O mesmo se diga em matéria de educação sexual.

Nessa linha de que não se pode impor aos pais uma educação (dos filhos) arreligiosa, antirreligiosa e nem inter-religiosa, os autores concluem que o direito dos pais sobre a educação dos filhos é, também, uma faceta da própria liberdade religiosa: defendem haver uma *dimensão religiosa* na educação, a qual não pode ser dada pelo Estado numa “perspectiva contrária à religião”<sup>34</sup>.

Com efeito, os pais também são sujeitos do *direito ao proselitismo religioso* – que é desdobramento da liberdade religiosa – a ser exercido em casa, com os filhos. Nesse sentido, PAULO ADRAGÃO: “Compreende-se também a família como sujeito institucional da liberdade religiosa: considera-se que este direito garante aos pais na orientação da educação religiosa dos filhos menores.”<sup>35</sup>. Ademais, em sua obra “A Liberdade Religiosa e o Estado”, o autor faz referência ao antológico caso da Corte Europeia dos Direitos Humanos *Kokkinakis c. Grécia*, julgado em 1993, em que o Tribunal, acerca do direito ao proselitismo, consignou que<sup>36</sup>:

(...) se a liberdade deriva antes de mais do foro interno ela <<implica>> também, nomeadamente, a liberdade de <<manifestar a própria religião>>. (...) Além do mais, ela comporta em princípio o direito de tentar convencer o próximo, por exemplo por meio de um <<ensinamento>>, sem o que, de resto, a <<liberdade de mudar de religião ou de convicção>> consagrada pelo Artigo 9º se arriscava a ficar lei morta.

Na sequência, o autor relaciona esse direito ao *proselitismo* com a inovadora previsão do Protocolo Adicional n.º 2, da Convenção europeia, conforme a qual o Estado, no exercício de suas funções no campo da educação e do ensino, há de observar e respeitar “o direito dos

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>35</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, 2018, p. 21. Reimpressão.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”<sup>37</sup>.

Pois bem, a educação que se propõe que seja dada nas escolas, inclusivamente a educação sexual, pode trazer uma dimensão filosófica que choca com a inclinação filosófica e com os dogmas religiosos cridos pelos pais. Nesse contexto, defendem JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS que é possível a educação sexual nas escolas, desde que *sem carácter doutrinador*<sup>38</sup>.

Quer-se com isso dizer que no que diz respeito à moral, pondo de lado aquilo que seja flagrantemente agressivo à dignidade humana – e que, por tal razão, em casos extremos, seja passível de uma intervenção proporcional do Estado –, é dos pais o direito de transmitir a própria *visão de mundo* aos seus filhos. O Estado, portanto, não pode, sob o pretexto de ser imperiosa uma educação pluralista, querer, a contragosto dos pais, oferecer aos seus filhos menores uma educação que relativize esses valores. Assim, a mundividência do professor da escola oferecida pelo Estado sobre moral e religião não pode sobrepor a dos pais. Eis aqui, um *limite* à liberdade de ensinar, prevista na Constituição brasileira, no Artigo 206, inciso II. Diga-se a mesma coisa em relação às escolas particulares; estas, com a peculiaridade de que podem, evidentemente, seguir uma vertente religiosa e moral declarada, o que implica que devem, por obrigação contratual, ser *transparentes* acerca disso com seus contratantes, que são precisamente os pais; trata-se, aqui, do exercício da liberdade de escolha de escolas distintas das estatais<sup>39</sup>.

Nesse sentido, ALEXANDRE MAGNO esclarece que, ordinariamente, existe nas instituições escolares o interesse em transmitir determinada visão de mundo, o que o autor denomina *doutrinação ideológica*<sup>40</sup>. Esse campo ideológico, nomeadamente no que diz respeito às esferas religiosa e moral, não pode ser objeto de proselitismo dos professores nas escolas, salvo com a concordância dos pais, que são os legítimos titulares do direito à transmissão desses valores aos filhos. Nesse sentido, para PAULO ADRAGÃO, enquanto os filhos não forem maduros, isto é, enquanto os pais ainda forem responsáveis por eles ou, melhor, enquanto tiverem o *dever* de zelar por eles, “perdura também o direito dos pais, que tem por objecto toda

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 414.

<sup>39</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995, p. 221.

<sup>40</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O Direito à Educação Domiciliar*. Brasília: Editora Monergismo, 2017, p. 94.

a educação e inclui o poder de recusar a frequência pelas crianças de escolas contrárias aos ideais familiares.”<sup>41</sup>.

### 1.5: Da instalação legislativa do direito dos pais sobre a educação dos filhos

O direito dos pais sobre a educação dos filhos é pouco mencionado na jurisprudência brasileira. Como se demonstrará, nos julgamentos aqui analisados, esse direito foi pouco citado e, quando foi, imediatamente após foi também relativizado em prol de outros bens constitucionais, sem que, contudo, o tribunal – nomeadamente o STF – tenha deixado claro o método de *ponderação* de bens que foi utilizado. Não obstante, trata-se de um direito previsto em vários dos grandes diplomas de direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, no ordenamento jurídico português, conforme prevê a Constituição de Portugal, é parâmetro conforme o qual os direitos fundamentais devem ser aplicados e integrados com harmonia<sup>42</sup>, e que, no Brasil, também o é apesar de não haver previsão constitucional semelhante<sup>43</sup>, prevê que “Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.”<sup>44</sup> (Artigo 26º, n.º 3). A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por sua vez, assim dispõe: “O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”<sup>45</sup> (Protocolo Adicional, artigo 2º).

Entre os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, há a Convenção Americana dos Direitos Humanos a prever que: “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.”<sup>46</sup> (Artigo 12º, n.º 4), e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

<sup>41</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>42</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976. Artigo 16.º, n.º 2. “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

<sup>43</sup> Provam-no diversos julgados do STF, em que o Tribunal utilizou a Declaração Universal dos Direitos do Homem como fundamento, dos quais destaca-se o recente julgamento em que a Suprema Corte tipificou, como se poder legislativo fosse, o crime de homofobia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF e MI 4733/DF. Tribunal Pleno. Relatores respectivos: Ministros Celso de Mello e Edson Fachin, julgamento: 13/06/2019, Publicação: 01-07-2019). A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi citada vinte vezes nas *razões de decidir* desse julgamento.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

<sup>45</sup> EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950.

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969 (no Brasil, promulgada em 1992 como Decreto n.º 678).

Políticos, a prever que: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.” (Artigo 18, n.º 4)<sup>47</sup>.

Registre-se que, no Brasil, a Constituição Federal prevê que os diplomas internacionais dos quais o país é signatário, se forem sobre direitos humanos, a depender do regime de aprovação no poder legislativo, isto é, se aprovados em cada uma das duas Casas Legislativas federais, em dois turnos e por três quintos dos votos dos seus membros, equivalem a normas constitucionais (Artigo 5º, §3º) e passam a integrar o que se tem por bloco de constitucionalidade<sup>48</sup>. Já as não aprovadas em tal rito qualificado, mas apenas pelo rito comum, não são, segundo a jurisprudência pacífica do próprio STF, meramente leis ordinárias, mas são o que se passou a chamar de leis de *status* supralegal: numa escala hierárquica, estão abaixo da Constituição e acima das demais leis infraconstitucionais<sup>49</sup>. Essas normas supralegais são frequentemente utilizadas, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como parâmetro de controle das demais normas ordinárias<sup>50</sup>.

Ademais, no direito infraconstitucional brasileiro, há ainda previsão semelhante na Lei n.º 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>51</sup>, a prever que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (Artigo 22); e que “A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos

<sup>47</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966 (no Brasil, promulgada em 1992 como Decreto n.º 592).

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 16ª Edição* 2021. Edição do Kindle, 2021, pp. 9904-9905.

<sup>49</sup> A solidificação de tal entendimento, como explica GILMAR MENDES (*ibidem*, p. 571), deu-se com o julgamento, do Recurso Extraordinário n.º 466.343 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3/12/2008, Publicação 05-06-2009), ocasião em que o STF declarou, em controle difuso de constitucionalidade – porém, em regime de repercussão geral (Tema 60) –, a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, com base no Artigo 7, n.º 7, do Pacto de San Jose da Costa Rica que prevê “*Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*”.

<sup>50</sup> Não só no Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP utilizou-se o Pacto de San Jose da Costa Rica, que tem *status* supralegal, como parâmetro para controle de constitucionalidade, mas em outras oportunidades também, das quais destaca-se o recente julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 444 (controle concentrado de constitucionalidade), em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da condução coercitiva (instituto de direito penal adjetivo), com amparo não apenas em normas constitucionais, mas também na Convenção Americana dos Direitos Humanos, que em seu Artigo 8, n.º 2, g, prevê, em relação à toda pessoa acusada de delito o “*direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 444. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14/06/2018, Publicação 22-05-2019).

<sup>51</sup> BRASIL. Lei n.º 8.069, 1990.

nesta Lei.” (Artigo 22, parágrafo único). Ainda nesse sentido, textualmente mais suscinto, mas não menos claro, o Código Civil brasileiro<sup>52</sup>: “Compete aos pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação;” (artigo 1.634, I).

### **1.6: Do direito dos pais sobre a educação dos filhos como norma-princípio**

É possível falar em duas categorias de norma: normas-princípio e normas-regra. ROBERT ALEXY, quando trata dos princípios, coloca-os como mandados de otimização e, ao passo que as regras, que trazem comandos definitivos, são aplicáveis por subsunção, os princípios o são por *ponderação*. Para o referido autor, os princípios, como não são comandos definitivos, devem ser aplicados na *maior medida possível*<sup>53</sup>.

Uma perspectiva próxima à sobredita é a de DWORKIN, segundo o qual as normas-regra aplicam-se do modo *tudo ou nada*, ao passo que os princípios têm uma *dimensão do peso*: há de se resolver as antinomias (conflitos normativos) tendo em contra o peso de cada princípio<sup>54</sup>.

PEDRO MONIZ, no entanto, enfrenta a questão de outra maneira: defende que todas as normas, independentemente de serem princípios ou regras, guardam uma medida de *derrotabilidade*; medida essa que é maior nos princípios em face da *genericidade* de sua previsão<sup>55</sup>. Nesse sentido, ensina o autor português que “a definitividade regulativa de uma norma cresce num grau inversamente proporcional ao grau de genericidade dessa norma”<sup>56</sup>.

Seja por serem mandados de otimização, seja por terem uma previsão mais genérica e, portanto, serem mais derrotáveis – isto é, em eventuais conflitos, em sede de casos concretos, com outras normas, os princípios, ao fim de uma ponderação, sucumbem mais do que as regras –, certo é que os princípios são normas, ou seja, são entes de natureza deontológica e regulam (normas regulativas) ou constituem algo (normas constitutivas)<sup>57</sup>. Nesse sentido, ensina GILMAR MENDES que: “Ambos [regras e princípios] se valem de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina-se algo), a permissão (faculta-se algo) e a proibição

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, 2002.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert; *et al.* *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Editora Forense, 2014, pp. 5 ss.

<sup>54</sup> Sobre essas perspectivas das normas segundo Dworkin e Alexy: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 16ª Edição 2021*. Edição do Kindle, 2021, pp. 1953 e ss.

<sup>55</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*. Tese (Doutoramento em Direito - Ciências jurídico-políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014, pp. 135 ss.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 4.

(veda-se algo).”<sup>58</sup>. Enquanto normas, os princípios devem – ainda que se diga que *prima facie* – ser cumpridos<sup>59</sup>. Cumpridos e otimizados, repita-se: na maior medida possível.

O direito dos pais sobre a educação dos filhos é a rigor, um princípio, que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser extraído, como se verá adiante, da previsão constitucional da liberdade de aprender – pois, como há de ser esclarecido, a liberdade de aprender dos filhos é, em determinada fase da vida, *representada* pela liberdade dos pais de escolher, prioritariamente, os *moldes* dessa educação – e, mais especificamente, de previsões expressas de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário (de *status* supralegal); ademais, também de previsão expressa do Estatuto da criança e do adolescente, que integra o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro.

Com efeito, não se pode dizer que o direito dos pais sobre a educação dos filhos tem uma previsão tão enxuta quanto a de uma regra; ao contrário, tem previsão genérica. O direito dos pais sobre a educação dos filhos, optando pelo melhor modelo e transmitindo-lhes seus valores morais e religiosos (ou arreligiosos), pode-se dar na escolha da educação doméstica, de uma escola particular ou da educação institucional pública; sob o outro aspecto, pode-se dar na escolha, por exemplo, da transmissão da moral cristã ou, de outro modo, na de uma educação anticristã ou simplesmente arreligiosa. A gama de possibilidades de exercício desse direito fundamental é imensa.

A categorização desse direito como princípio é, com efeito, muito pela sua posição de direito fundamental. Como alerta JORGE MIRANDA, “O regime dos direitos fundamentais consiste, pois, num conjunto de princípios, complementados por algumas regras.”<sup>60</sup>. Desta feita, resta saber como melhor otimizar a norma-princípio do direito dos pais sobre a educação dos filhos.

### **1.7: Do papel do Estado na educação e do princípio da subsidiariedade**

É equivocada a interpretação sobre a Constituição Federal brasileira, especificamente na previsão de que assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a educação “É dever da família, da sociedade e do Estado”, de que há *solidariedade* entre família, sociedade e Estado no que diz respeito ao *direito* sobre o *tipo* de educação a ser dada ou sobre a *carga axiológica*

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 1925-1927.

<sup>59</sup> ALEXY, Robert; *et al. Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Op. cit.*

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed., Almedina, 2017, p. 262.

dessa educação. Definitivamente não é isso que diz a Constituição; o que a Lei maior prevê, em claro português, é a concorrência dessas três figuras sobre o *dever* de educar. Grosso modo, o *dever* de educar é da família, da sociedade e do Estado, mas o *direito* de educar é dos pais<sup>61</sup>. (Isto está de acordo com a sobredita previsão expressa da Declaração Universal dos Direitos do Homem de que os pais têm *prioridade* na escolha do gênero da educação que será dada aos seus filhos; artigo 26, n.º 3).

Desse modo, é possível, sim, falar em *subsidiariedade*, isto é, há de se observar uma *ordem de prevalência*: a sociedade, através das *instituições sociais* – as quais, tal como a família são pré-políticas<sup>62</sup> –, fica obrigada a garantir a educação das crianças desde que não o possa fazer a família; e, por fim, o Estado deve assumir tal obrigação caso não o possam a família e a sociedade. Nessa linha, esclarece ANDRÉ G. FERNANDES que os grupos sociais autônomos, e em primeiro lugar as famílias, em especial no que diz respeito à educação das crianças, devem ser favorecidos; e completa: “(...) a família é um sujeito mais do que outras instituições sociais. É mais do que a nação, o Estado, a sociedade e os organismos internacionais. Essas sociedades, especialmente as nações, gozam de sua subjetividade na medida em que a recebem dos indivíduos e de suas famílias.”<sup>63</sup>.

A Constituição brasileira prevê que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (Artigo 226)<sup>64</sup>. Como defende GILMAR MENDES, deve-se utilizar as Constituições de mesma tradição como guia interpretativo: “os textos constitucionais de língua portuguesa são ‘importante objeto de estudo’, visto que ‘é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe’”<sup>65</sup>. Portanto, é de se observar que a Constituição de Portugal tem também essa previsão geral de proteção, mas, em seguida, vai além: “Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: Cooperar com os pais na educação dos filhos;” (Artigo 67º, 2, c<sup>66</sup>). Com efeito, no que alcança à educação dos filhos, é assim que a *especial proteção do Estado* deve ser interpretada

---

<sup>61</sup> Nesse sentido, este autor, em artigo destinado à análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da constitucionalidade de educação domiciliar: “Portanto, no que se refere à dita solidariedade, na linha do que está literalmente previsto na Carta Magna, há um *dever* solidário entre Estado, família e sociedade para com a educação dos filhos. Esse dever não se confunde, todavia, com o *direito* unicamente das famílias sobre a educação de seus filhos: é da família tal *primazia*.” (ALVES, Igor Costa. *Homeschooling: mera possibilidade ou liberdade fundamental? Uma análise jurídica do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 888.815 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista JusLogos, ano I, 2021, nº 1, p. 80.).

<sup>62</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2017, *op. cit.*, p. 489.

<sup>66</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

também na Constituição brasileira: não subtraindo dos pais o direito fundamental de escolher o gênero ou a carga axiológica da educação dada aos filhos, mas, sim, *cooperando* com eles na educação dos filhos, isto é, oferecendo as condições para que essa *liberdade de educar* dos pais – que existe em face da *liberdade de aprender dos filhos* – se dê da forma mais *efetiva* possível.

De mais a mais, repise-se, a liberdade de aprender dos filhos – liberdade expressamente prevista na Constituição brasileira: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;” (artigo 206, II)<sup>67</sup> – é, em determinada fase da vida representada por seus pais. Como ensina PAULO ADRAGÃO: “Daí que a liberdade de aprender se analise – como refere Sousa Franco – no direito de escolha da educação pretendida pelo próprio educando ou, representativamente, pelos seus pais, enquanto menor.”<sup>68</sup>.

Assim, a interpretação, com base na norma da Constituição do Brasil que prevê a obrigatoriedade do Estado de garantir a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;” (art. 208, I)<sup>69</sup>, de que o Estado está em pé de igualdade com os pais no que tange à determinação do modelo e da carga axiológica da educação a ser dada às crianças e adolescentes, é inconstitucional também em face do princípio da subsidiariedade.

FRANCISCO DUARTE e ISABELLA NACLE esclarecem a etimologia do termo subsidiariedade: “provém do latim, *subsidiarius*, que na linguagem vulgar, significa ajuda, reforço, estímulo, encorajamento, supletivo ou que vem em segundo lugar.”<sup>70</sup>. Ensinam os autores que esse princípio rege a ação do Estado, com vistas a *equilibrar* a relação Estado-indivíduo; que o Estado, não só nas demandas de caráter econômico, mas também nas de *caráter social*, só atua quando não o podem fazer a sociedade e o indivíduo<sup>71</sup>. Aduzem que há de se reconhecer a posição de protagonista do indivíduo enquanto “elemento principal do Estado”; e concluem: “devem ser promovidas políticas públicas que estimulem a participação da sociedade em conjunto com o setor público, buscando atingir o equilíbrio tão sonhado.”<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>68</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>70</sup> DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. *Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal*. Florianópolis: Revista Sequência, n. 68, 2014, p. 93.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 104.

Nessa linha, a tratar especificamente sobre a questão de *caráter social* da educação, o jurista brasileiro ALEXANDRE MAGNO ensina que “Havendo a possibilidade de os indivíduos e as associações voluntárias, como a família, proverem direitos fundamentais, a atuação estatal dependerá do consentimento destes e terá sempre um caráter auxiliar e assistencial.”<sup>73</sup>.

Ademais, como já referido, a Constituição portuguesa há de ser utilizada como guia interpretativo da Carta Magna brasileira. Nesse desiderato, deve-se atentar novamente à previsão constitucional lusitana da incumbência do Estado de *cooperar com os pais*; não de os substituir, não de concorrer com eles em situação de igualdade na escolha do tipo de educação a ser dada às crianças e adolescentes, mas *cooperar*. JORGE MIRANDA, ao mencionar esse dispositivo constitucional em sua obra sobre direitos fundamentais, afirma que ele está relacionado ao *princípio da iniciativa social*<sup>74</sup>.

Na Constituição de Portugal há, inclusive, previsão semelhante à do Brasil no que tange ao dever do Estado de garantir educação básica: “Na realização da política de ensino incumbe ao Estado: Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;” (artigo 74º, 2, a)<sup>75</sup>. A Constituição brasileira, ao trazer a mesma previsão, prenuncia, em seu artigo 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:”<sup>76</sup>. Ou seja, uma fala em *assegurar*; a outra em *garantir*. Ora, nenhum desses verbos leva à conclusão de concorrência do Estado com os pais, que, como demonstrado, são os legítimos detentores do direito sobre a educação dos filhos; ao contrário, tais expressões induzem *cooperação*: assegurar e garantir a educação, isto é, não permitir, em qualquer hipótese, que crianças e adolescentes sejam privados da educação básica; contudo, se, em primeiro lugar, os pais – esta *primordialidade* decorre, como visto, do direito natural e das previsões dos inúmeros diplomas de direitos fundamentais do direito dos pais sobre a educação dos próprios filhos –, através de iniciativas como a educação domiciliar e, em segundo, a sociedade, por meio de iniciativas como as escolas privadas, já o fazem, não há, portanto, que falar em intervenção do Estado para assegurar o que já está assegurado. Noutras palavras, a concorrência entre Estado, sociedade e família na educação implica, ao fim e ao cabo, subsidiariedade e não solidariedade.

Nessa esteira, PAULO ADRAGÃO traz, textualmente, um trecho da obra de SOUSA FRANCO: “a liberdade de ensino pressupõe a conjugação de duas atitudes do Estado: uma de simples respeito e abstenção; outra de promoção e apoio”, e completa o próprio

<sup>73</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>74</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 264.

<sup>75</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>76</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

constitucionalista português: “através da criação de condições de exercício.”<sup>77</sup>. Condições de exercício: fala-se bastante na imperiosidade de fiscalização do Estado sobre a educação prestada pela família ou pela sociedade, todavia, essa participação estatal na educação, na verdade, é precipuamente o oferecimento das condições de exercício. Nesse sentido, Paulo Adragão, ao comentar a Encíclica *Divini Illius Magistri* – que trata do tema em apreço –, promulgada pelo Papa Pio XI da Igreja Católica, esclarece<sup>78</sup>:

(...) as funções do Estado reconduzir-se-ão à tutela da ordem jurídica e ao desenvolvimento do bem-estar social que – por sua vez – se concretiza, no que respeita à educação em três aspectos distintos: *proteger e promover* a iniciativa e a actividade das outras instituições educativas; *suprir e complementar* os espaços por eles deixados em aberto; e, quer duma forma quer doutra, *não absorver* a actividade educativa.

De mais a mais, o Estado deve respeitar a autoridade primária dos pais, que é, como já referido, pré-estatal. Não deve o Estado, nesse sentido, ter uma postura *policialesca* em relação aos pais. Deve, sim, intervir, às vezes energicamente, quando há clara desídia dos pais, como afirma CARLOS XAVIER: “Somente quando os pais claramente deixam de cumprir suas obrigações de maneira séria – i. e., casos de abuso e negligência – o Estado pode intervir direta e coercitivamente em nome da criança.”<sup>79</sup>. Afora isso, “(...) o Estado deve ser deferente aos pais, especialmente quando estes afirmam de forma plausível que estão agindo em prol do bem-estar da criança, e deve buscar a forma menos intrusiva de intervenção possível (...)”<sup>80</sup>.

## **CAPÍTULO 2: Dos direitos fundamentais e da educação**

### **2.1: Dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão**

Neste subcapítulo, serão introduzidos os direitos relacionados à educação de acordo com a teoria evolutiva dos direitos fundamentais.

<sup>77</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Op. cit., 230.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>79</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. Op. cit., pp. 69-70.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 70.

### 2.1.1: Dos direitos de primeira dimensão

A ideia de direitos fundamentais está profundamente imbricada na de direitos inatos ao homem. Nesse sentido, as primeiras cartas modernas de direitos fundamentais, datadas do século XVIII: primeiro, nos Estados Unidos da América, a Declaração de Direitos da Virgínia, 1776 (artigo 1º): “Todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, entre os quais o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar obter felicidade e segurança.”<sup>81</sup>; depois, na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (artigo 1º) “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundamentadas senão sobre a utilidade comum.”<sup>82</sup>.

Esses direitos inatos, pertencentes aos seres humanos tão somente por ostentarem tal condição, não são inaugurados nas revoluções setecentistas através das ideias iluministas; pelo contrário, como esclarece JORGE MIRANDA<sup>83</sup>:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

O iluminismo e as Constituições modernas, portanto, não são os inventores da ideia de dignidade da pessoa humana, tal como explica o supracitado autor: “Apesar de subjacente às conceções religiosas e filosóficas do homem criado à imagem de Deus, vindas de muito longe, só nos finais do século XVIII, aquando do aparecimento das primeiras Constituições modernas, ela seria explicitada por Kant.”<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração de Direitos de Virgínia, 1776.

<sup>82</sup> FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

<sup>83</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>84</sup> *Ibidem.*, p. 73.

Além disso, costuma-se associar o mistério da encarnação com essa dignidade da pessoa humana: se Deus fez-se homem para redimir a espécie humana não há como negá-la essa alta dignidade, como esclarece GILMAR MENDES<sup>85</sup>:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensinar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.

Com efeito, a *dignidade da pessoa humana* e todos os demais direitos que a orbitam são reconhecidos, em primeiro lugar, com o advento do cristianismo. GILMAR MENDES, ao proferir voto na ADI 4439, julgada pelo STF, afirma: “A história do Estado brasileiro está fortemente marcada pela influência cristã, assim como praticamente toda civilização ocidental e os países democráticos”<sup>86</sup>. Também nessa linha, para JONATAS MACHADO, são os princípios de raiz cristã que estão na base do que se tem hoje por direitos humanos<sup>87</sup>.

De qualquer sorte, são com as revoluções setecentistas, quais sejam, a americana e a francesa, que surgem as primeiras declarações modernas desses direitos inatos. Trata-se do que se considera a primeira fase evolutiva dos direitos fundamentais – direitos de primeira dimensão<sup>88</sup>.

JORGE PEREIRA defende que, de uma perspectiva estrutural, os direitos de primeira dimensão são os de defesa do indivíduo contra o Estado<sup>89</sup>. Nesta etapa, conforme ensina JORGE MIRADA, “era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político e econômico) que

---

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 3183-3185.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 27/09/17. STF, 2017.

<sup>87</sup> MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Op. cit.* Ressalte-se que o termo “direitos humanos” é, a rigor, coincidente com “direitos fundamentais”, mas em linguagem de direito internacional: “Já em Direito internacional continuam a prevalecer os termos direitos humanos ou proteção internacional da pessoa humana – em parte, por assim ficar mais clara a atinência aos seres humanos, e não aos Estados.” (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 13).

<sup>88</sup> O termo dimensão, ao invés de geração, contribui para que não haja o equívoco interpretativo de considerar que a fase evolutiva seguinte de direitos fundamentais revoga a anterior. Afinal, ao contrário disso, cada uma das etapas evolutivas acresce, mas não revoga, o que se tinha antes. A interpretação equivocada induzida pelo termo “geração” é o que Jorge Miranda chama de “*sucessão de categorias de direitos*”; ao invés disso, a exegese correta, ensina o autor, é a que contempla “*um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades*.” (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 29).

<sup>89</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 37-38.

prevalecia em todas as Constituições e Declarações;”<sup>90</sup>. Nesta fase, o realce é à liberdade; não há falar, aqui, ainda, em intervenções positivas do Estado, mas, sim, em uma *perspectiva negativa*: a abstenção de interferência do Estado no livre exercício dos direitos fundamentais.

Esta primeira fase é marcada por uma *absolutização da liberdade* – liberalismo – em detrimento de outros princípios, como, notadamente, a igualdade; eis a razão pela qual se afirma frequentemente que “São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais”<sup>91</sup>. Para GILMAR MENDES, “O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado”<sup>92</sup>. MARIANO FAZIO, em sua obra de História das Ideias, expõe a base teórica do liberalismo, qual seja, uma “antropologia que girava em volta de uma concepção da natureza humana de caráter individualista.”<sup>93</sup>; e completa: “A liberdade da criatura absolutizada, volta-se contra si própria, e converte-se num totalitarismo ideológico em nome de uma liberdade, que não é respeitada, quando se pensa de modo diferente.”<sup>94</sup>. Com efeito, por essas razões, o liberalismo setecentista não deu espaço nem solução às questões sociais.

Na defesa de uma justa abstenção do Estado em interferir na liberdade dos indivíduos de viver, entra em questão a neutralidade do Estado. PAULO OTERO, entretanto, ensina que não é possível ao Estado ser efetivamente neutro, pois sua atuação há de ser sempre guiada por uma ou outra mundividência; o entendimento de que o Estado deve estar imerso no que o autor chama de “vazio axiológico” já é, com efeito, uma concepção moral de cunho individualista<sup>95</sup>. E prossegue o autor: “o Estado tem sempre uma visão moral que procura conformar a sociedade: o Estado nunca é neutro. (...) parafraseando Santo Agostinho, se o Estado for axiologicamente neutro, então nada o diferenciará de uma quadrilha de malfeitores.”<sup>96</sup>.

Igualmente a reconhecer a impossibilidade de neutralidade absoluta do Estado, ALEXANDRE MAGNO pontua que, em questões morais, todavia, o Estado deve buscar a maior neutralidade possível: “é indisputável que todo sistema político fundado na dignidade da pessoa

<sup>90</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, p. 3209.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 3210.

<sup>93</sup> FAZIO, Mariano. *Fundamentos da Cultura Contemporânea*. Tradução Tadeu Duarte Barros dos Santos Duarte. 3ª ed. Lisboa: Moinho Velho, 2014, p. 109.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>95</sup> OTERO, Paulo. *Eutanásia, constituição e deontologia médica*. 1ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 84. Prossegue o autor: “*Tudo pela vontade individual, nada contra a vontade individual*’ traduzirá uma nova forma de totalitarismo proveniente de um individualismo libertário e radical, paradoxalmente marginalizador da componente social ou comunitária da natureza humana – cada ser humano é um simples ‘eu’, uma ilha sem arquipélago, nem continente.”

<sup>96</sup> *Ibidem*.

humana e, como consequência, na autonomia individual, deve caminhar rumo à postura mais neutra possível em questões morais.”<sup>97</sup>.

### 2.1.2: Dos direitos de segunda dimensão

Os direitos fundamentais, como referido, foram inicialmente positivados no século XVIII. À partida, tais direitos estavam intimamente relacionados aos direitos inatos ao homem, que têm por influência a herança axiológica cristã<sup>98</sup>. Nas primeiras declarações de direitos dessa primeira fase evolutiva, contemplou-se essencialmente os direitos de liberdade; equivale a dizer: negativos, *de defesa*, isto é, de abstenção do Estado em interferir na liberdade dos indivíduos. Esses direitos de *cariz individualista*, ensina JORGE MIRANDA, “podem resumir-se num direito geral de liberdade”<sup>99</sup>.

Como aludido, essa primeira etapa evolutiva dos direitos fundamentais, a pretexto de exaltar a liberdade, descambou no liberalismo: absolutização da liberdade. Essa ideia de direitos fundamentais não abarcava, portanto, as questões que transcendem a esfera individual. Nesse contexto, nos séculos seguintes, nomeadamente os XIX e XX, desponta a segunda fase evolutiva dos direitos fundamentais: a dos direitos sociais. Trata-se da *segunda dimensão* dos direitos fundamentais<sup>100</sup>, normalmente associados ao advento da positivação dos direitos económicos, sociais e culturais<sup>101</sup>.

Não se trata mais apenas da abstenção do Estado, mas também da prestação; por isto, também se pode dizer, em contraposição à classificação anterior, direitos *de prestação*. Tais prestações são, nas explicações de JORGE PEREIRA, fáticas e jurídicas<sup>102</sup>, ou, nas de GILMAR MENDES, materiais e normativas<sup>103</sup>. Sobre o tema, ensina ROBERT ALEXY<sup>104</sup>:

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa.

<sup>97</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>98</sup> MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Op. cit.*, pp. 42 e ss.

<sup>99</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 31.

<sup>100</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*

<sup>101</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 363.

<sup>102</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, p. 16803 e ss.

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. Coleção Teoria & Direito Público: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 201-202.

Trata-se de um direito a uma prestação *fática* quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades. (...)”

Direitos a prestações normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro – algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal –, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie.

Com efeito, esta fase, nos ensinamentos de JORGE MIRANDA, pode ser resumida num *direito geral de igualdade*<sup>105</sup>.

Em tal contexto, é constantemente lembrada a Constituição alemã de Weimar, de 1919, como carta constitucional pioneira na previsão de direitos econômicos e sociais, a qual, inclusive, influenciou a Constituição brasileira de 1934<sup>106</sup>. Além disso, é justo registrar que o termo “direitos fundamentais” foi primeiramente cravado na Constituição de Weimar, pois, antes, falava-se em “direitos e garantias individuais”. Com efeito, em Portugal, o termo “direitos fundamentais” só veio a ser adotado na Constituição de 1976; no Brasil, na de 1988, ou seja, as últimas e vigentes cartas constitucionais desses dois países<sup>107</sup>.

### **2.1.3: Da diversidade estrutural dos direitos fundamentais e do direito à educação**

Em geral, um direito, seja social ou de liberdade, tem mais de uma posição jurídica. Assim, sob certo aspecto, todos os direitos são positivos e negativos<sup>108</sup>. Os direitos de liberdade têm, no seu núcleo, posições jurídicas que implicam a abstenção do Estado; mas, perifericamente, têm posições jurídicas que exigem, ao invés, prestações estatais. Da mesma maneira, os direitos sociais, que, em seu núcleo, exigem prestações do Estado, têm também posições jurídicas que só dizem respeito à abstenção estatal<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, p. 2486 e ss.

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 13.

<sup>108</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>109</sup> *Ibidem.*

A título de exemplo, ROBERT ALEXY, tratando da Constituição alemã, esclarece que o direito à vida, originalmente direito de liberdade ou de defesa – pré-estatal, portanto –, possui um *sentido negativo*, qual seja, o de o Estado se abster de atentar contra a vida dos indivíduos, o que autor, citando o Tribunal Constitucional Alemão, coloca como vedação ao “homicídio estatalmente organizado”<sup>110</sup>; mas, de outro lado, tem também um sentido positivo, pois o Estado tem de “proteger e fomentar a vida” e “protegê-la contra intervenções ilegais por parte de terceiros”<sup>111</sup>.

GILMAR MENDES, quando enfrenta a questão, identifica uma *índole ambivalente dos direitos fundamentais*<sup>112</sup>. Explica o autor: “É possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação.”<sup>113</sup>; neste último caso, cita como exemplo a proibição dos poderes legiferantes legislarem contra os direitos sociais previstos na Constituição.

Também nessa linha, MIGUEL RAIMUNDO<sup>114</sup>:

É hoje reconhecido que o que habitualmente se designa, de modo unitário, como certo <<direito>>, constitui, normalmente, um feixe de posições jurídicas, algumas exigindo abstenções por parte do Estado (desse modo criando o espaço de auto-determinação típico das liberdades), e outras, exigindo do Estado que satisfaça ele próprio, ou crie condições para que se satisfaçam, direitos a prestações concretas, de cariz positivo.

Este último autor, ao tratar do tema, o faz a propósito da previsão constante do art. 2º, do Protocolo Adicional, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que, como supratranscrito, prevê que o Estado, no exercício de suas funções no âmbito da educação, *respeitará* o direito dos pais de assegurar aos filhos uma educação conforme as suas convicções filosóficas e religiosas<sup>115</sup>.

Assim, o direito dos pais sobre a educação dos filhos que, à partida, é um direito de defesa contra o Estado, exige, por outro lado, prestações estatais em algumas circunstâncias.

---

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. Coleção Teoria & Direito Público: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 195.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 16803 e ss.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in *PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2211.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

Isto ocorre, claramente, na educação dada diretamente pelo Estado, ou seja, nas escolas públicas, nas quais, quando se propõe o fornecimento da educação completa, isto é, a que adentra aos âmbitos da filosofia, da moral e da religião, deve-se fazê-lo conforme as convicções de cada núcleo familiar. Esta tarefa, nada simples, depende de prestações do Estado.

MIGUEL RAIMUNDO, nesse sentido, levanta a questão de que tal direito pode ser violado pela *vertente negativa* (que é a nuclear), isto é, pelo desrespeito da obrigação de não dar conteúdo dissonante das convicções dos pais (direito dos pais de dar aos filhos tal educação sem serem atrapalhados); ou pela *vertente positiva*: por se deixar de dar o conteúdo conforme as convicções dos pais, deixando, assim, de se concretizar o referido direito fundamental dos pais (direito dos pais a que seus filhos recebam tal educação)<sup>116</sup>. Nada obstante, como já referido no primeiro capítulo, a *vertente positiva*, no caso em comento, também se caracteriza pela obrigação estatal de garantir aos pais as *condições de exercício* de seu direito sobre a educação dos filhos<sup>117</sup>. Exemplo gráfico dessa obrigação é o dever estatal de garantir os meios necessários às famílias que optam pela prática da educação doméstica (*homeschooling*).

O direito à educação também exemplifica bem a diversidade estrutural dos direitos fundamentais, afinal à partida, é um direito social: depende de prestações fáticas e normativas do Estado destinadas ao provimento da educação<sup>118</sup>. Todavia, várias de suas posições jurídicas são direito de liberdade. No Brasil, a Constituição traz, de forma expressa, algumas dessas posições jurídicas oriundas do direito à educação, que, com efeito, são liberdades, a exemplo das liberdades de aprender e ensinar (art. 206, II)<sup>119</sup>.

#### **2.1.4: Da tensão entre igualdade e liberdade e do princípio da proporcionalidade**

Igualdade e liberdade são dois conceitos em *tensão* nessas duas primeiras etapas evolutivas dos direitos fundamentais. Acerca disso, elucida JORGE MIRANDA que<sup>120</sup>:

Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 2223.

<sup>117</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, 230.

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 1866 e ss.

<sup>119</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>120</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 286.

a par, uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e da liberdade política.

Com efeito, na primeira fase evolutiva dos direitos fundamentais, em que despontam os direitos negativos, a liberdade está em destaque, porém, a igualdade não está esquecida; na verdade, está presente, mas significa essencialmente a *igualdade de todos perante a lei*, apenas; não uma igualdade *real* ou *de fato*. Como os direitos sociais surgem nessa atmosfera de resolver o problema das desigualdades sociais, não basta mais a igualdade *abstrata*; por isto, na segunda dimensão dos direitos fundamentais, fala-se em igualdade *concreta*<sup>121</sup>. Nas palavras de GOMES CANOTILHO, nesta segunda dimensão dos direitos fundamentais, não se trata mais da concepção de igualdade enquanto, simplesmente, *proibição do arbítrio*, mas como *igualdade de oportunidades*<sup>122</sup>.

De igual modo, na segunda fase, não é porque a igualdade está em evidência que se exclui a liberdade. Recorde-se que é justamente por isso que é preferível a utilização do termo “dimensão” ao invés de “geração”: este pode dar a ideia de uma superação dos direitos da fase evolutiva anterior; aquele, ao contrário, remete a complementação, a acúmulo, ou, nos já mencionados termos de JORGE MIRANDA, a *enriquecimento*<sup>123</sup>. Assim, o advento do direito geral de igualdade da segunda dimensão dos direitos fundamentais não revoga o direito geral de liberdade antes contemplado; em vez disso, complementam-se.

Com efeito, a liberdade, a partir da segunda fase evolutiva, não é, igualmente, apenas a liberdade abstrata, mas concreta; isto implica, não a abstenção, mas a intervenção (prestação) do Estado, seja de natureza *fática* ou *normativa*, para que os indivíduos tenham *liberdade de fato* e não apenas uma liberdade jurídica, isto é, meramente segundo a lei. Nesse sentido, JORGE MIRANDA<sup>124</sup>:

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, a igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para a ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a

---

<sup>121</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 74 e ss.

<sup>122</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 382.

<sup>123</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 29.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 31.

liberdade do outro; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situado.

A concretização da liberdade, todavia, apenas complementa a concepção anterior de liberdade jurídica, quer dizer: a liberdade como *concreta liberdade de agir* não autoriza o Estado, ao promovê-la através das devidas *prestações*, a ignorar o *direito geral de liberdade dos indivíduos*. Nessa segunda etapa evolutiva, a ênfase dada à igualdade não significa a perda de liberdade; o problema do individualismo, sintomático da primeira fase evolutiva, marcada pela cegueira em relação aos direitos sociais, não justifica, entretanto, a revogação dos direitos de liberdade<sup>125</sup>.

A igualdade vem a título de complementação da liberdade, que deixa de ser meramente *liberdade abstrata* e passa a ser *liberdade concreta*; e isto envolve não apenas uma postura passiva (abstenção) do Estado – o que não significa que tal postura passiva de existir e de ser imperiosa e muitos casos –, mas reclama sua postura ativa (prestações fáticas e normativas) em tantos outros<sup>126</sup>.

Nada obstante, o risco de subtrair a liberdade sob o pretexto de garantir a igualdade, ou o bem comum<sup>127</sup>, é a prova da tensão prenunciada no início deste subcapítulo. Numa situação ideal, liberdade e igualdade complementam-se harmoniosamente; fora dessa situação, estão numa tensão, que deve ser aliviada em prol da *maior harmonia possível*. A propósito, vale a observação de CARLOS XAVIER de que<sup>128</sup>:

(...) ao estabelecer políticas em busca desse importante aspecto do bem comum – assim como no estabelecimento de políticas voltadas à busca de qualquer aspecto do bem comum – o Estado deve evitar violações dos direitos individuais sempre que possível. Além disso, esta não é simplesmente uma restrição ad hoc à busca do bem comum. Pois sendo o bem de cada indivíduo uma parte constitutiva do bem comum da comunidade, a proteção dos direitos individuais está, na medida em que esses direitos são sérios e fundamentais, no cerne mesmo do próprio bem comum. Portanto, uma política que visa à manutenção da ordem pública a curto ou longo prazo, simplesmente falha em

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, pp. 32 e ss.

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, p. 16803 e ss.

<sup>127</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, pp. 70 e ss.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 71.

promover o bem comum se o faz à custa de uma violação desnecessária dos direitos individuais.

A *igualdade sem liberdade* é verdadeira distorção dos direitos afirmados na segunda etapa evolutiva dos direitos fundamentais. A concepção de subtração desnecessária das liberdades individuais em prol de promover o bem comum e vencer as desigualdades sociais implica a adulteração do espírito dessa fase evolutiva<sup>129</sup>. A felicidade e o *direito à felicidade* são constantemente relacionados à segunda dimensão dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, são também o *cavalo de Troia* para a implantação de regimes totalitários, os quais, sob a promessa de garantir a igualdade entre todos e, ao mesmo tempo, a felicidade de todos, impõem a sua própria ideologia em detrimento das liberdades de cada um, inclusivamente das liberdades de consciência. Nesse cenário, elucida JORGE MIRANDA<sup>130</sup>:

E, sobretudo, há que recordar a prática dos regimes totalitários visando identificar a felicidade de indivíduos com as suas próprias concepções ideológicas e, mesmo o risco na nossa época, de correntes, formações sociais ou partidos diversos propenderem para um paternalismo justamente nos antípodas do respeito da liberdade individual.

A distorção que ora se aponta é manifestamente contrária à essência dos direitos fundamentais, pois, se, de um lado, não se pode falar em direitos fundamentais sem que os indivíduos estejam submetidos a um regime político, também não se pode concebê-los num quadro de eliminação de autonomia das pessoas: não existem direitos fundamentais em regimes totalitários<sup>131</sup>.

Essa harmonização entre igualdade e liberdade, à evidência, algumas vezes vai implicar sacrifícios dos direitos de liberdade, outras, dos direitos de prestação. Há desproporcionalidade na situação de *igualdade sem liberdade*, mas também há na situação de *absolutização da liberdade*. Há de haver equilíbrio, harmonia: isso está relacionado à aplicação do *princípio da proporcionalidade*.

---

<sup>129</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 31.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 12.

A proporcionalidade vai além do direito: “é conatural às relações entre pessoas: a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça.”<sup>132</sup>. Nesse sentido, JORGE MIRANDA, recorrendo aos ensinamentos de ARISTÓTELES em *Ética a Nicómaco*, assinala que “A justiça é uma espécie de proporção”<sup>133</sup>. Portanto, a ideia de proporcionalidade atinge todas as esferas do direito, inclusive a do direito constitucional. Nesse contexto, JORGE MIRANDA ensina<sup>134</sup>:

O apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática (para empregar a terminologia habitual, embora nem sempre usada nas mesmas acepções).

Com efeito, o princípio da proporcionalidade é “um princípio geral inerente ao Estado de Direito democrático.”<sup>135</sup>.

Ademais, observa GILMAR MENDES acerca do princípio da proporcionalidade: “é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito.”<sup>136</sup>. Desse modo, a aplicação dos direitos fundamentais, notadamente o sopesamento entre igualdade e liberdade, por *qualquer dos poderes*, deve observar a proporcionalidade<sup>137</sup>.

A proporcionalidade vem à tona na colisão entre igualdade e liberdade porque está intimamente ligada aos direitos fundamentais, em especial às normas direito fundamental principiológicas. Tais normas, como já elucidado, entram em conflito e exigem sopesamento com frequência<sup>138</sup>. A título de exemplo, esse sopesamento é feito pelos poderes legiferantes quando da elaboração das leis; posteriormente, podem ser levadas ao controle do poder judiciário que há de verificar se tal sopesamento foi feito em harmonia com os valores constitucionais ou se, de outro modo, não foram, situação em que o poder judiciário corrige a conjuntura de determinado princípio jurídico que está, em determinada legislação, *protegido*

---

<sup>132</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 323.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 325.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 330.

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 5073-5075.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. Coleção Teoria & Direito Público: *Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit.*, pp. 116 e ss.

*em excesso* ou *insuficientemente*<sup>139</sup>. Evidentemente, tal controle do poder judiciário há de respeitar a devida margem de conformação legislativa, sob pena de violação da separação dos poderes<sup>140</sup>.

Cabe salientar, além disso, que o exame de proporcionalidade, segundo ROBERT ALEXY, cuja obra é constantemente utilizada como parâmetro de ponderação de direitos pelo STF do Brasil, tem três fases, quais sejam (partindo-se, na linha do parágrafo anterior, do exemplo das leis), a (i) da *adequação*, se determinada lei é adequada à realização de determinado princípio que a justifica; (ii) da *necessidade*, se determinada lei não agride de modo desnecessário um determinado princípio jurídico para garantir um outro, isto é, se não há um meio menos gravoso realização do fim que visa atingir; por fim, (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, o sopesamento de princípios jurídicos propriamente dito, que, segundo ROBERT ALEXY, pode ser expressa na máxima: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”<sup>141</sup>.

### 2.1.5: Das ideologias e dos Estados totalitários

O igualitarismo é uma distorção da igualdade. A igualdade é um conceito intimamente relacionado ao de justiça: é dar a cada um o que lhe é devido de maneira igual, sem acepção de pessoas por quaisquer razões. Todavia, como afirma JAVIER HERVADA, “La igualdad de la justicia no es la igualdad a la que aspiran los políticos igualitaristas.”<sup>142</sup>. O igualitarismo fere a justiça: não objetiva dar a cada um o que seu de maneira igual, mas busca dar o igual a todos, isto é, tratar a todos de forma igual, ignorando suas diferenças. O certo, entretanto, é, nos ensinamentos do referido autor: “A todos se trata igual, porque a todos se da lo que les corresponde.”<sup>143</sup>.

Essas distorções dos direitos de segunda dimensão, que podem ser explicadas pela *substituição* da igualdade pelo igualitarismo, desaguaram nos Estados totalitários do século XX, nomeadamente o comunista (ou socialista, ou marxista), na União Soviética, o fascista, na Itália, e o nazista, na Alemanha, com a forte característica do *monismo ideológico*: tais Estados eram fechados a qualquer outra ideologia que não a de seus respectivos ditadores<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 5281-5282.

<sup>140</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.*, p. 187 e ss.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. Coleção Teoria & Direito Público: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 593.

<sup>142</sup> HERVADA, Javier. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>144</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. *Op. cit.*, pp. 84 e ss.

A *liberdade de religião* foi significativamente violada em tal contexto histórico, em especial no marxismo. O comunismo soviético é, inclusive, considerado um dos maiores alçôres da liberdade de religião da história<sup>145</sup>; isto porque, em tais circunstâncias, tinha-se uma visão antropológica amputada homem: a supressão da parte transcendental de sua existência em prol da redução de tudo aos aspectos meramente materiais: a redução do homem a *homo oeconomicus*<sup>146</sup>. Conforme explica MARIANO FAZIO, “Não é que não exista qualquer lugar para Deus na sociedade socialista: na sociedade socialista, não existe espaço para colocar-se a questão de Deus.”<sup>147</sup>.

Nesse sentido, a ideologia comunista toca a absolutização da liberdade – que foi o equívoco da primeira dimensão dos direitos fundamentais –, no que MARIANO FAZIO chama de reducionismo *immanentista* (termo que se opõe, no raciocínio do autor, a *transcendental*). Tal reducionismo, na primeira fase evolutiva dos direitos fundamentais, está expresso no capitalismo selvagem e na autonomia e liberdade do ser humano consideradas como se absolutas fossem; na segunda fase, está expresso na ideia de uma igualdade forçada entre os homens, destinada a resolver os problemas econômico-sociais, como tais fossem o verdadeiro e único problema da humanidade. Em ambos os casos o materialismo invade o lugar do transcendental<sup>148</sup>.

O ser humano, todavia, por natureza, não é materialista – sem prejuízo de todas as suas dimensões materiais, que não são de pouca importância –, mas, ao contrário, é ontologicamente *voltado ao transcendente*. Por tal razão, a religião é atividade propriamente humana; prova disso, como bem observa PAULO ADRAGÃO, é que em pesquisas arqueológicas, os vestígios de ritual religioso marcam a presença humana<sup>149</sup>. Por conseguinte, a questão religiosa é fundamental para homem, que não só é um ser político, mas também religioso<sup>150</sup>. De mais a mais, a liberdade religiosa, na mesma linha das outras liberdades fundamentais, é anterior ao Estado, pelo que não pode ser suprimida por ele<sup>151</sup>.

Essa supressão, por assim dizer, foi a *regra* nos Estados totalitários do século XX, mas deve-se fazer a ressalva de que, no Estado total, não há propriamente a supressão do elemento transcendente da vida humana; o que de fato há é a substituição desse elemento por outro

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>146</sup> FAZIO, Mariano. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 160 e ss.

<sup>149</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. Almedina, 2012, pp. 10 e ss.

<sup>150</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>151</sup> *Ibidem*, pp. 15 e ss.

imane, mas com ares de transcendência<sup>152</sup>. É por isso que os Estados totalitários são marcados pelo desabrochamento de uma *ideologia*, a exemplo da marxista: ideologia imanentista que prega a substituição da religião por um ideal utópico meramente humano; a substituição da salvação que está para *além desta vida* (crença característica no tronco religioso judaico-cristão, que preenche praticamente toda a vivência religiosa ocidental) pela salvação *ainda nesta vida*. A ideologia faz justamente isto: ocupa o lugar da religião na vida do indivíduo<sup>153</sup>. O Estado totalitário ideológico, por isso mesmo, é monista: só aceita sua própria ideologia e viola as liberdades humanas mais fundamentais, entre elas a de consciência e a religiosa, como não poderia ser diferente.

### **2.1.6 Da contribuição da Igreja Católica para a segunda dimensão dos direitos fundamentais**

A despeito das perseguições que sofreu nos Estados totalitários de ideologia igualitarista, a Igreja Católica deu o verdadeiro grande contributo à humanidade no que diz respeito aos direitos de segunda dimensão: a Doutrina Social da Igreja<sup>154</sup>.

Já à partida, deve-se ressaltar que sempre fez parte do espírito do catolicismo a preocupação com as questões sociais e a prática da caridade enquanto ato de benevolente de ajudar o próximo de maneira gratuita, desinteressadamente, ou seja, sem esperar retorno ou recompensa – a atitude contrária, isto é, de esperar alguma reciprocidade pela caridade é característica do mundo pré-cristão<sup>155</sup>. Esse espírito, apesar de amplamente compartilhado no mundo ocidental, tem suas raízes: a caridade católica, de modo que THOMAS WOODS chega a afirmar que “foi a Igreja Católica que inventou a caridade tal como a conhecemos no ocidente.”<sup>156</sup>.

Dessa sorte, o advento da Doutrina Social veio como afirmação dessa *caridade*. Pode ser considerado seu marco inicial a Encíclica *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII, por meio da qual a Igreja criticou duramente o capitalismo selvagem, sintomático da primeira etapa evolutiva dos direitos fundamentais, que tira o ser humano do centro da relação capital-trabalho,

---

<sup>152</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Op. cit., p. 70.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> FAZIO, Mariano. Op. cit., pp. 271 e ss.

<sup>155</sup> WOODS, Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução de Élcio Carillo. 10ª ed. São Paulo: Quadrante, 2019, pp. 207 e ss.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 208.

e salientou, desse modo, os direitos dos trabalhadores<sup>157</sup>. Nesse mesmo contexto, a Igreja “prevenia os cristãos sobre os perigos do coletivismo socialista”<sup>158</sup>, ou seja, a Doutrina Social adentrou às questões sociais preservando-se dos erros do igualitarismo.

### 2.1.7: Da relação Igreja-Estado e do modelo de coordenação

O assunto da religião não é alheio ao direito. A religião (ou o fenômeno religioso) têm repercussão nas esferas política, moral e jurídica<sup>159</sup>. E, evidentemente, também tem para este trabalho, que envolve direitos relacionados à educação; com efeito, a liberdade de educação envolve muitas vezes a liberdade de religião. Nesta altura, por conseguinte, faz sentido traçar um panorama histórico sobre a relação do Estado com a Igreja, a qual é estudada pela disciplina “Direito das Relações Igreja-Estado”. Em tal disciplina, pode partir-se, em primeiro lugar, da seguinte classificação: sistemas *monista* e *dualista*: naquele, há *identificação* entre Igreja e Estado; neste, há *não identificação*<sup>160</sup>.

O monismo é característico do mundo pré-cristão. Como visto, o cristianismo trouxe à humanidade uma séria de novidades que importam aos estudos dos direitos fundamentais, nomeadamente a dignidade de cada indivíduo que é imagem e semelhança de Deus; mas não só: trouxe também a *limitação dos poderes públicos*: o poder espiritual (Igreja) e o poder temporal (Estado) estão em *domínios diferentes*. Isto significa que o Estado não pode interferir nem dirigir a vida espiritual das pessoas: não pode haver coerção nesse âmbito; nele, o poder temporal não deve ter ingerência. Trata-se do advento do sistema dualista, isto é, de não identificação entre Igreja (aqui entendida também como a religião – ou ausência de religião – de cada um) e Estado<sup>161</sup>.

Os sistemas de identificação entre Igreja e Estado são o *cesaropapista*, em que o poder temporal tem ascensão sobre o espiritual, e o *teocrático*, em que é o poder espiritual que prevalece sobre o temporal. A teocracia é própria do mundo pré-cristão, com a ressalva da existência, hoje em dia, do fundamentalismo islâmico. O cesaropapismo, por sua vez, existiu no império romano cristão, que, apesar desse nome, esteve marcado pela forte ingerência dos

<sup>157</sup> FAZIO, Mariano. *Op. cit.*

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>159</sup> MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. LII, nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2011, pp. 45 e ss.

<sup>160</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. *Op. cit.*, pp. 33 e ss.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

imperadores na vida eclesiástica. Depois da Reforma, o cesaropapismo é estendido aos Estados protestantes<sup>162</sup>.

Nos sistemas de não identificação, há a *laicidade do Estado*. Mesmo nesse quadro, em que não há identificação, pode haver uma *união* entre Estado e Igreja, que, tal como na classificação anterior, pode ser marcada por uma ascensão de um sobre o outro. Neste nível (de não identificação), quando há ascensão da Igreja, há *clericalismo* ou hierocratismo; quando, ao contrário, há ascensão do Estado, há *regalismo*<sup>163</sup>. JORGE MIRANDA aponta a ausência de experiências históricas verdadeiramente clericais, salvo algumas reduções jesuíticas na América do Sul<sup>164</sup>. PAULO ADRAGÃO, por outro lado, aponta como clerical a experiência histórica europeia medieval<sup>165</sup>. Já no que diz respeito ao regalismo, não há dúvidas sobre a sua manifestação mais expressiva nas monarquias absolutas europeias do Estado moderno<sup>166</sup>, nas quais praticou-se largamente o *maquiavelismo* consistente em instrumentalizar a religião para fins políticos<sup>167</sup>.

Ainda nos sistemas de não identificação, isto é, no Estado laico, há o regime de *separação* entre Igreja e Estado. Essa separação pode ser *relativa*, situação em que se dá tratamento privilegiado a alguma religião; é o caso, por exemplo, da Argentina, que não deixa de ser um Estado laico, mas prevê em sua Constituição o apoio à religião católica: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.” (Art. 2º)<sup>168</sup>. Outro exemplo de separação relativa entre o poder religioso e o poder do Estado é o da Inglaterra, em que o tratamento privilegiado é dado à Igreja Anglicana<sup>169</sup>.

O regime de separação também pode ser *absoluto*: igualdade absoluta entre as diversas confissões religiosas: sistema em que se enquadram os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Quando se fala em Estado laico, o regime de separação absoluta é o mais intuitivo. Neste modelo, podem surgir os problemas do laicismo e do separacionismo rígido, que, na verdade, subvertem a laicidade do Estado, separando-a da liberdade religiosa, como já referido no capítulo sobre o advento dos direitos de primeira dimensão. Naquela altura, quando se falava

---

<sup>162</sup> MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Op. cit., pp. 47 e ss.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 48 e ss.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. Op. cit., p. 37.

<sup>166</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. Op. cit., p. 37 e ss. E, também: MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Op. cit., pp. 48 e ss.

<sup>167</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Op. cit., p. 48.

<sup>168</sup> ARGENTINA. Constitución de La Nación Argentina, 1994.

<sup>169</sup> MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Op. cit.

em laicismo, mencionou-se a França oitocentista, que perseguia a religião; no entanto, o ápice da perseguição à religião ocorreu nos Estados totalitários modernos de raiz marxista-leninista (socialismo e comunismo) e nacional-socialista (nazismo)<sup>170</sup>. Tal regime não é de separação absoluta, mas, sim, *de oposição absoluta* à religião. Essa oposição pode ser disfarçada de indiferença à religião, mas sua verdadeira face é o repúdio do fenômeno religioso<sup>171</sup>.

O modelo mais moderno de relações Igreja-Estado é o modelo de *coordenação*; aqui, não se misturam Igreja e Estado, isto é, não se identificam<sup>172</sup>. Não há, em regra, tratamento privilegiado a uma ou outra confissão religiosa, ou seja, a separação entre os poderes espiritual e temporal é absoluta. Todavia, no modelo de coordenação, não se ignora a importância no fenômeno religioso, nem a nível individual nem a nível social. O Estado, desse modo, não persegue a religião (laicismo), mas também não é a ela indiferente (separacionismo rígido), nem tem, ademais, qualquer receio de adotar uma *postura ativa* em favor da religião ao invés de relegá-la à esfera privada<sup>173</sup>.

Esse modelo de coordenação tem como marca o fenômeno das Concordatas celebradas ao longo dos séculos XIX e XX pela Santa Sé – a Igreja Católica, diferente das demais confissões religiosas, possui uma pessoa de direito público internacional – e diversos países<sup>174</sup>. No Brasil, a última Concordata celebrada com a Santa Sé data do ano de 2008 e foi devidamente promulgada no direito brasileiro<sup>175</sup>. Não se pode deixar de registrar que tal tratado versa sobre direitos humanos, pelo que, ao menos em princípio, seu quadro normativo deve ser considerado como supralegal: “Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo *status* normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos.”<sup>176</sup>.

No preâmbulo da Concordata já se prevê a *independência* das partes concordatárias, expressão do dualismo: “Afirmando que as Altas Partes Contratantes são, cada uma na própria ordem, autônomas, independentes e soberanas e cooperam para a construção de uma sociedade mais justa, pacífica e fraterna;”<sup>177</sup>. Na sequência, há claramente a pactuação do intuito de, apesar da inafastável independência e autonomia das partes, *cooperar* para o bem comum. É de

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 50 e ss.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. *Op. cit.*, p. 40 e ss.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. *Op. cit.*, pp. 78 e ss.

<sup>175</sup> BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.107, 2010.

<sup>176</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 3115-3117.

<sup>177</sup> BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.107, 2010.

se destacar, para fins deste trabalho, as previsões do direito ao proselitismo da Igreja nos estabelecimentos públicos brasileiros (de saúde, prisionais, de educação etc.)<sup>178</sup>, a de liberdade de funcionamento das instituições de ensino católicas<sup>179</sup> e o direito ao ensino religioso *confessional* católico, inclusive nas instituições brasileiras públicas de ensino, com vistas à “formação integral da pessoa”<sup>180</sup>.

### **2.1.8: Da categorização dos direitos fundamentais segundo a densidade normativa e da proeminência dos direitos de liberdade**

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais nasceram com uma perspectiva liberal e, além disso, que tal perspectiva é anterior à dos direitos sociais; analisada a situação sob certo ângulo, pode-se afirmar que a perspectiva liberal deve vir em primeiro lugar. Não se está, com essa conclusão, diminuindo a importância dos direitos de segunda dimensão, todavia, os direitos da primeira dimensão têm, por assim dizer, um núcleo mais duro, mais inviolável; equivale a dizer: os direitos de liberdade têm mais *densidade normativa* do que os direitos sociais<sup>181</sup>.

GILMAR MENDES, no que se refere à gradação da densidade normativa das normas constitucionais, as classifica segundo seu grau de autoaplicabilidade: “as normas de alta densidade são completas, estão prontas para a aplicação plena, não necessitam de complementação legislativa para produzir todos os efeitos a que estão vocacionadas.”<sup>182</sup>. Pode-se classificá-las também como normas de *eficácia plena*, totalmente exequíveis por si mesmas, isto é, autoaplicáveis; de *eficácia contida*, igualmente exequíveis por si mesmas, mas que contêm uma previsão que abre ao legislador ordinário a possibilidade estabelecer restrições a

<sup>178</sup> *Ibidem*, art. 8º: “A Igreja Católica, em vista do bem comum da sociedade brasileira, especialmente dos cidadãos mais necessitados, compromete-se, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de assistência social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por essa razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a requeiram. A República Federativa do Brasil garante à Igreja Católica o direito de exercer este serviço, inerente à sua própria missão.”

<sup>179</sup> *Ibidem*, art. 10: “A Igreja Católica, em atenção ao princípio de cooperação com o Estado, continuará a colocar suas instituições de ensino, em todos os níveis, a serviço da sociedade, em conformidade com seus fins e com as exigências do ordenamento jurídico brasileiro.”

<sup>180</sup> *Ibidem*, art. 11: “A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 1866 e ss.

<sup>182</sup> *Ibidem*, pp. 1858-1860.

elas; e de *eficácia limitada* ou restrita, as quais não são autoaplicáveis, mas, ao contrário, são como que *incompletas*: dependem do trabalho legislativo dos órgãos legiferantes ordinários para que sejam *eficazes*<sup>183</sup>.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, de modo similar, assim classifica as normas constitucionais no que se refere à gradação da densidade normativa: preceptivas exequíveis por si próprias, normas preceptivas não exequíveis por si próprias e, por último, normas programáticas. As duas primeiras, normas constitucionais preceptivas, configuram *direitos subjetivos públicos*, ao passo que as normas programáticas são apenas *pretensões objetivas*, as quais dependem da atuação dos órgãos legiferantes para serem concretizadas<sup>184</sup>.

As normas programáticas, com efeito, são um *tipo* de norma constitucional de eficácia limitada, como esclarece GILMAR MENDES: “As normas programáticas, igualmente, são subespécie das normas constitucionais de eficácia limitada. Essas normas impõem uma tarefa para os poderes públicos, dirigem-lhes uma dada atividade, prescrevem uma ação futura.”<sup>185</sup>. Note-se que as normas de eficácia limitada, inclusivamente as programáticas, são de *segunda dimensão*, ou seja, no seu núcleo<sup>186</sup>, exigem prestações da parte do Estado; são, efetivamente, os direitos sociais<sup>187</sup>. Nessa linha, esclarece JORGE MIRANDA<sup>188</sup>:

(...) os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível de normas constitucionais e os direitos sociais têm um conteúdo determinado em maior ou menor medida, por opção do legislador ordinário. Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos, não obstante serem sempre apuráveis o lugar, a projeção e o sentido de cada direito social, pelo menos em face das incumbências correspondentes prescritas na Constituição.

Vale destacar, ainda segundo GILMAR MENDES, que:

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 1892-1893.

<sup>184</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.* 213 e ss.

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 1892-1893.

<sup>186</sup> Conforme ensina Jorge Pereira da Silva, tanto as normas de primeira dimensão exigem, em sua vertente positiva, prestações do Estado, como as normas de segunda dimensão, em sua vertente negativa, exigem a abstenção do Estado. A diferença, explica o autor, está no núcleo da norma de direito fundamental em questão: se for um direito de liberdade, seu núcleo clamará pela abstenção do Estado; se for de direito social, por prestações do Estado, sejam de natureza fática ou normativa (DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 39 e ss.).

<sup>187</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 31.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pp. 120-121.

Quanto à sua estrutura, as normas que preveem os direitos de defesa são, de ordinário, autoexecutáveis. Mesmo que nelas se vejam incluídas expressões vagas e abertas, isso não haverá de constituir embaraço para a sua aplicação, uma vez que o conteúdo, na maioria dos casos, pode ser determinado por via hermenêutica – e a tarefa da interpretação incumbe precipuamente ao Judiciário.

Não se pode negar, portanto, que os direitos de defesa ou de liberdade têm, em relação aos demais, mais densidade normativa ou, no caso das normas constitucionais, mais *densidade constitucional*. A título de exemplo, é por isso que, em juízos de omissões inconstitucionais, os tribunais não podem *concretizar* direitos oriundos de normas programáticas, sob pena de violação ao postulado da separação de poderes – sem o qual não se pode falar em Constituição<sup>189</sup>.

Isso porque, em sede de análise de omissões inconstitucionais, as quais, no Brasil são solvidas pelos instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>190</sup>, o poder judiciário pode, em algumas hipóteses, adotar uma postura ativa e substituir o poder legislativo; isto, desde que a Constituição esteja a prever um direito subjetivo público que esteja inativo em razão de *inércia legislativa*. Tal inércia, no entanto, não dá ensejo a tal substituição se não se trata de direito subjetivo público, mas de mera pretensão objetiva; noutras palavras: no caso das normas programáticas, os tribunais não podem, em regra, concretizar direitos<sup>191</sup>.

Outro exemplo é a invocação da máxima da reserva do possível, comumente utilizada pelos tribunais quando se torna inviável a aplicação de algum direito social num caso concreto, tal como esclarece GILMAR MENDES<sup>192</sup>:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do

---

<sup>189</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 28 e ss.

<sup>190</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.* 154 e ss.

<sup>191</sup> Tal assertiva é a regra. Porém, não se pode deixar de mencionar a *teoria do grau mínimo de efetividade*, mencionada por Gilmar Mendes e já utilizada pelo STF, segundo a qual é possível uma intervenção do Poder Judiciário, ante à inércia legislativa, para garantir um mínimo de efetividade mesmo às normas de natureza programática. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 3840-3844).

<sup>192</sup> *Ibidem*, pp. 3773-3775.

possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

JORGE MIRANDA, por sua vez, esclarece que “(...) a efetivação dos direitos sociais depende tanto de condições socioculturais e institucionais como de condições econômicas e financeiras (...)”<sup>193</sup>.

Diferentemente, os direitos constitucionais de liberdade, repise-se, são de eficácia plena – ou, em algumas hipóteses, de eficácia contida, isto é, trazem em sua própria previsão a possibilidade de sua restrição por normas infraconstitucionais –, são, geralmente, normas preceptivas exequíveis por si mesmas, *autoaplicáveis*. São, com efeito, *direitos subjetivos públicos*: caso um direito constitucional de liberdade não esteja sendo realizado por depender da confecção de alguma lei regulamentadora, os tribunais podem concretizá-lo ante à inércia legislativa<sup>194</sup>. Ademais, os direitos de liberdade, os quais “(...) se salvaguardarão ou se efetivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do Estado (...)”<sup>195</sup>, não dependem de condições econômicas e financeiras.

A razão de assim ser já foi aqui prenunciada: os direitos de primeira dimensão estão intimamente ligados aos direitos inatos ao homem<sup>196</sup>. Equivale a dizer: as liberdades fundamentais são anteriores ao Estado. Antes do *contrato social*, o ser humano já era, por natureza, livre. Com efeito, os direitos de primeira dimensão, enquanto anteriores ao Estado, consistem em limitações aos poderes do Estado: implicam abstenção do Estado em intervir na esfera individual, portanto<sup>197</sup>.

Nesse sentido, conquanto não seja pouca a gravidade do individualismo, da cegueira em relação às desigualdades sociais, da proclamação da liberdade e da igualdade apenas no nível abstrato, enfim, da *liberdade sem igualdade*, parece ser ainda mais grave a utilização dos direitos de segunda dimensão, que implicam prestações estatais em prol da igualdade, e

---

<sup>193</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>194</sup> Este autor, em artigo destinado à análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da constitucionalidade de educação domiciliar, esclareceu a confusão feita no julgamento com relação à liberdade de ensinar enquanto direito subjetivo público. É que a Corte entendeu, por maioria, que o direito de liberdade dos pais de ensinar através do método *homeschooling* era constitucional, mas não era um direito subjetivo público, pelo que dependia, para que fosse realizado, das opções políticas dos órgãos legiferantes. Todavia, o Tribunal confundiu tal liberdade com o direito à educação, que, a rigor, é direito social, ou seja, depende de prestações estatais e, a depender das circunstâncias, pode, ou não configurar direito subjetivo público. De outra forma, a educação doméstica, enquanto liberdade fundamental-constitucional, não pode ficar indefinidamente a depender de vontade legislativa. (ALVES, Igor Costa. *Op. cit.*, pp. 74 e ss.). A mesma conclusão encontra-se em XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*

<sup>195</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>196</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*

<sup>197</sup> *Ibidem*.

*igualdade de fato*, como pretexto para imposição de uma *igualdade sem liberdade*, o que, a rigor, significa *igualitarismo*<sup>198</sup> e leva a formação de um Estado totalitário e, portanto, avesso à própria ideia de direitos fundamentais.

### 2.1.9: Dos direitos de terceira dimensão

A propósito da análise dos direitos de primeira dimensão, os de liberdade, adentrar-se-á, nos capítulos subsequentes, na questão da neutralidade estatal no âmbito da educação, especificamente no que diz respeito à imperiosidade de não violação do direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos segundo suas próprias convicções (direito essencialmente negativo). Já na parte dos direitos de segunda dimensão, os direitos sociais, aprofundar-se-á no tema do monopólio educativo do Estado, realizado segundo a chave igualitarista, e ordinariamente feito sob o pretexto de garantir o direito à educação, nomeadamente a educação de instrução, ou seja, a que não serve ao pleno desenvolvimento da pessoa, mas, sim, à formação de “bons cidadãos”. O monopólio estatal da educação serve, ademais disso, para a transmissão sub-reptícia de ideologias comumente contrária às dos alunos e de suas famílias.

Nada obstante, antes de passar aos próximos capítulos, convém, nesta altura, a propósito de se tratar da jurisprudência do STF brasileiro, tecer algumas considerações acerca dos direitos de terceira dimensão, cujo advento está visceralmente ligado ao período pós-Segunda Guerra Mundial (segunda parte do século XX). Em tal mister, traz-se questões relacionadas à aplicabilidade *imediata* e *direta* dos direitos fundamentais pela justiça constitucional, concepções que surgiram nesse período e marcam o constitucionalismo vigente na contemporaneidade<sup>199</sup>. Com efeito, o direito à educação, em suas diversas posições jurídicas, também é, a partir desse momento histórico, alvo de aplicabilidade imediata – com ressalvas, a depender se a posição jurídica é de direito de liberdade ou de direito social. De mais a mais, os acórdãos do STF do Brasil, analisados logo mais, nos quais se declarou a inconstitucionalidade de uma série de leis infraconstitucionais que proibiam a ideologia de gênero nas escolas, são verdadeiros exemplos gráficos desse novo atributo dos direitos fundamentais: a aplicabilidade direta e imediata.

---

<sup>198</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, pp. 305 e ss.

<sup>199</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 9 e ss.

Com efeito, os direitos de terceira dimensão são normalmente referidos como os transindividuais; nessa linha, PAULO SERGIO DE CAMARGO<sup>200</sup>:

(...) pode-se dizer que caminhamos para formação de uma sociedade de massas, na qual existe uma multiplicação de interesses comuns que devem ser tutelados levando-se em consideração essa característica. Tais interesses são os chamados interesses transindividuais.

Por óbvio que o direito não poderia ficar alheio a tudo isso. Sendo assim, o direito passou a tutelar o direito coletivo, oriundo de interesses transindividuais, como os direitos de terceira geração.

Igualmente, CARLOS SÉRGIO DA SILVA<sup>201</sup>:

Os direitos humanos fundamentais de terceira dimensão são os transindividuais, que são aqueles cuja titularidade não pertence a um indivíduo ou a um grupo determinado e sim a toda a coletividade indistintamente. Dentre eles se destacam os direitos ao consumo, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à paz e ao desenvolvimento. Também são chamados de direitos transgeracionais por envolverem os indivíduos ainda não nascidos, atuando na perspectiva temporal da humanidade.

Portanto, os direitos transindividuais assumem protagonismo nesse período pós-Segunda Guerra no século XX; são eles, os direitos do consumidor, ao meio ambiente equilibrado, à paz, entre outros. Junto deles, assume igualmente o protagonismo a noção de *aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais*. Tais direitos estão previstos na Constituição brasileira não de maneira simbólica ou orientativa, mas *concretamente*, e devem ser efetivados pelos poderes públicos, em especial o poder judiciário. Um dos marcos dessa etapa evolutiva dos direitos fundamentais é a Constituição alemã de Bonn, de 1949; estão,

---

<sup>200</sup> CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes de. *Dano Moral Coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 128.

<sup>201</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva; JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes Braga. *O meio ambiente como direito humano fundamental: novas perspectivas para uma classificação necessária*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7, n.º 5, 2021, p. 463.

também, em consonância com essa fase evolutiva as atuais Leis Fundamentais de Portugal e Brasil<sup>202</sup>.

A Constituição de Portugal prevê: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” (Artigo 18º, 1)<sup>203</sup>. A Constituição brasileira, por sua vez: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (Artigo 5º, §1º)<sup>204</sup>.

Já se pronunciou, alhures, algo sobre tal aplicabilidade dos direitos fundamentais. Demonstrou-se que são os direitos de liberdade (pré-estatais) que têm mais densidade normativa e, por conseguinte, são os mais propícios à aplicação direta e imediata, nomeadamente pelo poder judiciário. De outro lado, os direitos fundamentais sociais consistem, no mais das vezes, em normas de menor densidade normativa, isto é, para serem concretizados necessitam, além da mera previsão constitucional, em regra, de uma atuação legislativa (especialmente, se sua concretização depender de prestações estatais normativas), ou de uma atuação executiva (particularmente, se depender de prestações estatais fáticas)<sup>205</sup>.

Acerca do tema, GILMAR MENDES destaca a situação da Alemanha nazista, na qual, em razão da não aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais-constitucionais, fez-se possível a existência de um regime totalitário, equivale a dizer: violador de tais direitos; veja-se<sup>206</sup>:

Os efeitos corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos postos na Constituição foram experimentados de modo especialmente notável na Alemanha, quando da implantação do nazismo. A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar, cedendo espaço a que se assentasse o regime totalitário a partir de 1933.

---

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Edição especial, 30 anos da Constituição Portuguesa 1976-2006, Themis, 2006, 76 e ss.

<sup>203</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>204</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>205</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 37 e ss.

<sup>206</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 3572-3573.

No mesmo sentido, anota INGO W. SARLET que a Constituição da Alemanha de 1949 foi um marco no que tange à concepção de aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais. Observa o autor, ainda, que o STF brasileiro aplicou direta e imediatamente os direitos fundamentais em julgamentos antológicos, como o que garantiu o direito à educação a crianças de seis anos de idade, as quais estavam sem creche, e o que reconheceu, com base postulado constitucional da isonomia, a igualdade dos sexos, a confirmar o direito dos maridos de serem incluídos como dependentes de suas mulheres para fins previdenciários<sup>207</sup>.

A propósito do mencionado julgado que aplicou direta e imediatamente o direito à educação (creche para as crianças de seis anos), observa INGO W. SARLET que também os direitos sociais, em que pese no mais das vezes não sejam de eficácia plena (baixa densidade normativa), são igualmente alvos da aplicabilidade direta e imediata<sup>208</sup>. Sobre a questão, esclarece CARLOS BLANCO DE MORAIS, ao comentar esse mesmo julgado, que o STF brasileiro definiu que mesmo as normas programáticas podem ser aplicadas direta e imediatamente no que concerne a um *mínimo de efetividade*<sup>209</sup>. GILMAR MENDES, tratando do mesmo ponto, reconhece o direito à educação como direito social, mas que também pode ser aplicado a fim de garantir-se um mínimo de efetividade<sup>210</sup>.

## **2.2: Da neutralidade do Estado na educação**

Nesta etapa, será introduzido o tema da neutralidade estatal na educação, buscando-se solucionar o problema, em primeiro lugar, a partir do enfrentamento da questão da neutralidade do Estado em relação ao fenômeno religioso. Ao fim, busca-se dar uma solução para o problema da neutralidade do Estado no âmbito da educação.

### **2.2.1: Do laicismo e do separacionismo rígido**

Com efeito, a corrente filosófica que deu origem ao liberalismo surgiu no contexto histórico de pós-guerras de religião na Europa do século XVI; assim, naturalmente, a neutralidade do Estado foi enfatizada, primeiro, em face da religião e da liberdade religiosa e

---

<sup>207</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *in Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação: J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2018, pp. 547 e ss.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.*, pp. 213 e ss.

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2017, *op. cit.*, p. 140 e ss.

depois estendeu-se às demais questões<sup>211</sup>. Por essa razão, JORGE MIRANDA, fazendo referência a JELLINEK, expõe que: “a ideia de consagrar legislativamente os direitos naturais do indivíduo não era uma ideia de origem política, mas antes uma ideia de origem religiosa.”<sup>212</sup>. Assim, é crucial analisar, em primeiro lugar, como efetivamente se dá a neutralidade do Estado em face da religião.

GILMAR MENDES ensina que a neutralidade do Estado em matéria de religião não significa indiferença<sup>213</sup>. Em igual sentido, recentemente, o STF, fazendo referência ao constitucionalista português JORGE MIRANDA, afirmou que: “Em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença, até mesmo porque, conforme salientado por JORGE MIRANDA, ‘(...) o silêncio sobre a religião, na prática, redundava em posição contra a religião’”<sup>214</sup>. A neutralidade do Estado em relação à religião é, mais precisamente, a *laicidade do Estado*, prevista expressamente pela Constituição brasileira (artigo 19, I)<sup>215</sup>. A laicidade, todavia, não significa o silêncio ou a indiferença à religião, sob pena de correr o risco de se converter em *laicismo*. O laicismo implica o menosprezo do fenômeno religioso<sup>216</sup> e o seu banimento à esfera particular<sup>217</sup>; isto se dá, em grande parte, em razão do desconhecimento da função social da religião<sup>218</sup>. A propósito, em seu voto no antológico julgamento do STF acerca da constitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas, esclarece GILMAR MENDES<sup>219</sup>:

Ser um Estado laico não significa que o Estado é antirreligioso, só que há separação entre Clero e Estado e que não há adoção de uma religião oficial. Daí, diferencia-se laicidade de laicismo. Na laicidade, o Estado adota posição de neutralidade em relação à Igreja, respeitando todos os credos, bem como sua manifestação negativa. No laicismo, porém, os Estados adotam postura de

<sup>211</sup> FAZIO, Mariano. *Op. cit.*

<sup>212</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 24.

<sup>213</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 7246-7247.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 38782/RJ. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 03/11/2020.

<sup>215</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>216</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 448.

<sup>217</sup> MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo; BRANCO, Pedro Henrique de Moura Gonet Branco; et al. *O Direito Em Precedentes Jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2018, p. 171.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.. Nesse mesmo voto, Gilmar Mendes, diante dos sofismas laicistas – atuantes sob o véu de laicidade – questiona: “Aqui me ocorre uma dúvida interessante: será que precisaremos, em algum momento, chegar ao ponto de discutir a retirada da estátua do Cristo Redentor do Morro do Corcovado por simbolizar a influência cristã em nosso país? Ou a extinção do feriado nacional de nossa padroeira, Nossa Senhora Aparecida? A alteração do nome de Estados e de cidades, porque recebem o nome de santos, como São Paulo e Santa Catarina?”.

mera tolerância, ou seja, a religião seria algo negativo, o que claramente não é o que ocorre entre nós.

Quando das revoluções setecentistas, que renunciaram os direitos de primeira dimensão e a abstenção do Estado frente às liberdades individuais, a neutralidade do Estado traduzia-se no afastamento do Estado do fenômeno religioso. A neutralidade laicista, na França do século XVIII, resultava na perseguição à religião, notadamente ao cristianismo<sup>220</sup>; já nos Estados Unidos, a neutralidade não implicava perseguição e negação da religião como na França, mas estava à serviço de um *separacionismo rígido* entre Estado e religião, ou seja, da ignorância da função social da religião e da dimensão positiva da liberdade religiosa<sup>221</sup>.

Com efeito, a laicidade ou neutralidade do Estado em relação à religião, superadas as concepções obsoletas que existiam no liberalismo, implica, sim, separação entre Igreja e Estado, mas não pode excluir a *coordenação* nas atuações desses entes, sob pena, repita-se, de se transfigurar em laicismo ou em separacionismo rígido; ambas as hipóteses acabam por violar a *liberdade religiosa*<sup>222</sup>. A *dimensão positiva da liberdade religiosa*, termo que reflete um contraponto da dimensão negativa – que é natural dos direitos de primeira dimensão nos quais o papel do Estado é precipuamente o de abstenção –, exige a participação do Estado a fim de que a liberdade seja de fato exercida, isto é, a sua intervenção para oferecer as melhores *condições de exercício* da liberdade religiosa, seja a nível individual, coletivo e institucional<sup>223</sup>.

Por conseguinte, o laicismo e o separacionismo rígido são distorções da laicidade do Estado, pois tolgem a liberdade religiosa. A laicidade, pelo contrário, é *complementar* à liberdade religiosa: é justamente porque o Estado não se posiciona em favor de uma ou outra religião que deve oferecer condições de exercício para que todos os indivíduos, grupos e instituições pratiquem, efetivamente, a religião que lhes aprouver; porém, sem pluralismo *compulsório*<sup>224</sup>.

(...) a liberdade em matéria religiosa implica a possibilidade de expressão social da diversidade, essência do pluralismo, que não deve ser confundida

<sup>220</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. Almedina, 2012, p. 44 e ss.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. *Op. cit.*, 40 e ss. No mesmo sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*. In: Revista do Ministério Público, Ano 16, nº 64, pp. 28 e ss.

<sup>223</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS Rui. *Op. cit.*, p. 447.

<sup>224</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, *op. cit.*, p. 67.

com a diversidade efectiva, cuja eclosão há-de depender unicamente das escolhas pessoais: o pluralismo garante-se; a pluralidade não se pode impor.

Essa absolutização da autonomia e da liberdade, que acaba por desaguar na neutralidade do Estado em questões morais, como visto, não somente é impossível, mas, ao menos na perspectiva da religião, culmina, paradoxalmente, na violação da liberdade religiosa. Isto é, a neutralidade estatal, que, em princípio, estaria à serviço do efetivo exercício da liberdade de religião de todos os indivíduos, acaba por tolhê-la.

### 2.2.2: Da neutralidade no âmbito da educação e do direito à segurança

Em educação, da mesma maneira, é impossível a *neutralidade pura*. Nessa linha, ALEXANDRE MAGNO esclarece que “Só é possível falar sobre educação (e não mero treinamento) quando se tem em vista o ideal do ser humano concebido por determinada visão de mundo.”<sup>225</sup>. Ou seja, é inviável ensinar segundo um ideal do ser humano a partir de determinada mundividência sem ser parcial em prol de uma ou outra.

Ademais, uma educação que despreze esse sentido mais profundo e que, por conseguinte, seja mero treinamento, é uma educação incompleta, *castrada*. Nessa linha, para PAULO ADRAGÃO, “Deve pois concluir-se que o ensino ministrado na escola não pode ser neutro e mesmo que não o deve ser, se a educação – em harmonia com a visão compreensiva que dela se postula – pretender o desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana.”<sup>226</sup>. Igualmente, MÁRIO PINTO esclarece: “(...) um projecto educativo só o será plenamente se for um projecto livre, consciente e total de desenvolvimento pessoal.”<sup>227</sup>. E completa: (...) por um lado, livre e consciente; por outro lado, total, isto é, referido a toda a pessoa e à pessoa toda, na sua plenitude de indivíduo único e de membro irredutível de comunidades.”<sup>228</sup>. Ainda nessa linha, MIGUEL A. RAIMUNDO<sup>229</sup>:

<sup>225</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>226</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>227</sup> PINTO, Mário. *Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública*. Lisboa: Revista Análise Social, XXVIII, 1993, p. 756.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2206.

Quem traça esta distinção, tratando do problema do direito à educação como direito fundamental ou direito humano, fá-lo normalmente com o propósito de notar que a educação não pode limitar-se ao universo da transmissão de saberes ou competências dirigidas exclusivamente ao exercício profissional, ou com valor econômico (isso seria a <<instrução>>), sublinhando-se que a educação deve abranger outras dimensões relevantes para a plenitude do desenvolvimento da pessoa, que é o seu fim último.

Portanto, a concepção de neutralidade pura na educação não é exequível na perspectiva da *educação completa*.

A concepção de neutralidade pura, aliás, culminou, na segunda metade do século XIX e começo do século XX na França – país que, como demonstrado, parte, desde as revoluções setecentistas, de uma perspectiva laicista da neutralidade do Estado – na *questão escolar*: uma questão levantada pelos positivistas franceses republicanos<sup>230</sup>, que, sob o pretexto de promover a neutralidade e a laicidade da educação, atacaram o ensino católico da época. Nesse exato contexto, explica PAULO ADRAGÃO que “procurava-se libertar o ensino da influência da Igreja Católica”<sup>231</sup>, inclusive com a proibição do magistério de membros da Igreja: Assim se forjou na França a concepção de laicidade e neutralidade do ensino público: para respeitar a liberdade de consciência, o pessoal docente tinha de ser laico e o ensino ministrado tinha de ser neutro, isto é, omitir qualquer referência a matérias religiosas, morais ou filosóficas consideradas polêmicas.”<sup>232</sup>.

Houve, de outro lado, um contraponto da neutralidade francesa e laicista; trata-se da neutralidade anglo-saxônica proposta na Inglaterra do século XIX: “(...) os temas religiosos, filosóficos e morais não deixam de ser efectivamente abordados no ensino oficial britânico, mas são-no de uma forma pluralista, isto é, aberta a distintas possibilidades de escolha.”<sup>233</sup>.

Tal forma de neutralidade, por mais que seja próxima da supracitada educação completa – pois, “por definição, não existe educação neutra”<sup>234</sup> –, pode apresentar problemas se se entender mal a pluralidade, especialmente no que concerne à educação das crianças. Isto

---

<sup>230</sup> Nesse sentido, Adalmir Leonídio: “(...) era a autoimagem que os republicanos franceses queriam passar de si mesmos e da nação que começavam a construir. Por isso mesmo é que vai haver uma profunda identidade entre a luta pela república e pela escola laica.” LEONÍDIO, Adalmir. *Litré e os novos caminhos do positivismo*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de História da Ciência, v. 14, n. 1, 2021, p. 62.

<sup>231</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>234</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*

porque a criança não tem, em geral, a capacidade de discernimento dos adultos: não pode *escolher* o que é melhor para si nos sensíveis âmbitos da religião, da moral e da filosofia. Elas dependem, portanto, da decisão dos pais sobre o que é melhor e o que é pior nesses domínios. Nesse sentido, as crianças têm *direito a segurança* quanto ao ensino desses temas sensíveis: “Este seu direito à segurança exige que se lhe dêem as respostas julgadas pelo educador mais corretas e não um leque indefinido de possibilidades (...)”<sup>235</sup>.

Com efeito, a neutralidade anglo-saxônica, que, ao menos no que tange à educação, ao invés de excluir da educação a filosofia, a moral e a religião, propõe um ensino plural nesses âmbitos, com diversas opções de escolha aos educandos, aproxima-se do que ALEXANDRO MAGNO intitula de *neutralidade moderada*, a qual, ensina o autor, é possível quando, na atuação estatal educacional, há consenso social sobre o conteúdo ensinado e, quando não há consenso – notadamente, nas esferas da moral, da filosofia e da religião – respeita-se a mundividência dos pais em detrimento da do Estado: “Em caso de divergência entre os pais e a escola ou mesmo entre os pais e o Estado, deve prevalecer a vontade dos pais.”<sup>236</sup>. Isto é, a pluralidade deve se dar conforme o direito de cada núcleo familiar sobre a educação dos filhos. Deste modo, pode-se resolver, ainda que parcialmente, o problema do supramencionado direito à segurança.

### 2.2.3: Da solução para a neutralidade estatal no âmbito da educação

Com vistas a oferecer uma educação completa – isto é, que não seja, na melhor das hipóteses, mero treinamento – e, também, tendo em conta a necessidade de se garantir às crianças o direito à segurança sem, contudo, contrariar o direito fundamental dos pais sobre a educação de seus próprios filhos, ou seja, de formá-los de acordo com suas próprias convicções, a educação domiciliar (*homeschooling*), por serem os próprios pais – que são, como demonstrado, aqueles mais ocupados do *melhor interesse* dos filhos – a executá-la, é a forma de se efetivar tal direito, bem como de se oferecer uma educação completa, *na maior medida do possível*<sup>237</sup>. Isto porque, no *homeschooling*, os pais – à evidência, os que tiverem as capacidades necessárias para tanto – podem, livremente – sem estar isentos de incorrer em alguma forma de abuso de direito –, entregar aos filhos uma educação voltada a *todas as dimensões da personalidade humana*, direcionada à *pessoa toda*, ou seja, adentrando,

<sup>235</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>236</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>237</sup> ALEXYS, Robert; *et al.* *Op. cit.*

necessariamente, aos âmbitos da filosofia, da moral e da religião, e assegurando às crianças o direito à segurança.

A segunda melhor maneira de oferecer, na maior medida, uma educação completa, conjugada com o respeito ao supramencionado direito fundamental dos pais, é por intermédio da educação oferecida por iniciativas sociais, notadamente por escolas particulares; essas instituições sociais devem ter *liberdade de funcionamento* para adotar as diretrizes religiosas, morais e filosóficas que lhes convir<sup>238</sup>:

A liberdade de funcionamento consiste fundamentalmente na possibilidade de configurar e dirigir um estabelecimento de ensino segundo um ideário educativo próprio, isto é, na liberdade de projecto educativo. (...)

A titularidade do direito de liberdade assim modelado quanto ao conteúdo deve reconhecer-se que às pessoas singulares, quer às pessoas colectivas: quer umas quer outras podem assim criar e dirigir o funcionamento de escolas diferentes das do Estado.

No exercício desse direito de criar e dirigir escolas *diferentes das do Estado*, deve-se observar e obedecer a *transparência contratual*<sup>239</sup> com os pais – legítimos titulares do direito sobre a educação dos filhos – que matriculam seus filhos nessas escolas; tudo que sair disto, fica sujeito às sanções de natureza civil (e consumerista) contratual.

Como se nota, nessas duas melhores formas de que, efetivamente, seja alcançada uma educação completa de acordo com a mundividência dos pais, não há grandes problemas com a neutralidade, até porque há pouca atuação estatal: além do dever de abstenção, há também a supramencionada imperiosidade de oferecimento das condições de exercício pelo Estado. Com efeito, em relação aos pais que adotam o *homeschooling*, não há dúvidas que educarão os próprios filhos segundo as suas próprias convicções; já em relação à educação fornecida pelas

<sup>238</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Op. cit., pp. 245-246.

<sup>239</sup> No Brasil, há um diploma legal específico que rege as relações consumeristas: Lei n.º 8.078, de 1990. Nessa lei, há, no art. 4º previsão expressa do princípio da transparência (“A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”). Sobre o tema, a doutrina: “Essas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer também o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática, assim como as normas sobre cláusulas e práticas abusivas (arts. 39 e 51).” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 75.).

instituições sociais, os pais têm liberdade de escolha para matricular os filhos na que tenha, ou não, um *ideário educativo* acorde com suas próprias convicções, e ficam resguardados contratualmente; quer dizer: a instituição privada não tem de ser neutra, mas de seguir o ideário que declarou aos seus contratantes.

Por fim, tem-se a rede pública de ensino; aqui, sim, surge o Estado como provedor da educação e, por consequência, o *problema da neutralidade*.

Ressalte-se que, conquanto seja subsidiária a atuação do Estado como provedor da educação, no Brasil, país onde se deram os julgados que serão analisados neste trabalho, a educação pública, nos níveis primário e secundário (isto é, nos termos da Constituição do Brasil, ensino básico obrigatório e ensino médio universal<sup>240</sup>), é a *majoritária*.

Em recente pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) brasileiro, constatou-se os seguintes dados acerca da educação primária e secundária: “A rede pública de ensino é responsável por 74,7% dos alunos na creche e pré-escola, 82,0% dos estudantes do ensino fundamental e 87,4% do ensino médio.”<sup>241</sup>. Isto é, no Brasil, na maioria dos casos, o exercício do direito dos pais sobre a educação dos filhos não se dá pela educação domiciliar, nem pela provida por instituições particulares, mas, sim, pela educação fornecida pelo Estado, e, aqui, vem à tona o problema da neutralidade estatal.

Nesse quadro, cabe, em primeiro lugar, repisar as lições de PAULO OTERO de que “o Estado tem sempre uma visão moral que procura conformar a sociedade: o Estado nunca é neutro.”<sup>242</sup>. Mas é preciso ter em consideração, igualmente, o que alerta ALEXANDRE MAGNO: em questões morais o Estado deve “caminhar rumo à postura mais neutra possível”<sup>243</sup>; é o que o autor conceitua como neutralidade moderada; isto, no sistema de educação, remete a uma pluralidade que, no entanto, não deve ir contra os preceitos morais dos pais dos educandos. Trata-se, como demonstrado, de algo bastante próximo do padrão anglo-saxônico de neutralidade na seara da educação, que não rejeita, sob o pretexto de neutralidade, as

---

<sup>240</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 208, I. Este dispositivo traz o dever do Estado de garantir: “*educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria*”. Depois, no inciso II do mesmo artigo, há o dever do Estado de garantir: “*progressiva universalização do ensino médio gratuito*”.

<sup>241</sup> Agência IBGE Notícias. PNAD Educação 2019: *Mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio*. Publicado em 15.07.2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio>>

<sup>242</sup> OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>243</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 104.

concepções morais, filosóficas e religiosas (neutralidade francesa ou neutralidade radical<sup>244</sup>), mas acolhe a todas.

Por conseguinte, tendo em conta que: (i) no Brasil, o ensino público, ao menos em suas primeiras etapas (as quais são direcionadas, em regra, a crianças e adolescentes), é o majoritário e, portanto, a questão da neutralidade do Estado na educação é bastante relevante; (ii) que a educação tem como fim precípua o desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana, e que, em tal mister, não convém a neutralidade radical; (iii) que se deve respeitar as convicções morais, religiosas e filosóficas de cada núcleo familiar, ou seja, a liberdade de consciência dos educandos, que, nas fases iniciais da vida, confunde-se com o direito fundamental de seus pais de educá-los conforme as próprias convicções; (iv) e que o Estado, por sua própria natureza, tende a não ser neutro, mas “tem sempre uma visão moral que procura conformar a sociedade”<sup>245</sup>, e, logicamente, tende a conformar a educação pública com essa visão moral, que, no entanto, pode contradizer a das famílias usuárias desse serviço público, tudo indica que a única e melhor solução é a *educação pública neutra*, isto é, *neutra moderada*, aproximando-se da neutralidade anglo-saxônica; pode-se dizer também: *plural*. Ou seja, o Estado, ao prover educação, não deixa de adentrar aos sobreditos pontos sensíveis, mas o faz segundo a mundividência de cada família, desde que isso seja *possível* em cada caso concreto.

Não poderia ser de outra forma. A Constituição de Portugal – que, como já mencionado, pode servir de vetor interpretativo para a Constituição brasileira por serem, repita-se, da mesma tradição constitucional –, é categórica “O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.”<sup>246</sup> (Artigo 43º, n.º 2), e “O ensino público não será confessional.”<sup>247</sup> (Artigo 43º, n.º 3). Naturalmente, o Estado não pode dirigir a educação de acordo com quaisquer daquelas diretrizes porque o deve fazer segundo as *diretrizes* (nos âmbitos filosóficos, estéticos, políticos, ideológicos ou religiosos) *dos pais*, afinal, é a própria Constituição portuguesa que prevê, em seu artigo 68º, que a realização da educação dos filhos pelos próprios pais é

---

<sup>244</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 76 e ss.

<sup>245</sup> OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 84

<sup>246</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

insubstituível<sup>248</sup>, e, em seu artigo 36º, que os pais têm o dever e o *direito* sobre a educação dos filhos<sup>249</sup>.

A Constituição do Brasil, por sua vez, não traz semelhantes previsões expressas sobre a neutralidade estatal no âmbito da educação, mas, numa análise sistemática, tal é perfeitamente aferível, a começar pela previsão expressa da *impessoalidade do Estado*<sup>250</sup>, que, segundo uma de suas acepções, como ensina GILMAR MENDES, significa que “(...) não é dado ao administrador [ao Estado] o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições.”<sup>251</sup>, isto é, não pode o Estado, enquanto provedor da educação, dirigi-la conforme concepções morais, religiosas ou filosóficas próprias, ou com as de cada professor (servidor público). Depois, pela previsão da *laicidade do Estado*<sup>252</sup>, que, neste contexto, traduz-se na impossibilidade de o Estado utilizar-se do serviço público de educação para transmitir suas próprias concepções religiosas – ou as de cada um de seus professores –, ainda que tais sejam inter-religiosas e ecumênicas. Ademais, o Estado brasileiro não pode dirigir a educação segundo suas próprias diretrizes em razão da previsão constitucional de que o ensino será ministrado com base no princípio do *pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas*<sup>253</sup>. Por fim, como demonstrado no capítulo da instalação legislativa, há outras tantas normas de diplomas internacionais que, no Brasil, têm *status* supralegal, bem como outras de nível infraconstitucional, que preveem expressamente o direito fundamental dos pais sobre a educação dos próprios filhos segundo as suas próprias convicções.

Portanto: também no Brasil vige o princípio da *neutralidade estatal no âmbito da educação*, o qual, como demonstrado, jamais poderia se referir à neutralidade radical, mas, sim, à moderada, que, necessariamente, remete a uma pluralidade acorde não com as convicções de cada professor, mas com as de cada núcleo familiar.

Com efeito, a negação do princípio da neutralidade estatal no âmbito da educação implica que o Estado pode dirigir a educação pública conforme quaisquer diretrizes morais,

---

<sup>248</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976. Artigo 68º, n.º 1: “Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.”.

<sup>249</sup> *Ibidem*. Artigo 36º, n.º 5: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”.

<sup>250</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

<sup>251</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 22581-22582.

<sup>252</sup> *Ibidem*: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”.

<sup>253</sup> *Ibidem*. Art. 206, III: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;”.

ainda que contrárias às convicções dos pais dos alunos, o que contraria a laicidade e a impessoalidade do Estado, o princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos. De outra banda, entender tal princípio como neutralidade radical esteriliza a educação, que fica, como supramencionado, reduzida a mero treinamento (instrução); ora, a Constituição do Brasil prevê que educação será promovida e incentivada visando o *pleno desenvolvimento da pessoa*<sup>254</sup>.

Para promover e incentivar o pleno desenvolvimento da pessoa é preciso fornecer a sobredita *educação completa*, que, na maior medida possível, dá-se, respectivamente, através da educação domiciliar, do ensino fornecido pela sociedade por meio de instituições sociais com liberdade de funcionamento e, só por último, através da educação pública, que, como demonstrado, deve ser *neutra e plural*.

Nesta última hipótese, entretanto, na impossibilidade, por qualquer razão, de se oferecer um ensino plural, nos sobreditos âmbitos sensíveis, de acordo com a mundividência de cada núcleo familiar, será inevitável um comedimento do professor a fim de alcançar, nas palavras de MIGUEL A. RAIMUNDO, um “afastamento de qualquer caráter ideológico ou religioso dos conteúdos”<sup>255</sup>, ainda que isto implique, em alguma medida, sacrifício do supramencionado direito à segurança das crianças e da educação completa.

### **2.3: Da neutralidade da educação à luz da jurisprudência constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**

Neste capítulo, por meio de alguns julgados relacionados ao tema em análise, um do Tribunal Constitucional de Portugal, um do STF brasileiro e dois do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, serão abordadas importantes questões acerca da neutralidade do Estado no âmbito da educação.

---

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

<sup>255</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2219.

### 2.3.1: Do entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional português e do sistema de dispensa (*opt-out*)

Apesar de não ser a situação que mais otimiza o direito dos pais sobre a educação dos filhos e, a rigor, o próprio direito a educação desses filhos, a educação que implica o necessário afastamento ideológico e religioso do professor faz-se frequentemente necessária em face da pluralidade das sociedades ocidentais atuais.

Como demonstrado, a solução para tanto, isto é, para que não seja necessário esse afastamento, é justamente a educação neutra e plural, de acordo com a mundividência de cada núcleo familiar – esta é a *saída* juridicamente possível. Em princípio, essa proposta parece ser, na maioria dos casos, materialmente inviável. Entretanto, há dois antológicos julgados, um do Tribunal Constitucional Português<sup>256</sup> – que, com efeito, depois inspirou outros dois acórdãos do mesmo Tribunal<sup>257</sup> –, e um do STF do Brasil<sup>258</sup>, que estão em comunhão e que traçam, ainda que involuntariamente, um mapa da *realização* do ensino neutro e plural.

Ambos os acórdãos foram prolatados a propósito da fiscalização material<sup>259</sup> da constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas. Tal particularidade, no entanto, não impediu que esses julgados estipulassem parâmetros para o que se tem por ensino neutro e plural de acordo com as convicções de cada família.

O primeiro caso supramencionado, do Tribunal Constitucional de Portugal, foi o Acórdão n.º 423/87, que se deu a partir do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto Lei n.º 323/83, diploma regulamentador da Concordata entre Portugal e Santa Sé de 1940. A suposta inconstitucionalidade<sup>260</sup>, que foi pleiteada pelo então Presidente da Assembleia de República, baseava-se nos dispositivos da Constituição de Portugal que previam a liberdade

<sup>256</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 423/87. Diário da República n.º 273/1987.

<sup>257</sup> *Idem*, Acórdão n.º 174/93. Diário da República n.º 127, Série II de 1993-6-1; e *idem*, Acórdão n.º 578/2014. Diário da República n.º 177/2014, Série I de 2014-09-15.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 27/09/17. STF, 2017.

<sup>259</sup> O controle de constitucionalidade material diz respeito à compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição no nível dos valores constitucionais. Já o controle de constitucionalidade formal diz respeito à compatibilidade meramente formal da norma à Constituição, como, por exemplo, a verificação do processo de feita da norma, isto é, se respeitou ou não as normas constitucionais de competência e de rito. Noutras palavras: “(...) procede-se à distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material, tendo em vista considerações relativas ao conteúdo da norma ou às regras de caráter procedimental.”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 28014-28016.

<sup>260</sup> Tratar-se-á apenas da inconstitucionalidade material aventada, e não da meramente formal – que também estava em questão nesse julgamento –, pois, do contrário, fugir-se-ia do tema.

religiosa (art. 41.º n.º 1<sup>261</sup>), a laicidade do Estado (art. 41.º, n.º 4<sup>262</sup>) e a vedação ao tratamento desigual (art. 13.º, n.º 2<sup>263</sup>).

Eis, em síntese, as previsões do referido diploma, cuja constitucionalidade estava sendo analisada na ocasião: i) o reforço do dever constitucional do Estado de cooperar com os pais na educação dos filhos; ii) o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas a todos os alunos cujos pais não tenham pedido isenção, ou, sendo os alunos maiores de 16 anos de idade, nos casos em que eles mesmos a tenham pedido<sup>264</sup>; iii) a igualdade de tratamento (aplicação do mesmo regime) entre a disciplina de religião e moral católicas e as outras do currículo escolar; e iv) a exclusividade da Igreja Católica de administrar o currículo e a ministração de tal disciplina<sup>265</sup>.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal passou pela história constitucional lusitana, da qual é de se destacar um período recente de laicismo notório, qual seja, o advento da República portuguesa, sob o regramento da Constituição e da Lei da Separação da Igreja e do Estado, ambas de 1911, em que o ensino da religião nas escolas públicas foi proibido, o que, no Acórdão n.º 423/87, chamou-se de “sistema radical da escola laica”. Com efeito, afirmou o Tribunal Constitucional o Estado laico – disposto na atual Constituição portuguesa, de 1975 –, isto é, regime de separação entre Igreja e Estado, mas, de outro lado, asseverou que o laicismo republicano é, por definição, *não laico*, eis que parte de uma perspectiva avessa ao fenômeno religioso, o que, no julgado, chamou-se de “confessionalismo de sinal contrário”<sup>266</sup>. Nesse sentido, vale destacar o seguinte trecho do julgado<sup>267</sup>:

O Estado confessional define-se, como se viu, por tomar posição sobre a questão da fé e da existência de Deus. Todavia essa postura não tem de ser necessariamente positiva, podendo revestir um sentido negativo.

---

<sup>261</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976: “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.”

<sup>262</sup> *Ibidem*: “As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.”

<sup>263</sup> *Ibidem*: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

<sup>264</sup> A idade de 16 anos é um parâmetro possível de definição do limite do direito dos pais sobre a educação dos filhos e do começo do exercício desse direito pelos próprios filhos. No início deste trabalho, referiu-se que não é seu objeto definir esses parâmetros, pois, para o que aqui se investiga, basta, como sobredito, a utilização da *chave* da “progressiva faculdade dos filhos decidirem por si próprios”.

<sup>265</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 423/87. Diário da República n.º 273/1987.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

Neste caso, o Estado assume-se como «ateu», integrando o grupo dos que não acreditam na existência de Deus.

Dessa forma, entendeu o Tribunal Constitucional português pela impossibilidade de proibir o ensino católico nas escolas públicas, ou seja, pela inviabilidade de declaração de inconstitucionalidade do diploma em questão, pois, assim, estaria a promover um regime *não laico* – porquanto avesso à religião –, absolutamente proscrito pela Constituição portuguesa de 1975. Ademais, observou o Tribunal, não se pode perder de vista a *dimensão positiva da liberdade religiosa*, a qual implica que o Estado deve prover, para todos, os meios para o efetivo e concreto exercício dessa liberdade<sup>268</sup>.

A legislação em questão foi, então, declarada, quase em sua totalidade, materialmente não inconstitucional. O Tribunal salientou que o ensino religioso, para ser constitucional, deveria ser *na* escola pública, e não *da* escola pública; a diferença é que, no primeiro caso, é o Estado “abrindo as portas” à religião para que ministre as suas aulas segundo os seus próprios dogmas, e, no segundo caso (inconstitucional), é o próprio Estado a ensinar uma religião. Por essa razão é que as disposições que garantem à Igreja a administração (incluindo a indicação dos professores) e ministração da disciplina são não somente constitucionais, mas condição *sine qua non* para a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas do Estado<sup>269</sup>.

Não se pode deixar de registrar que o Tribunal ressaltou o regime de igualdade das confissões religiosas para, caso queiram e caso os alunos demandem – neste ponto, sugeriu o Tribunal a análise das seguintes variáveis: “dimensão quantitativa, espaço geográfico ocupado, disseminação entre a população escolar, etc.” –, ministrar o ensino religioso nas escolas públicas nas mesmas condições da Igreja Católica<sup>270</sup>.

Por conseguinte, conforme o que se decidiu no julgamento, o diploma sob fiscalização de constitucionalidade não padecia de qualquer mazela na previsão de cooperação do Estado com os pais na educação dos filhos, na de igual tratamento entre a disciplina de religião e as demais do currículo comum, ou na de exclusividade da Igreja Católica – ou de outra confissão religiosa que venha a ensinar religião nas mesmas condições – de administrar e ministrar a referida disciplina<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> *Ibidem*.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

Nada obstante, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade da lei no ponto em que previa a necessidade de manifestação dos pais ou, a depender da idade, dos próprios alunos, a recusar expressamente o ensino católico caso não o desejassem. É que, embora, à partida, a dimensão positiva da liberdade religiosa tenha guiado a fundamentação dos julgadores – no sentido de que o Estado deve prover o efetivo e concreto exercício dessa liberdade e, por tal razão, não há violação à laicidade na educação religiosa confessional nas escolas públicas –, não se pode deixar de lado a *dimensão negativa* de tal liberdade: ninguém deve ser impelido a declarar se professa, ou não uma religião<sup>272</sup>.

Com efeito, entendeu o Tribunal português que, diferentemente de um direito, que pode depender de uma ação para vir à luz, as liberdades jamais dependem. Desse modo, a liberdade religião, por definição, abrange a *liberdade de não fazer*, isto é, de não professar ou de não ter de declarar se professa uma religião; assim, asseverou-se no referido acórdão ser “de todo inaceitável qualquer exigência material que condicione a sua prática e exercício.”<sup>273</sup>.

Portanto, estão límpidos os parâmetros fixados pelo Tribunal português para a educação neutra e plural sem violação dos direitos dos pais sobre a educação dos filhos: deve-se oferecer a disciplina de religião ou de moral como *facultativa*, exigindo-se dos pais dos alunos – salvo nos casos em que, em face da progressiva faculdade dos filhos de decidirem por si próprios, e do que estiver fixado em lei nesse sentido, os alunos já possam decidir por si mesmos – que manifestem a intenção de que seja ministrada a disciplina. Isto, como salientou o Tribunal, há de ocorrer proporcionalmente à demanda dos alunos por uma ou outra vertente religiosa ou moral.

Ademais, nota-se que, nesse julgado, estabeleceu-se o que se tem por *sistema de dispensa* ou *opt-out*<sup>274</sup>. No caso ora analisado, a dispensa se dá na situação de todos os alunos – ou de suas famílias – que deixem de manifestar, positivamente, a pretensão de ter o ensino religioso católico; ou seja: em que pese seja permitido tal ensino na escola pública, em igualdade de tratamento com as demais disciplinas, os alunos que não a queiram – sem precisarem manifestá-lo – ficam dispensados. Nada obstante as particularidades do caso, é razoável que tal sistema sirva, também, para todas as disciplinas que envolvem os sensíveis âmbitos da religião, da moral e da filosofia, desde que tenham caráter *proselitista*<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> *Ibidem*.

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Op cit.*, pp. 2227 e ss.

<sup>275</sup> Nesse sentido, Miguel Raimundo aponta, na realidade portuguesa, algumas disciplinas de educação cívica e cidadania, que, a sob a *capa* desses títulos “cidadania e civilidade”, têm caráter proselitista nos referidos âmbitos sensíveis e ameaçam, portanto, as convicções dos pais dos alunos. *Ibidem*.

### 2.3.2: Do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e da impossibilidade de ensino religioso sem proselitismo

O julgado brasileiro, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, proposta pelo órgão de cúpula do Ministério Público brasileiro, a Procuradoria-Geral da República (PGR), também ocorreu em sede de controle concentrado de constitucionalidade; da mesma forma que o julgado português, investigou-se a constitucionalidade material de preceitos que previam o ensino religioso nas escolas públicas. Entretanto, há uma sutil distinção: enquanto o Tribunal português julgou a possibilidade constitucional do ensino religioso nas escolas públicas, o STF julgou a possibilidade desse ensino religioso ser, ou não, *confessional*<sup>276</sup>.

Essa peculiaridade no julgamento do STF não é são razão de ser: a Constituição do Brasil, diferentemente da de Portugal, prevê expressamente o ensino religioso nas escolas públicas: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.” (Art. 210, §1º). Dessa sorte, mesmo que se utilize todo o engenho argumentativo, não se pode negar vigência ao preceito constitucional – a Constituição não guarda palavras inúteis<sup>277</sup>. Pois bem, eis a habilidade da PGR ao propor a ação: não pediu a inconstitucionalidade do ensino religioso nas escolas do Estado – se o tivesse feito, teria de enfrentar a literalidade do texto constitucional –, mas, sim, de seu caráter confessional, por supostamente ferir a laicidade do Estado brasileiro<sup>278</sup>.

Os dispositivos impugnados (pretensamente inconstitucionais) foram o art. 33 e respectivos parágrafos, da Lei da Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96)<sup>279</sup>, prescrições que regulamentam o preceito constitucional que prevê o ensino religioso nas escolas do Estado; e o artigo 11, §1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, promulgado como Decreto n.º

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 27/09/17. STF, 2017.

<sup>277</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 2227 e ss.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 27/09/17. STF, 2017.

<sup>279</sup> BRASIL. Lei n.º 9.394, de 1996. Art. 33. “O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)”. §1º. “Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)”. §2º. “Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)”

7.107/2010<sup>280</sup>, que reforça a referida norma constitucional, mencionando expressamente a Igreja Católica (nisto, aproxima-se do caso português). A PGR pediu, essencialmente, a utilização da ferramenta da *interpretação conforme*<sup>281</sup> desses artigos para que o ensino religioso fosse concebido, sob pena de ser inconstitucional – consonante com a previsão constitucional da laicidade do Estado –, na modalidade *não confessional*. Subsidiariamente, pediu que se retirasse o termo “católico” do Decreto n.º 7.107/2010<sup>282</sup>.

O Relator da ação, Ministro ROBERTO BARROSO, que começou seu voto com a seguinte afirmação: “(...) eu vejo esse problema como uma discussão fora de época entre iluminismo e pré-iluminismo, sinceramente.”, seguiu a tese do proponente e votou pela inconstitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas. Para ele, o preceito constitucional não pode ser constitucionalmente cumprido nas modalidades de ensino religioso confessional (ensino religioso de determina religião) ou interconfessional (ensino religioso ecumênico), mas apenas na *não confessional*<sup>283</sup>.

Destacou o Relator, ainda, que a referida previsão constitucional configura uma exceção ao postulado da laicidade do Estado e, por conseguinte, não é lícito ir ainda mais longe, isto é, interpretar o texto constitucional no sentido de ser possível o ensino religioso confessional. Ademais, salientou que implica incompatibilidade com a neutralidade religiosa estatal a presença de um professor representante de uma confissão religiosa em uma sala de aula do Estado. Também, que é necessário, sob pena de incorrer-se no problema do favorecimento às religiões majoritárias, oferecer as condições para que as 140 religiões diferentes, presentes no Brasil segundo dados do IBGE, adentrem às salas, o que é materialmente impossível<sup>284</sup>.

Ora, ao que tudo indica, o Relator, que se anunciou iluminista, e provavelmente comunga de uma cosmovisão *jacobina*<sup>285</sup>, ignorava não só a jurisprudência portuguesa, o que, por si só, é sinal de imprudência, visto que se trata de tradições constitucionais *irmãs*

---

<sup>280</sup> BRASIL. Decreto n.º 7.107/2010. Art. 11, §1º. “O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”.

<sup>281</sup> Trata-se da técnica de aplicação da *sentença intermédia*, conforme será especificamente tratado em capítulo posterior.

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> O jacobinismo foi a vertente eminentemente laicista dos revolucionários franceses do século XVIII, *vide* ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 48 e ss.

(portuguesa e brasileira)<sup>286</sup>, mas também ignorava as diferenças, já delineadas neste trabalho, entre laicidade e laicismo e, também, entre laicidade e separacionismo rígido; como já demonstrado, afora a laicidade, as outras duas vertentes violam a liberdade religiosa<sup>287</sup>. Ignorava o Ministro ROBERTO BARROSO, além disso, a impossibilidade de imposição de um pluralismo compulsório nessa área: não é porque existem 100 ou 1000 religiões, que o Estado deve, antes que exista uma demanda de fiéis ou interessados a requerer o ensino religioso delas proveniente – e, aqui, valem as variáveis mencionadas no acórdão português da “dimensão quantitativa” e da “disseminação entre a população escolar” –, prover espaço para todas elas. Nesse sentido, repita-se: “o pluralismo garante-se; a pluralidade não se pode impor.”<sup>288</sup>.

O voto vencedor, proferido pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES, foi noutra linha. Pontuou o Ministro que a previsão constitucional do ensino religioso nas escolas públicas não está na conta das exceções à laicidade do Estado, mas, ao contrário, é expressão da liberdade religiosa, que, por sua vez, é *complementar* à laicidade estatal: só há verdadeira laicidade se o Estado não é antirreligioso, visto que o laicismo é, por definição, uma posição “religiosa”<sup>289</sup>.

O prolator do voto vencedor observou, ainda, os sérios riscos do ensino religioso não confessional, ser, na prática, instrumentalizado para servir de “doutrina religiosa oficial” (isto, sim, violaria a laicidade estatal). Afinal, se o ensino da religião, por sua própria natureza, implica uma exposição *dogmática*, uma tentativa de neutralizá-lo conduziria, da mesma maneira, a uma exposição de dogmas, mas *velada* e frequentemente contrária às convicções dos alunos e de seus pais. Nesse sentido, destacou que o binômio laicidade do Estado e liberdade religiosa “(...) implicitamente *impede* que o *Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso (...)*”<sup>290</sup>.

De mais a mais, asseverou o Ministro que o ensino da religião não se confunde com outras ciências adjacentes, tal como a história ou a sociologia da religião; veja-se<sup>291</sup>:

Não faria sentido garantir a *frequência facultativa* às aulas de ensino religioso se esse se limitasse a enunciar, de maneira absolutamente descritiva e neutra, princípios e regras gerais das várias crenças. A descrição do fenômeno

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2017, *Op. cit.*, p. 489.

<sup>287</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*. In: Revista do Ministério Público, Ano 16, nº 64, pp. 28 e ss.

<sup>288</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, *op. cit.*, p. 67.

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

religioso pelos enfoques histórico, sociológico ou filosófico não ensejaria *nenhum motivo para a dispensa de comparecimento*, cabendo lembrar que há disciplinas de diversos cursos de ciências humanas, inclusive do Direito e Ciências Jurídicas, em que tais abordagens são corriqueiras e até imprescindíveis, sem que jamais se cogitasse da possibilidade de algum aluno eximir-se de frequentá-las.

A rigor, se se parte da linha em que se estava no subcapítulo anterior, quando da análise do julgado português, nota-se que o Ministro ALEXANDRE DE MORAES realçou precisamente a incongruência da utilização do sistema de dispensa (*opt-out*) ou de matrícula facultativa – expressamente previsto na Constituição brasileira quando dispõe sobre o ensino religioso nas escolas públicas – nos casos em que não se trata de ensino da religião, mas de outra disciplina ontologicamente neutra, isto é, que não aborda temas sensíveis. Ora, o sistema de dispensa existe justamente por causa da *pegajosidade* de certas disciplinas, que, apesar de essenciais para a educação – nomeadamente a educação completa – têm alto potencial de ferir o direito dos pais sobre a educação dos filhos e a liberdade de consciência dos alunos, tal como é o ensino da religião. Ora, uma disciplina que seja possível ser ministrada de forma neutra, ou seja, na qual seja possível ao professor, ao fazê-lo, distanciar-se de qualquer aspecto sensível ou polêmico, como a sociologia e a história da religião, pode, em princípio, ser obrigatória sem o risco de violação dos direitos sobreditos<sup>292</sup>.

Pesem embora os acertos referenciados, no acórdão brasileiro, o voto vencedor, esmiuçado nos últimos parágrafos, trouxe, entretanto, algumas concepções equivocadas, as quais não constaram da ementa – parecem ter sido inseridas *obiter dictum*<sup>293</sup> –, quais sejam, a de que, preferencialmente, o ensino da religião não pode gerar custos para o Poder Público – aqui, o equívoco está na ignorância da dimensão positiva da liberdade religiosa –, e a de que o ensino religioso não há de ser *proselitista*, pois não lhe é lícito, quando ministrado nas escolas públicas, o objetivo de *converter alguém* “pois o requisito constitucional primordial é a matrícula facultativa do aluno que já professa a crença objeto da disciplina.”<sup>294</sup>.

Essa última colocação, contudo, é insensata, pois, assim como é da natureza do ensino da religião ser ministrado mediante a exposição dogmática, é-o também o seu caráter

---

<sup>292</sup> Infere-se essa mesma conclusão da análise de Miguel Raimundo acerca da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o tema: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Op. cit.*, pp. 2228 e ss.

<sup>293</sup> Isto é: apenas “de passagem”; sem integrar a razão de decidir do julgamento (seu núcleo), portanto.

<sup>294</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

proselitista. O ensino religioso é ontologicamente proselitista. Nada impede, por exemplo, que o aluno – ou os pais desse aluno – que opte pelo ensino religioso católico não seja católico; neste caso, a exposição dogmática dessa religião tem o potencial de convertê-lo. Não se trata de *convidar* os alunos a professar uma ou outra fé, mas é impossível fazer uma exposição de dogmas, eminentemente parcial em favor de uma religião – e é precisamente por isso que se aplica o sistema de dispensa – sem que se esteja imbuído de um espírito *de pregação* dessa crença.

Nessa linha – e, apenas neste aspecto, divergindo do prolator do voto vencedor –, correto o Ministro GILMAR MENDES, que, no julgamento ora analisado, salientou de forma cirúrgica: “Em relação ao possível proselitismo, anoto que este deve ser evitado em todas as suas formas em um ambiente escolar obrigatório.”<sup>295</sup>. Equivale a dizer: não faz sentido evitar o proselitismo no sistema de matrícula facultativa.

Efetivamente, como pontuou o Ministro GILMAR MENDES, que acompanhou o voto vencedor no aspectos nucleares das razões de decidir – isto é, julgou improcedente a ação, declarando a constitucionalidade do ensino da religião confessional – que o ensino religioso nas escolas públicas, constitucionalmente previsto, dá-se em consonância com o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos<sup>296</sup>; ora, uma das posições jurídicas desse direito é o direito dos pais ao proselitismo dirigido aos filhos, inclusive o *proselitismo religioso*<sup>297</sup>. A propósito, é de se transcrever o seguinte trecho do voto de GILMAR MENDES no julgamento da ADI 4439, ao defender a constitucionalidade do ensino confessional nas escolas do Estado<sup>298</sup>:

Interpretação contrária levaria à impensável ocorrência de discriminação socioeconômica para fins de delimitação do espectro de incidência da proteção a ser conferida pelo Estado, de sorte a punir os pais que não possuem condições financeiras de matricular seus filhos em escolas particulares.

Quer dizer: o ensino religioso nas escolas públicas tem, entre suas funções, a de *proporcionar a educação completa* aos filhos dos pais que não fazem *homeschooling* e não têm condições de matricular os filhos em escolas particulares que comungam de suas convicções.

---

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*, *Op cit.*, pp. 21 e ss.

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

Ou seja, na hipótese de o ensino da religião nas escolas públicas ser dado sem proselitismo, os pais desses alunos não exercem seu legítimo direito ao proselitismo dirigido aos próprios filhos, ao menos não com o apoio da escola, tal como é a finalidade da norma constitucional em questão. Um pretense ensino religioso sem proselitismo, como proposto pelo Ministro prolator do voto vencedor – ainda que tal proposição, ao que tudo indica, tenha sido meramente *obiter dictum* – é ineficiente, portanto, para cumprir a norma constitucional do ensino religioso nas escolas estatais, precisamente porque não é ensino da religião. Com efeito, o ensino da religião sem proselitismo implica a *proteção insuficiente* do direito ao ensino da religião nas escolas públicas.

Apesar de pequenas diferenças, é possível dizer que, no essencial, os acórdãos português e brasileiro estabeleceram – cada qual realçando um ou outro ponto – os seguintes parâmetros para a educação religiosa nas escolas públicas: i) que deve ser ministrada de acordo com as convicções de cada núcleo familiar, e não de forma neutra (no sentido de neutralidade radical ou *francesa*); ii) que deve depender de uma manifestação positiva dos interessados; iii) que deve ser provida em face da demanda e não necessariamente para todas as religiões; iv) e que os desinteressados devem ser dispensados sem qualquer prejuízo, ou seja, que a matrícula deve ser facultativa (sistema de dispensa).

Como prenunciado, esses julgamentos, talvez sem pretendê-lo, fixaram também os parâmetros para a educação neutra e plural. Neutra, repita-se: no sentido moderado ou *anglo-saxônico*, ou seja, com espaço a todas as religiões ou ideologias, de acordo com a demanda. Isso porque não há razão para que não sejam tratadas do mesmo modo as questões “ideológicas” e morais, cujo ensino, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição do Brasil, tal como o ensino religioso, está dentro da categoria de temas sensíveis imprescindíveis à garantia do supramencionado direito à segurança das crianças e a uma educação completa – isto é, a que visa o *pleno desenvolvimento da pessoa*<sup>299</sup>.

### **2.3.3: De casos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da educação neutra e plural e da doutrinação ideológica dissimulada**

---

<sup>299</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. A diferenças entre a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa, para a cidadania e para a qualificação para o trabalho serão delineadas mais à frente.

A preocupação com a doutrinação nas escolas é patente. ALEXANDRE MAGNO expõe a *doutrinação ideológica* nos seguintes termos: “Existe ainda outro poderoso interno à instituição escolar: a transmissão de determinada visão de mundo pela classe docente.”<sup>300</sup>. MIGUEL RAIMUNDO tem a mesma preocupação: “(...) a educação pública não pode servir para o endoutrinamento (na expressão normalmente utilizada) das pessoas, pois todas as experiências de endoutrinamento público na educação resultaram na diminuição inaceitável da liberdade das pessoas.”<sup>301</sup>; e soluciona o problema justamente com o sistema de dispensa (colchete inserido)<sup>302</sup>:

Todos os conteúdos [não só o ensino da religião] que não reúnam esses predicados e realmente possam perturbar as convicções profundas dos pais (não estão aqui em causa, como se imagina, meras discordâncias ou diferenças de opinião, mas conteúdos que legitimamente atingem pontos sensíveis das convicções profundas) só podem ser oferecidos no currículo escolar público como facultativos.

A propósito, o sistema de dispensa tem sido utilizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) quando da aplicação do art. 2º, do Protocolo Adicional, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (direito dos pais de educar os filhos conforme suas próprias convicções)<sup>303</sup>.

É o que ocorreu no ano de 2007, no caso *Folgerø e Outros c. Noruega* – trata-se de um dos precedentes mais citados quando o assunto é o direito dos pais sobre a educação dos filhos; por exemplo, foi mencionado no julgamento do STF na ADI 4439 –, em que os recorrentes denunciavam violações ao seus direitos sobre a educação dos próprios filhos (crianças da educação primária), segundo suas próprias convicções filosóficas e religiosas, em face da obrigatoriedade de uma disciplina de religião e filosofia majoritariamente cristã. Tal disciplina foi resultado da união de disciplinas anteriormente separadas, uma de religião, outra de filosofia; antes, o sistema de dispensa existia em relação à religião, mas com o advento da

---

<sup>300</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>301</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Ensino público e respeito pelas convicções dos pais*. Revista digital Ponto SJ, 2020.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. *Op. cit.*, pp. 2219 e ss.

disciplina una, foi implementado um sistema de dispensa parcial, isto é, apenas para uma ou outra parte da disciplina que envolvesse proselitismo religioso<sup>304</sup>.

De início, o TEDH salientou não haver incompatibilidade entre a obrigatoriedade da disciplina e o fato de ela ser, na sua maior parte, cristã, visto que o Cristianismo, em sua vertente protestante (Igreja Luterana), era, ao menos ao tempo do julgamento, a religião majoritária na Noruega. Não obstante, o Tribunal constatou que a diferença entre o Cristianismo e as demais religiões no plano de ensino não era apenas quantitativa, mas também *qualitativa*, ou seja, havia de fato uma inclinação proselitista de viés cristão. Além disso, observou o Tribunal que o sistema de dispensa parcial exigia dos pais um acompanhamento desarrazoado de pormenores das disciplinas a fim de apontar, entre eles, o que era, ou não, passível de recusa da frequência dos filhos<sup>305</sup>.

Dessa sorte, pontuando que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não tem prescrições meramente ilusórias, mas concretas e efetivas, o TEDH considerou que, na hipótese, o sistema de dispensa parcial, e não total, violava o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos segundo suas próprias convicções<sup>306</sup>. Em seguida, a Noruega consertou o sistema conforme as diretrizes estabelecidas pelo TEDH<sup>307</sup>.

Nada obstante, o caso *Folgerø e Outros c. Noruega* também diz respeito a uma disciplina religiosa e, por isso, ainda é insuficiente para bem ilustrar a necessidade de aplicação do sistema de dispensa para as disciplinas morais e ideológicas. Já o caso do TEDH *Catan e Outros c. República da Moldava e Rússia*<sup>308</sup>, sim, além de mais recente, torna tal necessidade mais visualizável. Este julgado não trata do sistema de dispensa como faz o *Folgerø e Outros c. Noruega*, mas deixa claro a conveniência de sua aplicação para aulas de teor ideológico.

A Rússia, como é de conhecimento geral, tem uma relação conturbada com países e territórios vizinhos que fizeram parte da União Soviética, findada em 1991. No entanto, desde o seu fim, esses países e territórios são palco de forte dissenso da população, dividida entre os que são, ou não, saudosistas da antiga União Soviética. A Rússia, por sua vez, apoia de diversos modos, inclusive militarmente, os pró-União Soviética ou, pode-se dizer também, pró-Rússia.

---

<sup>304</sup> EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Folgerø e Outros c. Noruega*, 29 de junho de 2007.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. "Direito à instrução", in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Op. cit., pp. 2224 e ss.

<sup>308</sup> EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Catan e Outros c. República da Moldava e Rússia*, 19 de outubro de 2012.

Nesse quadro geopolítico, deveras sensível, ocorreram os fatos que foram a julgamento no TEDH em outubro de 2012 e dos quais se trata neste capítulo<sup>309</sup>.

O palco dos fatos foi a República da Moldávia, mais especificamente o território da Transnístria, que está localizado em parte na Moldávia, em parte na Ucrânia. A Transnístria, para o direito internacional, integra a Moldávia, mas é uma região de forte presença *separatista* e pró-União Soviética. Trata-se de uma região *pluridentitária*: numa análise étnica realizada num censo de 1989, a Transnístria, à época do julgamento do TEDH, era formada por 40% de moldavos (tidos por “romanos”), 28% de ucranianos, 24% de russos e 8% de “outros”<sup>310</sup>.

A Moldávia, na Constituição de 1978, quando era República Socialista Soviética da Moldávia, tinha, oficialmente, duas línguas: o russo e o moldavo escrito em cirílico (alfabeto bastante diferente do que se usa no mundo ocidental: o latino). Em 1989, no entanto, adotou o alfabeto latino e a língua oficial passou a ser o moldavo. Em 1990 a Moldávia proclamou sua soberania. Em 1991 passou a ser denominada República da Moldávia e declarou independência, incluindo o território da Transnístria. Em 1994, a Constituição da Moldávia previu expressamente o alfabeto latino e a língua moldava como oficiais. Registre-se, que, por seu lado, a “Constituição” da Transnístria prevê três línguas oficiais: o russo, o ucraniano e o moldavo, todas no alfabeto cirílico<sup>311</sup>.

Nesse quadro, houve diversos conflitos, inclusive bélicos, entre os separatistas transnistrenses e a Moldávia. Os separatistas chegaram a fazer eleições próprias – e, mais tarde, uma Constituição própria –, as quais foram consideradas ilegais pela Moldávia. A Rússia, por sua vez, apoiou os grupos separatistas. Nesses conflitos bélicos, vários acordos de cessar-fogo foram violados ao longo das décadas que precederam o julgamento. Em meio a tudo isso, no âmbito educacional, ocorreram os conflitos cujo cerne foi justamente o exercício do direito dos pais sobre a educação dos filhos segundo as suas próprias convicções<sup>312</sup>.

Nesse contexto, houve, no ano de 2004, na região da Transnístria forte perseguição às escolas que utilizavam o alfabeto latino, ordinariamente frequentados pelos filhos das famílias moldavas, *romanas*<sup>313</sup>.

O caso de três escolas chegou ao TEDH em *Catan e Outros c. República da Moldava e Rússia*. O primeiro é o da escola *Evricea*, que era patrocinada com recursos moldavos,

---

<sup>309</sup> *Ibidem*: a sequência de fatos históricos que se narra neste e nos próximos capítulos é extraída do inteiro teor do julgado do TEDH.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

<sup>311</sup> *Ibidem*.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> *Ibidem*.

reconhecida pelo Ministério da Educação da Moldávia, e que usava o alfabeto latino e um currículo aprovado pelas autoridades educacionais moldavas. Na perseguição de 2004, a polícia transnistrã fechou a escola. Os pais, todavia, resistiram, mas foram ameaçados pelas autoridades policiais de demissão de seus empregos e até mesmo de perder o poder familiar. Em face dessa coação, muitos pais cederam e matricularam seus filhos em escolas transnistrãs de alfabeto cirílico. A escola chegou a fechar, mas, depois, por intervenção da Moldávia, reabriu. No entanto, os pais que insistiram nessa instituição viram seus filhos sofrer agressões e a escola ser objeto de vandalismo, o que ocorreu sem qualquer represália das autoridades transnistrãs<sup>314</sup>.

O segundo caso é o da escola *Alexandru cel Bun*, que funcionava, da mesma maneira, com patrocínio moldavo, e adotava a escrita latina em detrimento da cirílica. Durante as perseguições, as autoridades da Transnístria chegaram a cortar a luz e a água dessa instituição, que, inevitavelmente, foi fechada, mas, depois, aberta por intervenção da Moldávia. A reabertura, no entanto, deu-se com grandes limitações estruturais e o número de alunos diminuiu significativamente<sup>315</sup>.

O terceiro caso é o da escola *Sefan cel*. Esta, usava o alfabeto cirílico, mas pediu autorização às autoridades transnistrãs para utilizar a escrita latina; o que conseguiu, contudo, foi uma forte repressão das autoridades da Transnístria. No ano de 2002, essas autoridades chegaram a invadir a escola e expulsar os professores e pais de alunos que lá estavam. Logo após, a escola foi transferida para uma região que era de domínio moldavo; tal região, entretanto, era de difícil acesso para grande parte das famílias interessadas, mesmo com o transporte sendo integralmente pago pelo Estado da Moldávia. Com efeito, para chegar à nova escola, os alunos enfrentavam condições desumanas<sup>316</sup>.

O TEDH julgou o caso sob a *chave* do direito dos pais sobre a educação dos filhos segundo suas próprias convicções, nomeadamente na posição jurídica consistente no direito dos pais *a que seus filhos recebam* a educação conforme suas próprias convicções – é nessa posição jurídica, inclusive, em que tal direito está, como visto, expresso nas Convenções europeia e americana sobre direitos humanos<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> *Ibidem*.

<sup>315</sup> *Ibidem*.

<sup>316</sup> *Ibidem*.

<sup>317</sup> Eis o teor desses dispositivos:

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969 (no Brasil, promulgada em 1992 como Decreto n.º 678): “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.” (Art. 12º, n.º 4).

No julgamento, a Corte constatou que, de fato, as autoridades transnistrênses – a Transnístria está localizada na Moldávia e, portanto, reconheceu-se também responsabilidade do Estado da Moldávia –, com apoio da Rússia, foram responsáveis pelo fechamento das escolas que adotavam a escrita latina, e por coagir os pais que intencionavam que seus filhos fossem educados nessas instituições. Ademais disso, o Tribunal constatou que, depois que as escolas reabriram, a única saída que restou às famílias que queriam que os filhos estudassem na língua moldava foi aceitar a utilização do alfabeto cirílico ao invés do latino. No entanto, como não havia materiais didáticos novos que combinassem a língua moldava com o alfabeto cirílico, os alunos foram obrigados a adotar um material obsoleto, utilizado ainda na época da União Soviética. Isso, somado às agressões sofridas pelos alunos e vandalismos cometidos contra as escolas de alfabeto latino<sup>318</sup>.

Em princípio, pode parecer que a questão da utilização do alfabeto cirílico ou latino, mesmo com a coação que sofreram as famílias para utilização do alfabeto cirílico, não está diretamente relacionada ao direito dos pais sobre a educação dos filhos segundo as suas próprias convicções. Todavia, o TEDH indicou com bastante clareza que, no caso *Catan e Outros c. República da Moldava e Rússia*, a imposição do alfabeto cirílico implicava, na verdade, a imposição de uma específica posição ideológica: o *verdadeiro* e único objetivo da política linguística era consolidar a ideologia separatista e pró-União Soviética. E, nesse sentido, nas próprias palavras dos julgadores: “The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions.”<sup>319</sup>.

Portanto, a imposição aos alunos do alfabeto cirílico, concluiu o TEDH, violou o direito dos pais a assegurar aos seus filhos uma educação conforme as suas próprias convicções, porquanto as autoridades transnistrênses, com apoio da Rússia, coagiram pais e professores a aceitar e disseminar a propaganda (o *proselitismo*) da ideologia separatista através da educação. Os pais romanos e não-separatistas não puderam, nesse quadro, exercer o direito fundamental de que seus filhos recebam educação segundo suas convicções. Ademais, a liberdade de consciência dos alunos foi igualmente violada. Por fim, o Tribunal entendeu estar configurada,

---

- EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950. “O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.” (Protocolo Adicional, artigo 2º).

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> *Ibidem*, “O Estado está proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que possa ser considerado desrespeito às convicções religiosas e filosóficas dos pais.” (Tradução nossa).

no caso, a culpa concorrente de Moldávia e Rússia nos incidentes supramencionados, e esses dois países foram condenados a indenizar as famílias prejudicadas<sup>320</sup>.

O caso *Catan e Outros c. República da Moldava* é um marco da jurisprudência do TEDH em favor do direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos conforme as suas próprias convicções. Em geral, tal direito é mencionado num contexto de disciplinas que tenham contornos religiosos. No entanto, esse direito não se restringe à proibição de se fornecer, nas escolas, uma educação contrária à religião dos pais dos alunos, mas, também, alcança a proscricção de se fazer proselitismo moral e propaganda ideológica<sup>321</sup> – equivale a dizer: doutrinação ideológica – nas escolas sem o conhecimento e aval dos pais.

Da mesma maneira que os filhos dos pais protestantes, estudantes de uma escola estatal, não podem receber aulas de ensino religioso católico, com os dogmas católicos, sem que os pais manifestem a intenção de que tal ocorra, também os filhos dos pais moldavos e não-separatistas, no leste europeu, jamais poderiam, sem a mesma manifestação positiva de seus pais, receber aulas de propaganda comunista e separatista *dissimuladas* na utilização do material didático de alfabeto cirílico.

#### **2.3.4: Da doutrinação ideológica nas escolas e da neutralidade de distanciamento como possibilidade jurídica**

Em comparação com os casos do Tribunal Constitucional de Portugal e do STF do Brasil, os quais julgaram o ensino religioso nas escolas públicas, e, nesse contexto, declararam a sua não inconstitucionalidade sob algumas limitações, nota-se, com clareza, ser imperioso que as aulas de proselitismo moral e de propaganda ideológica tenham de respeitar, no mínimo, as mesmas limitações, quais sejam, repise-se: i) ser ministradas conforme as convicções de cada família (educação neutra, no sentido moderado, e verdadeiramente plural); ii) ser fornecidas de acordo com o interesse dos alunos e de seus pais pela disciplina de conteúdo ideológico; iii) que só possam ser ministradas caso os pais – ou, a depender da idade, os próprios alunos –, manifestem positivamente o seu interesse, isto é, que jamais sejam obrigados a declarar se desejam ou não uma ou outra ideologia, sob pena de violação da liberdade de consciência; iv)

---

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> A propaganda ideológica é, também, uma exposição prosélita de dogmas morais segundo alguma concepção filosófica. Nesse sentido, propaganda ideológica é um tipo de proselitismo moral. Não se pode deixar de notar, entretanto, que o termo “propaganda ideológica” traz uma conotação pejorativa, normalmente remetendo a um proselitismo ostensivo, grosseiro; no caso das escolas, feito pelos maus professores à revelia dos pais dos alunos.

que os que não manifestem tal interesse sejam dispensados sem qualquer prejuízo escolar (sistema de dispensa ou *opt-out*).

Inadmissível é a utilização da cátedra por um professor mal-intencionado, disposto a pregar a seus alunos um determinado código moral segundo as suas próprias convicções, aproveitando-se da *audiência cativa* dos estudantes, os quais estão à sua disposição dentro de uma sala de aula a portas fechadas.

Sobre o tema, ao comentar o movimento brasileiro que ficou conhecido nas últimas décadas como “escola sem partido”, GILMAR MENDES, quando proferiu seu voto no julgamento da ADI 4439 – que foi, juntamente com o entendimento majoritário dos julgadores, no sentido da possibilidade jurídica do ensino religioso confessional nas escolas do Estado –, manifestando, *obiter dictum*, equivocadamente, sobre a vedação ao proselitismo nas aulas de religião<sup>322</sup>, foi, entretanto, cirúrgico ao tratar da doutrinação ideológica nas escolas:

Movimentos como o chamado “Escola sem partido”, por exemplo, procuram combater o uso de salas de aula para doutrinações das mais variadas, feitas por professores que, aproveitando-se da presença de plateia obrigatória e ainda em formação, catequizam seus alunos da forma que melhor entendem.

Trata-se de atitude condenável, uma vez que, na mesma lógica exposta no pedido desta ação pela Procuradoria-Geral da República, crianças e adolescentes estão em fase de formação e são extremamente suscetíveis às opiniões provenientes tanto de professores e de autoridades escolares, como aquelas vindas dos próprios pares.

Ora, fora das limitações imposta às aulas de ensino da religião – que são, por definição, confessionais – não há legalidade na conduta do professor que se aproveita da audiência cativa dos alunos para fazer proselitismo moral e ideológico *ao seu próprio gosto*. Portanto, caso não seja possível, por qualquer razão, que a escola pública ofereça, de maneira *transparente*, aulas de cunho moral e ideológico segundo as convicções de cada núcleo familiar, tal como ocorre com as aulas de religião, não se faz possível o oferecimento dessas aulas, sob pena de violação, entre outros direitos, do direito dos pais sobre a educação dos filhos.

---

<sup>322</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017. Como já esclarecido alhures, o equívoco do Ministro Gilmar Mendes, do STF, que, repita-se, ocorreu de passagem (*obiter dictum*), ou seja, apenas na periferia de seu voto – cuja centralidade foi a argumentação jurídica favorável ao ensino religioso confessional nas escolas públicas –, foi afirmar que o ensino religioso, mesmo com a aplicação do sistema de dispensa, deveria ser não-proselitista, sendo que, ontologicamente, o ensino da religião é proselitista.

Deve-se lembrar as três formas de otimizar esse direito fundamental dos pais: em primeiro lugar, a educação doméstica – para os pais vocacionados e capacitados para realizá-la –; em segundo, a educação das escolas particulares, vinculadas às vertentes moral, religiosa e filosófica contratualmente acertadas com os pais; depois, caso seja possível, a educação pública neutra e plural, de acordo com a mundividência de cada família – de acordo com a demanda e sem pluralismo forçado<sup>323</sup>.

Por último – pode-se dizer que é a *quarta* via de se garantir o direito dos pais sobre a educação dos filhos – na impossibilidade da educação neutra e plural nos termos do parágrafo anterior, é imperiosa a neutralidade dos professores do Estado no sentido de *distanciamento dos temas sensíveis*, especialmente os de índole moral, religiosa e filosófica, em respeito à liberdade de consciência dos alunos e às convicções de seus pais – aqui, tem lugar o movimento brasileiro mencionado acima, o “escola sem partido”.

No que diz respeito a esta quarta via, que, à evidência, tem caráter subsidiário, porquanto, a rigor, nega-se à criança, ao menos no ambiente escolar, o referenciado direito à segurança, o professor há de se *distanciar de temas polêmicos*, que possam concretamente agredir as convicções dos pais dos alunos e, por isso, esses estudantes ficam privados, sob certo sentido, da educação completa.

Nesses casos, a completude dessa educação, com a incursão nos temas *sensíveis* e *essenciais* da vida, deverá ocorrer no ambiente doméstico. É o “preço” a se pagar pela liberdade de consciência dos alunos e pelo exercício do direito fundamental dos pais sobre a educação conforme as suas próprias convicções. Da mesma maneira, no caso de, nas escolas estatais, ser possível a educação neutra e plural acorde com a convicção de cada núcleo familiar – e isto é fácil de visualizar no âmbito do ensino da religião –, há de sobrar algum aluno cuja família professe uma fé mais singular e menos popular, que a escola não tem condições de prover o respectivo ensino. Este aluno, que deve ser beneficiado pelo sistema de dispensa, deve ter – assim como quaisquer outros alunos que recebam aulas segundo o que se tem por neutralidade de distanciamento – sua educação completada em casa pelos pais, no que diz respeito aos sobreditos temas sensíveis.

Estendendo-se às aulas de proselitismo moral e de propaganda ideológica as limitações impostas às aulas de religião, aparece o problema da fixação de fronteiras: o que tem, realmente, cunho moral ou ideológico e, portanto, tem o potencial de violar o direito fundamental dos pais de que ora se trata e a liberdade de consciência dos alunos? Atento a essa questão, MIGUEL

---

<sup>323</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, *op. cit.*, p. 67.

RAIMUNDO esclarece que não é qualquer coisa que pode ser considerada como violadora das convicções dos pais: para o autor, convicções não podem ser confundidas com um *mero juízo subjetivo* dos pais<sup>324</sup>.

Nesse linha o autor aduz que<sup>325</sup>:

Nas escolas públicas de um Estado de Direito, será inaceitável que se promovam certas doutrinas políticas; mas não se vê como deixar de transmitir aos alunos, formal ou informalmente, que o Estado de Direito assenta na ideia de democracia, ou que existe um sistema de direitos, liberdades e deveres fundamentais, cujo cumprimento a todos se exige, e que assenta numa inter-relação e em cedências e compromissos recíprocos num quadro de respeito pelas outras pessoas.

À evidência, adviria grande insegurança jurídica se os pais pudessem reclamar o seu direito sobre a educação dos filhos em quaisquer circunstâncias nas quais entendessem que suas convicções foram violadas. Assim, há de ser averiguado, em cada caso concreto, mormente nos que forem levados à apreciação do poder judiciário, a ocorrência ou não de violação concreta a esse direito fundamental. Por outro lado, não é razoável considerar que a ideia de que “Estado de Direito assenta na ideia de democracia” – bem como qualquer outra ideia que seja, à partida, “palatável” –, seja utilizada como uma *capa* para o cobrir uma doutrina ou uma ideologia que o professor queira propagar, sub-repticiamente, entre seus alunos.

#### **2.4: Problemas específicos de concordância prática**

Nesta fase, é de se tecer algumas considerações sobre os seguintes problemas de concordância prática: (i) a dificuldades de as famílias economicamente desprivilegiadas exercerem eficazmente o seu direito sobre a educação dos próprios filhos; (ii) a diferença entre liberdade de expressão e liberdade de cátedra; e, por fim, (iii) a real natureza das aulas sobre ideologia de gênero.

---

<sup>324</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Op. cit., p. 2222.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 2221.

### 2.4.1: Da discriminação socioeconômica para com famílias carentes

Claramente, a sobredita quarta e última opção, que, no Brasil, apanha, entretanto, a maioria dos estudantes, alcança, majoritariamente, os alunos e famílias com menos condições financeiras. Desse modo, fere o postulado da igualdade – na posição jurídica de vedação à *discriminação socioeconômica* – submeter os filhos dos pais que estão nessas condições – de não poder escolher outra educação para os seus filhos que não a da escola pública, que, repita-se, pode não ter condições de oferecer uma educação completa segundo a convicção de cada núcleo familiar – à obrigatoriedade de submeter os seus filhos ao proselitismo moral de qualquer professor, sob o pretexto de ter de se respeitar a liberdade de cátedra. Nesse sentido, GILMAR MENDES<sup>326</sup>:

Confere-se, portanto, a oportunidade de que famílias e comunidades decidam se, além do conteúdo tradicional, seus filhos também devem aprender os valores da fé que professam – formação igualmente importante ao livre desenvolvimento da personalidade. Interpretação contrária levaria à impensável ocorrência de discriminação socioeconômica para fins de delimitação do espectro de incidência da proteção a ser conferida pelo Estado, de sorte a punir os pais que não possuem condições financeiras de matricular seus filhos em escolas particulares.

Em outras palavras, o direito previsto no item 4 do art. 12 do Pacto San José da Costa Rica não poderia ser invocado pela família que, por questão particular ou socioeconômica, matriculasse seus filhos em escola pública, marginalizando a aplicação de um direito fundamental. Acolher esse raciocínio importaria concluir que o direito de que os filhos recebam orientação religiosa e moral de acordo com as convicções de seus pais, somente se aplicaria aos da classe média/alta, alijando os menos favorecidos.

Conseqüentemente, uma família que, por qualquer razão, não possa fazer uma educação integralmente doméstica, nem, tampouco, matricular os filhos em escolas particulares acordos com sua mundividência, ou, ainda, usufruir, nas escolas públicas, de uma educação conforme as suas próprias convicções morais, religiosas e filosóficas, deve, no mínimo, contar

---

<sup>326</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

com o esforço de imparcialidade do professor na exposição de temas potencialmente agressivos às convicções alheias.

#### **2.4.2: Da diferença entre liberdade de expressão e liberdade de cátedra e da derrotabilidade da liberdade de cátedra**

“Partido” remete a política. Política é, em primeiro lugar, uma ciência, que faz parte da realidade moral. No ser humano, há um plano físico e biológico, mas, de outro lado, há também um plano moral. Na Grécia chamavam ética; em Roma, moral. É o plano do ser humano no que diz respeito não aos princípios de sua atuação no nível meramente biológico, mas, sim, aos princípios relacionados à sua *realização* enquanto ser humano mesmo. São realidades morais a política, o direito e a moral em sentido estrito<sup>327</sup>. Nesse sentido, por mais que a denominação “escola sem partido” diga respeito, em princípio, à proscrição da *politicagem* do dia a dia ser levada às salas de aula – algo inferior à ciência política –, não é difícil perceber que tal proibição tem a ver com o respeito ao direito dos pais sobre a *educação moral* dos filhos, afinal, isto também engloba as *preferências políticas*. Quer dizer: fazer proselitismo político em sala de aula sem o conhecimento e o aval dos pais viola, igualmente, o direito dos pais sobre a educação de seus filhos segundo às suas próprias convicções.

O movimento brasileiro “escola sem partido”, entretanto, apesar do nome, está relacionado à proibição de os professores fazerem, em sala de aula, qualquer tipo de proselitismo relativo a temas de notório dissenso e, conseqüentemente, com potencial violador do referido direito dos pais.

MIGUEL NAGIB, ao tratar desse movimento, alerta para a diferença entre *liberdade de cátedra*<sup>328</sup> e *liberdade de expressão*. Nos julgados do STF que se vai analisar no último capítulo deste trabalho, os quais declararam materialmente inconstitucionais leis que proibiam a ideologia de gênero nas escolas, a Corte Suprema do Brasil lançou mão do argumento da inviolabilidade da liberdade de expressão dos professores. Porém, MIGUEL NAGIB, aponta o seguinte equívoco jurídico nesse raciocínio<sup>329</sup>:

---

<sup>327</sup> HERVADA, Javier. *Op. cit.*, pp. 90 e ss.

<sup>328</sup> Apesar de ordinariamente serem referidas como sinônimas, há quem distinga liberdade de ensinar de liberdade de cátedra, colocando esta como menos ampla: apenas no alcance do ensino universitário (ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares. Op. cit.*). Neste trabalho, ambas as expressões serão usadas como sinônimas.

<sup>329</sup> NAGIB, Miguel. *Limites jurídicos da atividade docente*. 2022. No prelo.

Com efeito, não existe liberdade de expressão no exercício da atividade docente. Se existisse, o professor não só não seria obrigado a transmitir aos alunos o conteúdo específico da sua disciplina — o que ofenderia o direito constitucional dos estudantes à educação —, como poderia passar o tempo todo de todas as aulas discorrendo livremente sobre os mais variados assuntos, e, nesse caso, a liberdade de consciência e de crença dos alunos, cuja presença em sala de aula é obrigatória, seria letra morta: nada impediria um professor cristão de usar suas aulas para catequizar os alunos, nem um professor marxista de tentar persuadi-los de que a religião é ópio do povo.

A liberdade de cátedra é uma modalidade da liberdade de expressão, ou seja, é uma das formas possíveis de se exprimir; todavia, como alerta GILMAR MENDES ao tratar da liberdade de expressão: “O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, não obstante todas terem amparo na Lei Maior.”<sup>330</sup>.

Na Constituição do Brasil, inclusive, a liberdade do professor em sala de aula, que é a liberdade de cátedra, não está genericamente prevista no artigo 5º, inciso IX (“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra”), mas, sim, *especificamente* no artigo 206, inciso II (“O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;”)<sup>331</sup>.

Igualmente, na Constituição de Portugal, que prevê a liberdade de expressão no artigo 37º, 1 (“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.”), e a liberdade de cátedra no artigo 43º, 1 (“É garantida a liberdade de aprender e ensinar.”). Saliente-se que, na Constituição portuguesa, segue-se ao dispositivo da liberdade de ensinar a seguinte previsão: “O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.” (Artigo 43º, 2)<sup>332</sup>. Trata-se de uma restrição à liberdade de cátedra, e não à liberdade de expressão em geral. São, à evidência, liberdades distintas.

A liberdade de cátedra, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluta. Em geral, a doutrina aponta que não há direitos fundamentais absolutos, pois todos eles, com

<sup>330</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Edição 2021, *Op. cit.*, pp. 6169-6171.

<sup>331</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>332</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

mais ou menos frequência, cedem quando estão em conflito com outros direitos fundamentais: é a característica que PEDRO MONIZ chama de “derrotabilidade”<sup>333</sup>. De outra forma, JORGE PEREIRA propõe que há alguns direitos com certa vocação de serem absolutos – que, segundo o autor, não significa necessariamente que nunca cedem a outras posições jurídicas –, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana: são direitos que *cedem menos*<sup>334</sup>. Não se tem notícia, contudo, de qualquer doutrina que aponte qualquer sinal de vocação da liberdade de cátedra para ser um direito absoluto ou algo próximo disso.

Não resta dúvida de que essa liberdade, no caso concreto, nomeadamente nas salas de aula, pode conflitar – e *ceder* –, por exemplo, com a liberdade de consciência dos alunos e com o direito dos pais sobre a educação de seus filhos conforme suas próprias convicções. Na linha do que até aqui se expôs, deve-se, entretanto, salientar que o direito que entra em conflito nesses casos não é propriamente a liberdade de expressão, mas, sim, a liberdade de cátedra. Se fosse a liberdade de expressão, em sua posição jurídica mais ampla, não haveria conflito, pois tal liberdade implica o direito fazer proselitismo religioso, moral, filosófico e ideológico segundo as suas próprias inclinações – desde que, por óbvio, sejam respeitadas outras limitações à liberdade de expressão: a honra alheia, a dignidade da pessoa humana, os direitos autorais etc. Porém, o direito dos pais sobre a educação dos filhos não é, por si só, um empecilho à liberdade de expressão de alguém; é, sim, um limite à liberdade de cátedra dos professores que agem sob o dever e a responsabilidade de *ensinar algo* aos seus filhos, e não de falar sobre *o que quiserem*, muito menos de *pregar livremente uma determinada doutrina*<sup>335</sup>.

Com efeito, o STF julgou, no ano de 2020, a ADI n.º 5537, na qual estava em questão a constitucionalidade de uma lei do estado brasileiro de Alagoas, conhecida como Lei da Escola Livre, que proibia a doutrinação ideológica nas escolas – mas não especificamente a ideologia de gênero, como foi o caso das leis declaradas inconstitucionais nos julgados analisados no último capítulo deste trabalho –, notadamente pelo seguinte dispositivo legal<sup>336</sup>:

São vedadas, em sala de aula, no âmbito do ensino regular no Estado de Alagoas, a prática de doutrinação política e ideológica, bem como quaisquer outras condutas por parte do corpo docente ou da administração escolar que

---

<sup>333</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*. *Op. cit.*

<sup>334</sup> DA SILVA, Jorge Pereira. *Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>335</sup> NAGIB, Miguel. *Op. cit.*

<sup>336</sup> Artigo 2º da Lei n.º 7.800, 2016, declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI n.º 5537.

imponham ou induzam aos alunos opiniões político-partidárias, religiosa ou filosófica.

Nota-se que não é um artigo de lei de redação muito diferente do dispositivo constitucional da Lei Maior portuguesa, repise-se: da mesma tradição constitucional da Carta Magna brasileira, que proíbe o Estado de “programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.” (Artigo 43º, 2)<sup>337</sup>. De mais a mais, parece estar ancorado no direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos segundo suas próprias convicções, plenamente vigente no direito brasileiro – inclusive com *status* supralegal –, como já demonstrado neste trabalho. Contudo, causa espécie que, nesse julgamento, sob a relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, o Pretório Excelso brasileiro não tenha sequer mencionado tal direito fundamental, mas, por outro lado, tenha citado nas *ratio decidendi*, por diversas vezes, a liberdade de ensinar dos professores<sup>338</sup>.

Tal comportamento, entretanto, não é inédito no Tribunal Constitucional brasileiro, como alerta JOSÉ EDUARDO SIQUEIRA: o STF, não raramente, quando está diante de colisão entre princípios jurídicos – especialmente os que traduzem normas de direito fundamental –, isto é, em face de um quadro em que se aplica um princípio a permitir algo e outro a proibi-lo, simplesmente suprime ou ignora arbitrariamente um desses princípios, o que significa, a rigor, a *eliminação artificial* de um conflito normativo entre direitos fundamentais. Artificial pois, nesses casos, o julgador faz a ponderação das normas em questão internamente, mas, ao fundamentar sua decisão, o faz apenas em torno do resultado dessa ponderação velada<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>338</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5537/AL. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.. Deve-se destacar que, nesse julgamento, apesar de o Tribunal ter excluído o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos da discussão, e só ter considerado a liberdade de ensinar dos professores – eliminando, artificialmente, um conflito normativo de direitos fundamentais –, ao menos não confundiu liberdade de cátedra com liberdade de expressão; veja-se (trecho do acórdão): “Tampouco se pretende equiparar a liberdade acadêmica à liberdade de expressão. A liberdade acadêmica tem o propósito de proteger o avanço científico, por meio da proteção à liberdade de pesquisa, de e de propagação de conteúdo dentro e fora da sala de aula. É assegurada, ainda, com o fim de permitir ao professor confrontar o aluno com diferentes concepções, provocar o debate, desenvolver seu juízo crítico. Tem relação com a expertise do professor, ainda que não se restrinja a ela, porque as fronteiras de cada disciplina são elas próprias bastante indefinidas. Tem o propósito de assegurar uma educação abrangente.

A liberdade de expressão, por sua vez, volta-se à preservação de valores existenciais, à livre circulação de ideias e ao adequado funcionamento do processo democrático. Não tem relação com expertise técnica, não tem compromisso com standards acadêmicos, mas com a condição de cidadão e com o direito de participar do debate público. No espaço público, todos somos iguais. Na sala de aula, o professor forma pessoas e avalia os alunos. São, portanto, direitos distintos, finalidades distintas, não necessariamente sujeitos aos mesmos limites.”

<sup>339</sup> SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda. *A Arbitrariedade na Fundamentação das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 97 e ss.

Isso aconteceu no julgamento da Lei da Escola Livre pelo STF, que foi julgada inconstitucional sob a fundamentação de que viola a liberdade de cátedra dos professores; nos termos do acórdão: “Vedações genéricas de conduta que, a pretexto de evitarem a doutrinação de alunos, podem gerar a perseguição de professores que não compartilhem das visões dominantes. Risco de aplicação seletiva da lei, para fins persecutórios.”.

De outro lado, o Tribunal não considerou que a realidade da doutrinação ideológica nas salas de aula viola a liberdade de consciência dos alunos e o direito dos pais sobre a educação de seus filhos conforme suas próprias convicções; este direito, aliás, não foi sequer mencionado no julgamento<sup>340</sup>. Em verdade, o que fez o STF foi *absolutizar* a liberdade de cátedra, tal como se ela não pudesse ser derrotada na colisão com qualquer outro direito. Essa absolutização também ocorreu nos julgados nos quais a Corte brasileira declarou inconstitucionais as leis que proibiam a ideologia de gênero nas escolas, como se demonstrará.

### **2.4.3: Do caráter ideológico-proselitista das aulas de ideologia de gênero**

Nomeadamente nos casos que serão aqui analisados, isto é, nos que o STF julgou as leis que previam a proibição do ensino da ideologia de gênero nas escolas, a questão da propaganda sub-reptícia vem à tona. Isso porque, no Brasil, a eclosão de leis municipais a prever tal proibição foi causada, em especial, por aulas, principalmente nas escolas do Estado – mas não só –, por meio das quais, sob o pretexto de ensinar “democracia”, “cidadania”, “tolerância” etc. – ou seja, valores, em princípio, *universais* –, houve clara propaganda ideológica e proselitismo moral, notadamente acerca de temas de *moral sexual*<sup>341</sup>.

Curioso que, em Portugal, tenha surgido a mesma denúncia: de pregação de uma determinada moral sexual sob o invólucro de uma disciplina que, à partida, não agride nem a liberdade de consciência dos alunos nem, tampouco, o direito dos pais sobre a educação de seus filhos conforme as suas próprias convicções. Trata-se do recente caso, de conhecimento público, da família portuguesa *Mesquita Guimarães* que está a se desentender com o Ministério

---

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5537/AL. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.

<sup>341</sup> Sobre o tema: “Vale a pena mencionar, ainda, cartilhas que foram editadas pelo Ministério da Educação do Brasil – que constam do próprio sítio eletrônico do órgão – com o intuito de, escondendo-se por detrás do argumento do valor da educação sexual nas escolas, disseminar, nas entre crianças e adolescentes, a identidade de gênero, que é verdadeira ideologia contrária às convicções ideológicas, morais e religiosas de muitas famílias.” ALVES, Igor Costa. *O conflito normativo a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em razão da doutrinação política, ideológica e religiosa nas escolas*. Relatório (Mestrado científico em Direito - Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2019, p. 20).

da Educação de Portugal, pois proibiu seus filhos de frequentar, na escola pública em que estavam matriculados, as aulas de “cidadania”, sob a justificativa de que, de fato, eram aulas de doutrinação ideológica<sup>342</sup>.

Um dos membros da referida família publicou um artigo de jornal a denunciar que não se tratava de aulas de cidadania, mas, sim, de proselitismo moral e ideológico<sup>343</sup>. MARIA HELENA COSTA, noutro artigo a tratar do mesmo tema, denunciou que “Toda a agenda globalista político-ideológica é promovida e inculcada nas aulas de ‘cidadania’: socialismo, feminismo radical, cultura LGBTQIA+, racismo estrutural. Tudo isto sob um único ponto de vista.”<sup>344</sup>.

Escapa às finalidades deste trabalho analisar se no caso acima mencionado houve, ou não, doutrinação. Porém, o que se deve ter em conta é que a doutrinação velada dentro de aulas, sob disciplinas de nomes *inofensivos*, é possível e, portanto, juridicamente, isto deve ser encarado desta maneira: há, ou não, num ou noutro caso concreto, propaganda ideológica sub-reptícia? E não, como comumente proposto, encarar essas aulas como necessárias à educação sem, entretanto, investigar se seus *verdadeiros conteúdos* agridem a liberdade de consciência e o direito dos pais sobre a educação dos filhos conforme suas próprias convicções, em especial nos âmbitos filosófico, religioso e moral. Isto é, esse problema não pode ser “escondido”, como fez, por exemplo, o STF do Brasil no julgamento da Lei da Escola Livre.

No Brasil, como sobredito, as leis municipais que previram a proibição da veiculação da ideologia de gênero nas escolas, e que foram declaradas inconstitucionais pelo STF, foram motivadas pelo clamor de pais descontentes com a propagação de tal ideologia nas escolas à sua revelia.

Nesse contexto, o movimento brasileiro “escola sem partido” fez várias denúncias, entre elas, cite-se, como exemplo, a de que, no ano de 2017, houve “lavagem cerebral com ideologia de gênero” em uma escola pública do município de Pelotas/SP, na qual se apontou que os alunos foram obrigados a assistir determinada aula sobre ideologia de gênero, em horário normal de aula. Acerca dessa aula, há imagens de um palestrante explicando que existe um gênero “imposto” ao indivíduo em seu nascimento e outro com o qual ele se identifica ao longo

---

<sup>342</sup> Chama atenção a seguinte manchete do jornal “Observador”, de 11 de novembro de 2021: *Não são aulas de cidadania, são de endoutrinação: Os alunos de Famalicão vão continuar a ir às aulas, num aparente recuo do Ministério da Educação. Mas a luta daquela família não pode ser esquecida pois aquilo são mesmo aulas de ideologia pura e dura.* Acessível em: <https://observador.pt/opiniao/a-familia-mesquita-guimaraes-sao-todas-as-familias/>.

<sup>343</sup> MESQUITA, Francisco. *A família Mesquita Guimarães são todas as famílias.* Jornal Observador, publicado em 5 de novembro de 2021. Acessível em <https://observador.pt/opiniao/a-familia-mesquita-guimaraes-sao-todas-as-familias/>.

<sup>344</sup> COSTA, Maria Helena. *Afinal, que “Cidadania” é esta?* Jornal Observador, publicado em 5 de novembro de 2021. Acessível em <https://observador.pt/opiniao/afinal-que-cidadania-e-esta/>.

da vida. No fim do vídeo há uma discussão entre o denunciante, professores e alunos da escola sobre a existência de conhecimento e aval dos pais dos alunos para que a referida aula acontecesse<sup>345</sup>.

O enviesamento ideológico dessas aulas sobre “gênero” que consta da denúncia supracitada é crível, afinal, está presente também em documentos oficiais do próprio Ministério da Educação do Brasil. Exemplo: em abril de 2009, o Ministro da Educação, sob o pretexto de combater o sexismo e a homofobia, e de promover a “equidade de gênero no contexto escolar”, editou a Resolução n.º 16/2009, a estabelecer diretrizes para realização de cursos para professores da educação básica e feitura de materiais didáticos voltados a essas finalidades<sup>346</sup>. Em anexo à resolução, há um manual do projeto cujo “enfoque teórico-metodológico” contém *in litteris*: “a necessidade de desconstrução de representações sociais naturalizantes, estereotipadas e hierarquizantes acerca das práticas e das identidades sociais relativas a mulheres e LGBT;” e “(...) reflexão sobre os saberes, as práticas educativas e as metodologias para a ação docente para a promoção do reconhecimento da diversidade sexual e enfrentamento ao sexismo e a homofobia;”<sup>347</sup>.

Outro exemplo: datado de maio de 2007, há, na mesma linha, um manual do Ministério da Educação brasileiro intitulado: “Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos”. Nesse material, coloca-se a escola como “Um local de questionamento das relações de poder e de análise dos processos sociais de produção de diferenças e de sua tradução em desigualdades, opressão e sofrimento.”. Ademais, relaciona-se, no manual, a importância de veiculação desses assuntos com determinada pauta política: “Na agenda política em geral e na educacional em particular, a inclusão de tais temáticas, a partir desse ponto de vista, é algo ainda em fase inicial de construção.”. Entende-se a escola como um local de rompimento com antigos padrões morais por meio da “(...) desmistificação e da desconstrução de representações sociais naturalizantes, estereotipadas e restritivas concernentes a todas as minorias, dentre elas, a população LGBT.”<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> ESCOLA SEM PARTIDO. *Denúncia de lavagem cerebral com ideologia de gênero em escola de Pelotas*. Youtube, 20 de abril de 2020. Acessível em:

[https://www.youtube.com/watch?v=dvtYmbuWgQU&ab\\_channel=EscolasemPartido](https://www.youtube.com/watch?v=dvtYmbuWgQU&ab_channel=EscolasemPartido)

<sup>346</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Resolução/CD/FNDE n.º 16, de 8 de abril de 2009. Acessível em <https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3302-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-16-de-8-de-abril-de-2009>

<sup>347</sup> *Ibidem*. Acessível em [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/manual\\_gds.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/manual_gds.pdf)

<sup>348</sup> BRASIL. Ministério da Educação. *Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos*. Acessível em [http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib\\_cad4\\_gen\\_div\\_prec.pdf](http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_cad4_gen_div_prec.pdf)

Promover a “igualdade de gênero” e a “diversidade sexual” em geral, é colocar em patamar de igualdade a consideração do ser humano enquanto homem ou mulher com outras concepções, as quais implicam um sem-número de categorizações. Conter a discriminação e a violência contra a “população LGBT”, nas políticas educacionais supracitadas, só se dão pela estratégia de fazer, nas escolas, esse proselitismo moral direcionado à desconstrução, à “desmistificação” e, ao fim e ao cabo, ao rompimento com os padrões morais que negam as premissas desses *novos padrões morais*. Esses supostos *antigos padrões morais* que se visa superar, entretanto, são, no mais das vezes, justamente a moralidade dos pais dos alunos.

Em recente julgamento do STF brasileiro, em que o órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, de forma *heterodoxa*, superou o princípio da legalidade e criou, por meio do julgamento de um processo de controle concentrado de constitucionalidade, uma lei penal a criminalizar a homofobia<sup>349</sup>, conquanto a Corte Constitucional tenha, ao endossar o voto do Ministro Relator, CELSO DE MELLO, feito ela mesma proselitismo ideológico de gênero<sup>350</sup>, reconheceu que se tratava de um discurso de notório dissenso, em especial no que se refere ao *pensamento religioso*, pelo que concluiu “Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional (...)”. Ora, é justamente esse dissenso entre a moral dos pais dos alunos – ou entre o pensamento religioso dos pais dos alunos – e o *proselitismo moral de gênero* que torna ilegal e inconstitucional a veiculação dessas aulas sem o filtro por que passam todas as demais aulas que envolvem proselitismo moral e religioso.

O proselitismo moral normalmente é feito a partir de determinadas concepções religiosas; é, ademais, derivado de uma propensão natural do ser humano de, diferentemente

---

<sup>349</sup> “Nesse julgado, o Tribunal entendeu que os órgãos legiferantes estavam em mora pois havia um mandado constitucional de criminalização das referidas condutas. Aqui, algo mais questionável do que a concretização de direitos em processo objetivo denuncia o ativismo judicial do Supremo: a ampliação de um tipo penal pela justiça constitucional. Ora, desde a Revolução francesa, a competência exclusiva do legislador – por lei em sentido estrito – para criminalizar condutas é corolário do direito penal, pois, como ensina Paulo Queiroz, é nesse âmbito que estão as restrições mais sensíveis da liberdade, tão caro bem constitucional.” ALVES, Igor Costa. *Homeschooling: mera possibilidade ou liberdade fundamental? Uma análise jurídica do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 888.815 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista JusLogos, ano I, 2021, nº 1, pp. 71-72.

<sup>350</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF e MI 4733/DF. Tribunal Pleno. Relatores respectivos: Ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Julgamento: 13/06/2019.. Em tal julgamento, o Ministro Relator, em seu voto, defendeu – e não somente mencionou –, citando a autora existencialista Simone de Beauvoir, que “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Em outra passagem de seu voto, defendeu a “identidade de gênero”, a qual, nas palavras do julgador “traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão sua conformação biológica. É possível verificarem-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero).”.

dos animais, ser religioso e buscar dogmas morais para guiar a sua existência<sup>351</sup>. Esse expediente, quando não é realizado explicitamente por meio de uma religião, é-o através de ideologias, que, efetivamente, são um verdadeiro sistema de crenças<sup>352</sup>. Nesse sentido, o proselitismo moral de gênero é ideológico e visa *substituir* um outro sistema de crenças fundador da civilização ocidental: o de base cristã<sup>353</sup>.

ANA C. CAMPAGNOLO, ao apontar que essas novas questões morais, tidas por uns por “identidade de gênero” e por outros como “ideologia de gênero”, são fruto da Terceira Onda Feminista<sup>354</sup> e consistem, efetivamente, em subversão das identidades, afirma<sup>355</sup>:

O sexo, seja masculino ou feminino, não é apenas um dado físico externo que diz algo a nosso respeito, mas é o que nos torna o que somos. Segundo as teóricas feministas, no entanto, as diferenças biológicas não devem mais ser levadas em conta. Dados biológicos sexuais devem ser vistos como puramente naturais, materiais, sem nenhum indício metafísico ou moral. (...)

Tentar convencer a humanidade de tal inversão é muito mais arbitrário e autoritário do que qualquer do que qualquer estipulação pré-definida de comportamentos sexuais.

Também nessa esteira, JORGE SCALA, ao afirmar que as teorias de gênero se utilizam, veladamente, da linguagem, isto é, de uma mudança de conceitos – a exemplo de “sexo” e “gênero” – para propagar um conteúdo puramente ideológico. Além disso, esse autor também relaciona a ideologia de gênero ao feminismo: “Pseudoantropologia feminista, com pretensões de reengenharia social”, com fins notadamente político-ideológicos – em especial o de “completa eliminação das diferenças sexuais nos seres humanos como pressuposto para um ‘mundo novo’” –, mas *travestidos de científicos e neutros* do ponto de vista moral<sup>356</sup>.

<sup>351</sup> Sobre isso, Paulo Adragão observa que o homem primitivo já praticava a religião; inclusive, na arqueologia, tem-se por sinal de existência humana os vestígios da prática religiosa. ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, 2018, pp. 12 e ss.

<sup>352</sup> Sobre o tema, Mariano Fazio esclarece: Enquanto conjunto de crenças totalizante, a ideologia relaciona-se com a religião. A grande diferença com a fé religiosa radica, na sua origem humana: a ideologia pretende substituir-se no papel do saber total. FAZIO, Mariano. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>353</sup> WOODS, Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução de Élcio Carillo. 10ª ed. São Paulo: Quadrante, 2019, pp. 260 e ss.

<sup>354</sup> A autora chega a essa conclusão depois de analisar as obras de diversas autora feministas, entre elas Simone de Beauvoir, Monique Wittig e Judith Butler; vide CAMPAGNOLO, Ana Caroline. *Feminismo: perversão e subversão*. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

<sup>355</sup> *Ibidem*, pp. 234-238.

<sup>356</sup> SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2015, pp. 30 e ss.

Também nessa linha, MARIANO FAZIO<sup>357</sup>:

(...) segundo os fautores da ideologia de gênero, devem abolir-se as diferenças entre os sexos: masculinidade e feminilidade não têm nenhum papel natural específico. Para isso, devem abolir-se da linguagem toda forma de <<sexismo>>. Neste sentido, a ideologia de gênero utiliza muitos conceitos da filosofia desconstrucionista: se não existe mais realidade senão a linguagem, as mudanças semânticas devem desencadear mudanças institucionais. Daqui decorre que termos como família, maternidade, procriação, heterossexualidade não têm referências naturais, mas são só produtos culturais <<biologizados>>.

Igualmente, ANDRÉ G. FERNANDES<sup>358</sup>:

O gênero do indivíduo seria uma elaboração estritamente pessoal e cambiável ao longo de sua existência, toda vez que ele se “descobrisse” pertencente a esse ou àquele papel sexual. Então, como efeito, o dado biológico seria uma dimensão aprisionante, da qual o indivíduo deveria libertar-se histórica e culturalmente em prol de sua emancipação sexual.

Ao ignorar, solenemente, o dado biológico, a aludida teoria começa a deixar a cair a máscara pedagógica para mostrar sua faceta ideológica, porque, além de carecer de cientificidade, ainda atua em favor do proselitismo de uma concepção única da sexualidade, a sustentar que a base do gênero não é mais o componente biológico aliado ao sociocultural, mas tão somente a vontade individual, alçada ao grau de total absolutização, a ponto de poder não só negar os aportes positivos da herança genética, natural, social e cultural, mas de poder transgredi-la totalmente.

Não é o foco deste trabalho adentrar à discussão acerca da credibilidade das teorias de gênero ou da conveniência de sua propagação, mas, sim, de analisar e, nesta altura, concluir que: i) implicam proselitismo moral, o qual, no mais das vezes, é feito de forma velada, pelo que o termo “ideologia de gênero” é adequado; ii) muito longe de serem questões universalmente aceitas, são objeto de forte dissenso, tanto que no material do Ministério da

---

<sup>357</sup> FAZIO, Mariano. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>358</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *Op. cit.*, p. 58.

Educação do Brasil constam as finalidades de desmistificar e desconstruir padrões morais; iii) se esse proselitismo ideológico é feito em sala de aula, há de se submeter, no mínimo, aos filtros aplicáveis às aulas de moral e de religião, nomeadamente o de ser compatível com a mundividência dos pais dos alunos, que são legítimos titulares do direito fundamental de educar e de que seus filhos recebam uma educação conforme as suas próprias convicções, em especial nos âmbitos moral e religioso.

No julgamento da ADI 4439, o Ministro CELSO DE MELLO reconheceu que o catolicismo é a “religião preponderante no Estado brasileiro”<sup>359</sup>. De fato, o IBGE, no último censo feito sobre a questão, verificou que apesar de uma diminuição do número de fiéis, a religião católica ainda é a majoritária no Brasil<sup>360</sup>. Assim, ainda que não seja o objetivo deste trabalho analisar qualitativamente a moral católica e a moral da ideologia de gênero, é imprescindível averiguar a compatibilidade de ambos os padrões morais, visto que, se são incompatíveis, fica ainda mais patente a violação do direito dos pais sobre a educação dos filhos nas aulas em que se faz, veladamente, propaganda da ideologia de gênero.

Oficialmente, no Catecismo da Igreja Católica, no número 369, tem-se: “O homem e a mulher são criados, isto é, são queridos por Deus: por um lado, em perfeita igualdade como pessoas humanas e, por outro, em seu ser respectivo de homem e de mulher.”; depois, no número 2333: “Cabe a cada um, homem e mulher, reconhecer e aceitar sua identidade sexual. A diferença e a complementariedade físicas, morais e espirituais estão orientadas para os bens do casamento e para o desabrochar da vida familiar.”<sup>361</sup>. Recentemente, o atual chefe da Igreja Católica, Papa Francisco, criticou severamente a veiculação da ideologia de gênero nas escolas<sup>362</sup>. Ademais, o sítio eletrônico oficial do Estado do Vaticano, recentemente, veiculou que<sup>363</sup>:

No discurso aos bispos de Porto Rico, em 8 de junho de 2015, o Papa tinha sublinhado que a complementaridade do homem e da mulher “é colocada em

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

<sup>360</sup> Agência IBGE Notícias. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao>

<sup>361</sup> Catecismo da Igreja Católica. Edição típica vaticana. São Paulo: Loyola, 2000.

<sup>362</sup> Canção Nova. *O que pensa o Papa Francisco sobre a ideologia de gênero?* Disponível em: <https://formacao.cancaonova.com/bioetica/ideologiadegenero/o-que-pensa-o-papa-francisco-sobre-ideologia-de-genero/>

<sup>363</sup> Vatican News. *Santa Sé: ideologia de gênero, passo atrás para a humanidade.* Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2019-03/auza-genero-onu-humanidade.html>

discussão pela chamada ideologia de gênero em nome de uma sociedade mais livre e justa. As diferenças entre homem e mulher não visam a oposição nem a subordinação, mas a comunhão e a geração”. Ao contrário, é um “passo atrás” – disse o Papa na audiência de 15 de abril de 2015 – porque a remoção da diferença [sexual] cria um problema, não uma solução”.

Repita-se: não é o caso, aqui, de julgar qualitativamente qualquer teoria que seja contrária à moral católica em qualquer aspecto. No entanto, o catolicismo é a religião majoritária do Brasil, e está claro que os seus dogmas são inconciliáveis com os da ideologia de gênero. Ora, é imperioso reconhecer teorias morais enquanto tais, e não as esconder sob qualquer disfarce, nomeadamente sob o disfarce *cientificista*, que quer fazer crer que a ideologia de gênero é moralmente neutra e puramente científica, e não um conjunto de dogmas morais que implicam uma visão antropológica diametralmente contrária à cristã, que, no Brasil, é a cosmovisão predominante. Não por outra razão, os manuais oficiais de propagação dessa ideologia preveem desmistificação e *desconstrução* das convicções prevalecentes na sociedade. À evidência, a veiculação desses conteúdos em sala de aula sem o conhecimento e aval dos pais viola diretamente o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos conforme as próprias convicções.

## **2.5: Da concepções de educação**

Neste capítulo, tratar-se-á da educação personalizante e da socializante. Isto, de uma perspectiva ontológica, mas também de direito constitucional. Na sequência, será analisada a tensão entre essas concepções de educação e o fenômeno do monopólio educativo do Estado sob o pano de fundo da análise acerca do que é consonante com o sistema de direitos fundamentais.

### **2.5.1: Da educação personalizante e da socializante**

A educação com vistas à *formação integral da pessoa*, que está prevista na Concordata entre Brasil e Santa Sé, promulgada no direito brasileiro, por ser um *tratado internacional* e por tratar de *direitos humanos*, tem caráter supralegal. Tal previsão, no entanto, não está isolada no ordenamento jurídico brasileiro, pois na Constituição Federal do Brasil, no primeiro dispositivo da Seção I, do Capítulo III, justamente onde se trata “Da Educação”, está disposto

que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (Art. 205)<sup>364</sup>. Note-se que, na ordem do referido dispositivo constitucional, primeiro vem o *pleno desenvolvimento da pessoa* – sinônimo de formação integral da pessoa – e, depois – não por acaso –, o *exercício da cidadania* e a sua *qualificação para o trabalho*.

Como já referenciado neste trabalho, a educação completa, a única na qual o aluno exerce concretamente seu *direito à segurança* nos termos sobreditos, é justamente a que promove o pleno desenvolvimento da pessoa humana<sup>365</sup>. Para ser completa, isto é, para alcançar a formação integral do ser humano, a educação deve passar pelos sensíveis – e por vezes polêmicos e objetos de alto dissenso na sociedade – âmbitos da filosofia, da moral e da religião. Com efeito, promover o desenvolvimento pleno da pessoa é o sentido mesmo da educação; por isso é que não existe, por definição, educação *totalmente* neutra: ontologicamente, a educação é a educação completa<sup>366</sup>.

Nada obstante, como também já se referenciou, há esferas sensíveis em algumas disciplinas a serem lecionadas às crianças e adolescentes, as quais, em princípio, estariam no nível do que é imprescindível para o fornecimento da educação completa, mas que não podem, por alguma razão, ser dadas segundo a mundividência dos pais, que, por suas vezes, têm o direito de educar os seus próprios filhos segundo as suas próprias convicções.

Em tais situações, ao invés da educação completa, só se faz possível o oferecimento da educação mais neutra possível<sup>367</sup>. Naturalmente, isto (i) não há de ocorrer na prática da educação doméstica (*homeschooling*), em que são os próprios pais que educam; (ii) há de ocorrer mais raramente nas escolas particulares, que têm liberdade de funcionamento e estão contratualmente obrigadas a educar segundo a base axiológica apresentada aos pais; (iii) e, por fim, há de ocorrer frequentemente no ensino público, no qual nem sempre será possível ensinar nesses âmbitos sensíveis conforme a visão de mundo dos núcleos familiares de cada um dos alunos – educação neutra e plural no sentido anglo-saxônico<sup>368</sup> –, mas, em vez disso, só será possível a educação de *mero treinamento*, ou seja, a que não adentra às *searas sensíveis* da filosofia, da moral e da religião.

<sup>364</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>365</sup> PINTO, Mário. *Op. cit.*

<sup>366</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>367</sup> *Ibidem.*, p. 104.

<sup>368</sup>ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares. Op. cit.*, p. 61.

A educação de mero treinamento – pode-se dizer: *instrução*<sup>369</sup> – corresponde à parte final do referenciado dispositivo constitucional: educação para a cidadania e para a qualificação para o trabalho. A educação para o exercício da cidadania serve para bem exercer os seus *direitos e deveres perante o Estado e sociedade*. E, naturalmente, o bom integrante da sociedade deve exercer bem algum trabalho para melhor integrar-se: eis aqui a importância da educação consistente na qualificação para o trabalho.

Ser um *bom cidadão*, no entanto, não é mesma coisa que ser um *bom ser humano*, ou um ser humano plenamente desenvolvido, isto é, que atingiu o máximo nível humano possível a considerar suas condições e circunstâncias: trata-se da diferença substancial entre a educação para a formação integral da pessoa e a de treinamento da pessoa para ser um bom membro da sociedade. Ambas têm sua importância, mas a primeira vem *antes* e é imprescindível, pois, antes de ser membro da sociedade em que se vive, *é-se pessoa*. Não é possível, portanto, a formação de um bom cidadão que não seja, antes, um ser humano bem formado enquanto tal; por isso, não é sem razão a previsão constitucional na ordem em que está, a qual, prioritariamente – antes da educação para a cidadania e para o trabalho –, traz a educação “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa”.

A educação da formação integral da pessoa corresponde, a rigor, à *educação da personalidade*<sup>370</sup>. Nesse sentido, correta a perspectiva de CARLOS MARTINS de que a educação, por definição, é a educação da personalidade, mas equivoca-se o referido autor ao confundi-la com a educação destinada a formar um bom cidadão, isto é, destinada à participação na vida coletiva<sup>371</sup>.

Ressalte-se que, em que pese, neste trabalho, esteja-se defendendo que a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa é a educação da personalidade, obviamente, numa etapa posterior, a educação para a cidadania e para o trabalho *complementam* o que se tem por educação plena e integral. No entanto, a afirmação *isolada* de que a educação para o pleno

---

<sup>369</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Op. cit.*, p. 2206.

<sup>370</sup> MARÍAS, Julián. *Mapa do mundo pessoal*. Tradução de Felipe Denardi. Auster, 2021, p. 31. Título original: *Mapa del mundo personal*, 1993, pp. 30 e ss.

<sup>371</sup> MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. *O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático*. Tese (Doutoramento em Direito – Ciências jurídico-políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 26: “A educação destina-se ao desenvolvimento da personalidade, tendo, por isso, um conteúdo mais abrangente, que inclui não apenas a transmissão de conhecimento científico e técnico, mas também de outros valores, tais como a tolerância, a compreensão mútua, a solidariedade, a responsabilidade e a participação democrática na vida coletiva (artigo 73, nº 2 da CRP). O ensino, por sua vez, prende-se mais estritamente com a transmissão e aquisição de conhecimentos e aprendizagens, ou seja, uma dimensão formal da educação através da escola, bem como através de outras formas reconhecidas pelo Estado.”.

desenvolvimento, tal como está na Constituição brasileira, serve à participação na vida coletiva é, sem dúvida, um *recorte* que a *descaracteriza*.

Nessa linha, nos comentários à Constituição do Brasil coordenados por GOMES CANOTILHO, MARCOS MALISKA, sem fazer uma divisão rigorosa entre educação para o pleno desenvolvimento e as demais – até porque, como sobredito, há entre elas, complementariedade –, pontua que a educação para o pleno desenvolvimento está relacionada à *autonomia intelectual e moral da pessoa*. Já a educação para a cidadania e para a qualificação laboral está relacionada a uma *melhora do indivíduo para a sociedade*, o que é expressado pelo autor nas seguintes colocações: “instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico da sociedade”, “função superadora das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação”, “promove a consciência de que viver em uma República não implica apenas desfrutar direitos, mas também compreende responsabilidades cívicas”<sup>372</sup>.

Com efeito, a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa deve ser articulada com as duas outras mencionadas, as quais são destinadas a formar bons cidadãos, seja pelo exercício da cidadania ou pela qualificação laboral. Porém, o pleno desenvolvimento da pessoa, repita-se, é anterior; é base sem a qual não se faz efetivamente possível a educação para cidadania e para o trabalho para *complementar* essa formação integral. Antes, é preciso ser alguém dotado de autonomia intelectual e moral (pleno desenvolvimento), para, depois, ser um cidadão notável. Ora, intui-se que o ser humano bem formado enquanto tal tem aptidão para aprender a ser bom cidadão; o contrário, no entanto, à evidência, é falso.

A educação da personalidade é, em primeiro lugar, de responsabilidade dos pais e, quando não é dada diretamente por eles, não pode ir contra as suas convicções. A propósito disto, ANDRÉ G. FERNANDES afirma: “(...) o ente familiar é uma dimensão constitutiva do homem, porque, somente em razão da experiência da família, o indivíduo personaliza-se e adquire sua própria identidade subjetiva.”<sup>373</sup>.

Por ser anterior, a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa é *dever e direito* dos pais<sup>374</sup>. Diferentemente de grande parte dos animais, o ser humano, quando nasce, tem uma intensa dependência de seus progenitores, como observa JULIAN MARIAS, “Enquanto alguns animais imediatamente viram-se sozinhos, e mesmo os que precisam da mãe – ou dos pais, no caso dos mamíferos ou das aves – logo ficam independentes, a criança conserva uma longa

---

<sup>372</sup> MALISKA, Marcos Augusto, in *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação: J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2018, p. 2.044.

<sup>373</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>374</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 15.

conexão necessária com seus progenitores (...)”<sup>375</sup>. E ANDRÉ G. FERNANDES pontua que “Requerem-se décadas para que esses filhos cresçam, amadureçam e se desenvolvam, fases da vida em que os pais são indispensáveis (...)”<sup>376</sup>. A propósito, vale mencionar as colocações de ALEXANDRE MAGNO<sup>377</sup>, que esclarece:

(...) a educação diz respeito ao desenvolvimento, à maturação, ao florescimento do potencial individual. (...) A palavra “educação” vem do latim educativo, que significa não apenas “educação, instrução”, mas também ação de criar, alimentar; alimentação; criação; cultura”. É interessante ainda que a palavra *educator*, origem de “educador” significa “aquele que cria, alimenta; pai o que faz as vezes de pai.

Assim, primeiro, há de vir a educação dos pais, que tem *caráter de personalização*, de individuação; depois, a educação das escolas, inclusive das geridas diretamente pelo Estado, que hão de ter *caráter socializante*. A educação dos pais é por excelência a que *forma a pessoa*; esta, quando é substituída pela educação da escola – o que é extremamente comum –, não pode, entretanto, ser solapada pela instituição escolar, como ocorre no caso de a escola explorar temas filosóficos, morais e religiosos contrários às convicções dos pais. Já a educação das escolas é, por excelência, direcionada à *formação do cidadão*. Há nisto uma tensão entre *personalização* e *socialização*; a socialização precoce, notadamente pela entrega das crianças à escola, gera um prejuízo na personalização. Nessa linha, explica JULIÁN MARÍAS que<sup>378</sup>:

A criança que vem da escola já começou um processo de parcial despersonalização. Sua realidade inclui elementos que procedem das vigências a que está submetida. Acostumou-se a relações humanas que são formas de convivência, mas que não têm caráter estritamente pessoal. Relaciona-se com “colegas”, “companheiros”, “conhecidos”. Isso é inevitável e necessário. O problema é quando deve começar. Parece-me evidente que a constituição do núcleo pessoal seja interrompida antes do tempo. Se a escola não é inteiramente idônea, notam-se deteriorações que podem ser graves; em todo caso, a criança perde em parte o caráter puramente pessoal que tinha no

<sup>375</sup> MARÍAS, Julián. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>376</sup> FERNANDES, André Gonçalves. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>378</sup> MARÍAS, Julián. *Op. cit.*, p. 40.

começo de sua vida, fica menos “única”, sua espontaneidade fica coberta por uma capa de vigências de certo modo impessoais.

Disso, infere-se que a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa, que é dada originariamente pelos pais e subsidiariamente pelas escolas, é *peçoal*. De outro lado, a que é dada propriamente nas escolas, que consiste em treinamento do indivíduo para ser um bom cidadão, é *impessoal*. Uma é essencialmente personalizante; a outra, essencialmente socializante<sup>379</sup>. A Constituição brasileira, entretanto, prevê a imperiosidade das duas: primeiro, o pleno desenvolvimento da pessoa; depois, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

A educação da personalidade, que é precisamente a que favorece o desenvolvimento pleno do indivíduo, repita-se, é a *verdadeira* educação. Tanto que há autores, como ARMINDO MOREIRA (neste, o próprio título de sua obra é revelador: “Professor não é educador”) e ALEXANDRE MAGNO, que só designam por “educação” a que se volta à formação plena do aluno, a que visa o desenvolvimento de todas as suas faculdades humanas, a que é pessoal – porque direcionada *particularmente* a um determinado aluno – e personalizante – porque está voltada a um processo de *individação*, de intensificação da personalidade –; por outro lado, designam o “instrução” a que é direcionada ao exercício da cidadania e à aquisição de habilidades profissionais<sup>380</sup>. Saliente-se que, assim como os direitos de liberdade são anteriores ao Estado, a educação da personalidade é também pré-estatal<sup>381</sup>.

### **2.5.2: Da tensão entre educação personalizante e socializante e da concepção estatista da educação**

Há uma notável relação entre a tensão anteriormente referida, qual seja, entre os postulados da liberdade e da igualdade – ou entre os direitos de primeira e de segunda dimensão – e a tensão ora delineada, entre a educação personalizante e a socializante; na mesma linha, também, entre a educação fornecida pelos pais e a fornecida pelas escolas.

O direito fundamental dos pais de educar os seus filhos segundo a suas próprias convicções é exercido em meio a essa tensão: pesa, de um lado, as exigências de crescimento e

---

<sup>379</sup> *Ibidem*.

<sup>380</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*, p. 18; e MOREIRA, Armindo. *Professor não é educador*. Cascavel: 2013.

<sup>381</sup> CARVALHO, Olavo de. *Curso Online de Filosofia*, aula 11, ministrada em 20 de junho de 2009.

desenvolvimento do filho enquanto *pessoa* e, de outro, as de formação do filho enquanto *cidadão*. As primeiras, são exigências essencialmente de responsabilidade dos próprios pais<sup>382</sup>, porém, a realidade mostra que são comumente transferidas às escolas<sup>383</sup>, as quais assumem a responsabilidade de, além de formar o cidadão, formar também a pessoa. Nesse desiderato, contudo, ficam com o dever constitucional de fornecer uma educação neutra e plural, de acordo com as convicções de cada núcleo familiar.

Neste ponto, vale ressaltar que OLAVO DE CARVALHO, na linha do que propõem os autores mencionados no capítulo anterior, expõe a diferença entre *educação moral*, voltada à formação da personalidade que se levará por toda a vida, e *educação cidadã*, que serve para bem integrar o indivíduo na sociedade e no Estado, isto é, para a convivência social. Nesse contexto, defende que, em primeiro lugar, há de vir aquela, e, só depois, esta. Ademais, e isto vem a propósito deste subcapítulo, esclarece: cada vez mais, a educação de base (a da personalidade), de responsabilidade primária dos pais, tem sido transferida para as escolas, principalmente às estatais, que, por suas vezes, têm moldado a personalidade dos educandos segundo valores *estranhos* e, muitas vezes, *contrários* aos dos pais<sup>384</sup>.

Note-se: a educação que visa alcançar o pleno desenvolvimento do indivíduo, ou seja, a que é pessoal, tem a ver com a *liberdade* dos pais de educar os filhos, nos campos da filosofia, da moral e da religião, de acordo com suas próprias convicções – e, conseqüentemente, com a liberdade de consciência dos alunos –, ainda que elas sejam incompatíveis com as dos demais ou com as do Estado (recorde-se: não há Estado axiologicamente neutro<sup>385</sup>; a autoridade estatal sempre é guiada por tais e quais valores, que podem, ou não, num ou noutro aspecto, ou em vários, coincidir com os de cada núcleo familiar). De outro modo é a educação que visa o preparo para a cidadania e para o trabalho, em que todos devem aprender a ser bons cidadãos e bons profissionais (esta, evidentemente forma grupos de tais e quais áreas de interesse) para bem integrar-se à sociedade; tal educação está diretamente relacionada à promoção do bem-comum e da *igualdade*.

Da mesma forma que os direitos de liberdade dependem, no seu núcleo, apenas da abstenção do Estado, a educação personalizante depende, em primeiro lugar, da abstenção do Estado, através de suas instituições escolares ou de seu poder fiscalizador da atividade

---

<sup>382</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*

<sup>383</sup> Agência IBGE Notícias. PNAD Educação 2019. *Op. cit.*

<sup>384</sup> CARVALHO, Olavo de. *Op. cit.*

<sup>385</sup> OTERO, Paulo. *Op. cit.*

educacional<sup>386</sup>, de solapar ou *desconstruir* a educação dada diretamente pelos pais. E, em segundo lugar, nas hipóteses – que, na prática, são a maioria – em que a educação da personalidade é delegada pelos pais às escolas, do fornecimento, *quando possível*, da educação conforme as convicções de cada núcleo familiar (recorde-se: os direitos de liberdade também têm vertentes positivas, isto é, que dependem de prestações do Estado).

Seguindo esse itinerário, tal como os direitos sociais não podem ser promovidos às custas do sacrifício desproporcional dos direitos de liberdade, sob pena de se incorrer num sistema totalitário e, por consequência, contrário aos direitos fundamentais, assim também a educação de instrução para o exercício da cidadania e para a qualificação profissional não pode ser dada de forma a *anular* a individualidade do educando, nem, tampouco, de modo a ignorar-se o direito dos pais de educar seus filhos conforme suas próprias convicções.

Com efeito, são justamente as concepções estatistas de educação que acabam por incorrer na distorção acima referida, conforme observa PAULO ADRAGÃO<sup>387</sup>:

Ponto de partida comum – já anteriormente salientado – das concepções estatistas é a primazia concedida ao Estado sobre a pessoa individual.

Daí que o essencial na educação não seja o desenvolvimento da personalidade do educando mas a produção de bons cidadãos, de homens preparados para corresponder à função que lhes é atribuída pela comunidade, eventualmente com base nas suas aptidões.

Por isso, o ensino e até a educação no seu todo, são vistos como um assunto próprio do Estado e não da família ou da pessoa que é educada, cujos direitos são afinal negados. As crianças pertencem ao Estado antes de pertencerem à família, chegam a afirmar vários dos defensores do estatismo educativo.

Sob o *subterfúgio* de que a educação que favorece a autonomia moral e intelectual é insuficiente em face da necessidade de formar um bom cidadão, tolerante, que tem consciência de viver numa República etc.<sup>388</sup> – note-se que, aqui, há um paralelo com os problemas dos direitos de primeira dimensão: absolutização da liberdade e da autonomia –, sobrevivem essas concepções estatizantes da educação, segundo as quais os filhos pertencem antes ao Estado do

---

<sup>386</sup> Paulo Adragão reconhece esse direito do Estado de fiscalizar, mas ressalta que essa fiscalização não pode ser abusiva. ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>387</sup> *Ibidem.*, pp. 54-55.

<sup>388</sup> MALISKA, Marcos Augusto; CANOTILHO, Gomes; *et. al.* *Op. cit.*, p. 2.044.

que a família e, por conseguinte, cabe, primordialmente, ao Estado a educação desses alunos em suas vertentes mais sensíveis.

Contudo, dados empíricos<sup>389</sup>, ao menos na realidade brasileira, apontam mais para o problema de o Estado usurpar o direito dos pais sobre a educação dos filhos, e menos para o da educação dos pais – inclusive os praticantes da educação doméstica, *homeschoolers* – ser insuficiente para a integração dos filhos na sociedade, sendo tolerantes, conscientes dos direitos dos demais etc.<sup>390</sup> Mas não só no Brasil, *vide* as preocupações com a doutrinação em Portugal supramencionadas<sup>391</sup> e, ademais, os julgados do TEDH mencionados neste trabalho, nos quais a Corte teve de afirmar o direito dos pais de educar seus filhos conforme as próprias convicções.

Desse modo, lamentavelmente, são verdadeiras, apesar de serem notadamente *enviesadas* pró-visão estatista da educação, as constatações de MARCOS MALISKA<sup>392</sup>:

O dever da família para com a educação sofreu, historicamente, uma redução progressiva do seu papel social na sociedade, a partir do “clã”, das gens, da família patriarcal, etc., em benefício de uma correlata extensão dos poderes do Estado. A educação, desta forma, está inserida neste processo histórico, que levou a uma progressiva limitação do direito dos pais sobre a educação dos filhos. Tal transformação, no entanto, em nenhum momento implicou a desconsideração total de um em relação ao outro, mas uma adequação dos métodos educacionais a serem desenvolvidos tanto na escola como na família. O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que “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. De superioridade absoluta não goza nem o direito dos pais, nem a missão educacional do Estado”.

---

<sup>389</sup> Esses dados ficaram patentes no Brasil, em especial pelas denúncias do movimento brasileiro conhecido por Escola Sem Partido, algumas das quais foram mencionadas em ALVES, Igor Costa. *O conflito normativo a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em razão da doutrinação política, ideológica e religiosa nas escolas*. Relatório (Mestrado científico em Direito - Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2019, p. 20: “(...) “corpo de delito” realizado por defensores da Lei, que traz vários elementos de prova a demonstrar que os abusos mencionados na Lei são frequentemente praticados pelos professores em todo o Brasil, entre eles, estão os seguintes: professora de Santa Catarina ridiculariza alunos por preferência política; professora de Salvador convoca alunos para passeata política; declarações de professores nas redes sociais afirmando que vão usar da sala de aula para fazer oposição política.”.

<sup>390</sup> Outra prova evidente do que se está a aduzir é a significativa reação legislativa, em todo o Brasil, de leis a proibir, expressamente, a propaganda da ideologia de gênero nas escolas. Algumas dessas leis foram julgadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e serão analisadas neste trabalho.

<sup>391</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Op. cit.*, p. 2206.

<sup>392</sup> *Ibidem*. O julgado alemão mencionado pelo referido autor será, à frente, enfrentado neste trabalho.

Como já delineado, a primordialidade do direito dos pais sobre a educação dos filhos é um direito fundamental de liberdade e, portanto, pré-estatal<sup>393</sup>. Com efeito, a argumentação do autor do trecho acima transcrito leva, à primeira vista, a uma inofensiva impressão de solução satisfatória para o problema da concorrência dos pais e do Estado sobre a educação dos filhos: nem um nem outro têm primazia nesse âmbito. Porém, estar em patamar de igualdade, nesse caso, significa que o Estado pode, no mesmo nível dos pais – e, portanto, não podem os pais levantar esse *trunfo*<sup>394</sup> contra o Estado – passar aos educandos as concepções morais, religiosas (ou arreligiosas), filosóficas e ideológicas que quiser, ainda que contrárias às convicções dos pais, desde que entenda que são necessárias à formação dos alunos como *bons membros da sociedade* (educação socializante).

MIGUEL RAIMUNDO, ao tratar da previsão do direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos prevista na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no art. 2º do Protocolo Adicional (“O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”<sup>395</sup>), esclarece que tal dispositivo veio para promover uma educação livre de coerções e livre do dirigismo estatal<sup>396</sup>, e, ao tecer considerações sobre as circunstâncias que justificaram o advento da referida previsão normativa, afirma que foi “ (...) uma altura em que existia forte preocupação com o <<endoutrinação>> educativo praticado por Estados autoritários ou totalitários.”<sup>397</sup>.

Um sinal característico de dirigismo estatal na educação é a proibição do *homeschooling*. O STF brasileiro, quando julgou a constitucionalidade dessa prática, aferiu que, no mundo ocidental, a educação domiciliar é, em regra, juridicamente aceita. Nos Estados Unidos tem bastantes adeptos e a *Supreme Court* já decidiu pela constitucionalidade da prática. Na maioria dos países europeus é regulamentada ou, ao menos, não proibida. Enfim, é reconhecida como uma *liberdade fundamental*. Em alguns países, no entanto, como Alemanha e Espanha, o *homeschooling* é proibido<sup>398</sup>.

<sup>393</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>394</sup> Trata-se de referência à metáfora *dworkiniana* de direitos fundamentais como trunfos, que será explicada mais à frente.

<sup>395</sup> EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950.

<sup>396</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Op. cit.*, p. 2206.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

<sup>398</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 888.815/RS. Tribunal Pleno. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12/09/2018.

Na Alemanha, chama atenção que o tema tenha sido julgado pelo Tribunal Constitucional, ocasião em que se entendeu ser o *homeschooling* inconstitucional, e referendou-se uma legislação que criminalizava os pais que fugissem à escolarização obrigatória. Com efeito, entendeu a Corte alemã ser inaceitável a formação de “sociedades paralelas” com orientação religiosa e ideológica destoante do “público em geral”. Segundo o Tribunal alemão, só a educação escolar possibilitaria às crianças o aprendizado da tolerância, própria da convivência social<sup>399</sup>. Esse entendimento, notadamente, parte da concepção estatista da educação, contrária ao espírito dos direitos fundamentais e própria dos sistemas totalitários. O julgamento, entretanto, foi posteriormente referendado pelo TEDH<sup>400</sup>.

Sobre esse caso alemão, inclusivamente sobre sua confirmação pelo TEDH, MIGUEL RAIMUNDO anota<sup>401</sup>:

A questão não é simples, já que a educação é vista como uma das actividades ou contextos que configuram <<lugares fundamentais de socialização das pessoas>>. Poderá, em qualquer caso, perguntar-se se é compatível com uma visão liberal dos direitos humanos a imposição, pelo Estado, contra as opções dos pais ou tutores legais, de uma certa forma de socialização, que aqui parece estar envolvida; o argumento da evitação do surgimento de <<sociedades paralelas>> também é perturbador, já que no modelo de Estado de Direito pluralista, não parece existir espaço para que o Estado desconfie da variedade das pertenças dos seus cidadãos. As dúvidas sobre a bondade desta linha jurisprudencial reforçam-se, no contexto de escassa ou nenhuma evidência séria da real necessidade e eficácia do meio (a escolarização obrigatória) para atingir os objetivos visados, sabendo-se como essa incerteza tem impacto em operações de ponderação de direitos fundamentais.

De fato, é alarmante que o Estado *desconfie da variedade das pertenças dos seus cidadãos*. Tal não é o Estado de direitos fundamentais, mas o Estado totalitário. O referido caso alemão é, claramente, a demonstração exata do desconhecimento do direito de liberdade dos pais sobre a educação dos filhos e da exaltação do *monopólio educativo do Estado*.

<sup>399</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. BVerfGE 2, 920/14.

<sup>400</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. "Direito à instrução", in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Op. cit., p. 2232.

<sup>401</sup> *Ibidem*.

### 2.5.3: Da liberdade de educação protegida pelo Estado e do monopólio educativo do Estado

A educação surgiu em primeiro lugar no seio da família. O surgimento das escolas foi paulatinamente retirando as crianças da educação familiar e levando-as à escolar; juridicamente, isto trouxe uma série de repercussões no que tange à relação professor-aluno<sup>402</sup>.

A regra, no mundo ocidental, incluindo as realidades de Portugal e Brasil, é, nos dias de hoje, a educação escolar. PAULO ADRAGÃO, quando tratou do tema, ainda nos idos da última década do último século, anunciou o ressurgimento do *homeschooling*, ou educação doméstica, principalmente nos países de tradição anglo-saxônica, como uma *reação* ao monopólio escolar, próprio dos tempos atuais<sup>403</sup>. No Brasil, a educação doméstica também despontou nas últimas décadas: o STF, quando do julgamento da constitucionalidade dessa modalidade de educação, em 2017, apurou que cerca de 3.200 famílias brasileiras praticavam *homeschooling*<sup>404</sup>. Decerto, tal fenômeno é igualmente uma resposta – fruto de uma insatisfação – ao monopólio escolar, ou melhor, ao monopólio estatal da educação através da escolarização.

Nesse contexto, PAULO ADRAGÃO, a partir dos ensinamentos de BRAGA DA CRUZ, expõe três modelos possíveis de relação do Estado com a educação: i) o monopólio educativo do Estado; ii) a liberdade de educação à margem do Estado; e iii) a liberdade de educação protegida pelo Estado<sup>405</sup>.

Diante do que já foi exposto neste trabalho, pode-se perceber que: i) o monopólio educativo do Estado está relacionado à promoção do *igualitarismo*, isto é, à elevação da educação destinada a formar bons cidadãos e à supressão da educação da personalidade, além da violação do direito pré-estatal dos pais sobre a educação de seus próprios filhos; ii) a liberdade de educação à margem do Estado, por sua vez, está relacionada à visão obsoleta dos direitos de primeira dimensão, que ignora a dimensão positiva das liberdades, inclusivamente da liberdade educativa, e, portanto, rejeita a participação do Estado na educação, até mesmo a que seja destinada a possibilitar aos indivíduos e às famílias uma liberdade *concreta* de educação<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Op. cit., pp. 37 e ss.

<sup>403</sup> *Ibidem*.

<sup>404</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 888.815/RS. Tribunal Pleno. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12/09/2018.

<sup>405</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Op. cit., p. 38.

<sup>406</sup> *Ibidem*., pp. 38 e ss.

Enfim, nota-se que a *liberdade de educação protegida pelo Estado* está relacionada com a melhor e mais atual perspectiva sobre os direitos fundamentais. O termo “liberdade” anuncia que se trata, à partida, de um direito de primeira dimensão, que exige a abstenção do Estado; por outro lado, o termo “protegida” está relacionado à dimensão positiva da liberdade, ou seja, a possibilidade de intervenções estatais para garantir a concretização dessa liberdade para todos igualmente, sem coerções, sem pluralismos forçados ou quaisquer outras distorções<sup>407</sup>.

Historicamente – destaca-se a história entre as várias possíveis ciências adjacentes ao direito<sup>408</sup> –, pode-se verificar, notadamente nos períodos medieval e da antiguidade, o *monopólio escolar*, ou seja, toda a atividade educativa na responsabilidade de uma só entidade<sup>409</sup>.

Salvo a situação de Esparta, na Grécia Antiga, em que de fato houve um monopólio educativo de cunho militar, o *monopólio educativo* não existiu efetivamente no mundo antigo e medieval. A diferença entre os referidos monopólios (escolar e educativo) é a seguinte: o monopólio educativo tem caráter eminentemente ideológico e autoritário: a instituição ou entidade que o detém possui uma intenção *totalitária* de difundir uma determinada doutrina de forma *coercitiva*, quer dizer: proibindo outras instituições (inclusive a familiar), com outras doutrinas, de educar, seja por suas próprias escolas, seja pela educação doméstica. O monopólio escolar, de outro modo, apesar de estar relacionado com a educação oferecida por uma só entidade, não tem esse caráter coercitivo e totalitário<sup>410</sup>.

No mundo medieval, a educação estava nas mãos da Igreja Católica e, de fato, havia o monopólio escolar dessa instituição. A Igreja não tinha, porém, monopólio educativo: o ensino católico não era coercitivo. Não há, no período medieval ou em qualquer outro, registros de documentos oficiais por meio dos quais a Igreja tenha requerido a exclusividade no campo da educação; em vez disso, o monopólio escolar existia em razão da unanimidade da sociedade europeia da época em aceitar e requerer o ensino católico<sup>411</sup>.

Isso se dava em razão de ter sido a Igreja, naquela época, a detentora de toda a tradição cultural greco-romana, a qual, se não fosse o movimento da Igreja, inclusive educacional, teria

---

<sup>407</sup> *Ibidem*.

<sup>408</sup> Sobre a conveniência da importação das ciências adjacentes ao estudo da ciência jurídica: LOPES, Pedro Moniz. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>409</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 39 e ss.

<sup>410</sup> *Ibidem*.

<sup>411</sup> *Ibidem*, pp. 40 e ss.

provavelmente sido extinta<sup>412</sup>. THOMPSON FLORES, ao enfrentar o tema, observa que até mesmo o direito civil, que tem uma base romana comum no mundo ocidental, não nos teria chegado *vivo* se não fosse a Igreja Católica a conduzi-lo, pelos séculos, à modernidade<sup>413</sup>:

O poder terreno da Igreja expande-se de forma exponencial, sendo fato conhecido na história, o poder dos abades, bispos e cardeais, exercido sobre senhores feudais e, mesmo, príncipes e reis. Portanto, sendo praticamente os únicos detentores e guardiões da cultura greco-romana, em uma sociedade extremamente ignorante, cujos líderes, que se impunham pela capacidade guerreira, no mais das vezes eram analfabetos, razão pela qual nada mais natural do que a própria aplicação do direito se efetivasse direta ou indiretamente por meio das autoridades eclesiásticas, mentores e principais conselheiros da nobreza.

É assim que, mesclado com o direito canônico (por sua vez, com forte influência do direito romano) e com características do direito germânico (em especial seu caráter solidário, que se contrapõe ao caráter individualista romano), o direito romano vem formar a base do direito civil moderno.

A Igreja, nesse contexto, foi, efetivamente, a *educadora da Europa*, salvando-a da barbárie; um dos movimentos que justificam tal assertiva foi a criação do modelo universitário existente hoje ao redor do planeta, como esclarece THOMAS WOODS<sup>414</sup>:

Embora muitos colegiais de hoje não sejam capazes de situar cronologicamente a Idade Média, estão convencidos de que foi um período de ignorância, superstição e repressão intelectual. Nada mais longe da verdade, pois é à Idade Média que devemos a maior – e inigualável – contribuição intelectual da civilização ocidental para o mundo: o sistema universitário.

Pois bem, a unanimidade pró-ensino católico foi quebrada pela Reforma Protestante – isto, junto com a quebra da unidade espiritual europeia da época. Assim, foi a partir da Reforma que veio à tona a educação estatal obrigatória, isto é, com frequência *obrigatória* das crianças.

---

<sup>412</sup> FLORES, Paulo R. M. Thompson. *Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, pp. 54 e ss.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>414</sup> WOODS, Thomas. *Op. cit.*, p. 61.

O ensino, a partir disso, passou a estar relacionado à coerção estatal e não à aceitação da sociedade em geral<sup>415</sup>.

Essa visão coercitiva da educação, mais tarde, foi amplamente utilizada e desenvolvida na Revolução Francesa<sup>416</sup>, nomeadamente pelos jacobinos, que eram defensores da concepção socializante da educação (e estatista) em detrimento da personalizante<sup>417</sup>. Desse modo, aduz PAULO ADRAGÃO, “(...) a Revolução Francesa de 1789 veio a constituir a viragem histórica que faltava para o advento de um monopólio educativo estatal de raiz ideológica.”<sup>418</sup>. É nesta época que surge mais nitidamente, como produto da ideologia jacobina, a concepção de que as crianças pertencem ao Estado e não aos pais<sup>419</sup>:

A ideologia jacobina teve uma aplicação efémera entre 1972 e 1974: no entanto, contribuiu decisivamente para o surgimento do monopólio educativo do Estado de caráter ideológico, já na primeira metade do séc. XIX, para além de preparar o caminho às concepções totalitárias posteriores.

Nesse sentido, TELMA RESSINETI, não obstante, em alguns pontos, seja apologista das influências da Revolução Francesa para a educação no Brasil, ao tratar dessas influências, destaca que os jacobinos utilizaram a educação obrigatória para *produzir consenso* sobre temas de seus interesses<sup>420</sup>.

Prosseguindo, o dirigismo educacional, depois, ganha força com Napoleão, que declarou, expressamente, usar o ensino como arma política, isto é, para influenciar os educandos moral e politicamente<sup>421</sup>. Enfim, são os totalitarismos do século XX, os Estados de base marxista, fascista e nazista, que levaram ao *ápice* a concepção estatista e socializante da

---

<sup>415</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 42 e ss.

<sup>416</sup> Tal fato é reconhecido mesmos entre os autores que louvam a Revolução Francesa e a educação obrigatória, como em: RESSINETI, T. R.; Costa, A. C. *A influência da Revolução Francesa no debate sobre a educação como política pública estatal e a democratização do ensino no Brasil*. In: 11º Encontro de Pesquisa em Educação da Região Sudeste, 2014, São João del Rey - MG. Pesquisa, políticas públicas e direito à educação, 2014. pp. 1-10, como se pode verificar do seguinte trecho: “O ideário da escola pública, universal, laica, obrigatória e gratuita, hoje propagado como sustentáculo da democracia e requisito indispensável à consecução da cidadania, incorporou em sua formulação a herança das consignas da Revolução Francesa (...)”.

<sup>417</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 46 e ss.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>420</sup> RESSINETI, T. R.; Costa, A. C. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>421</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 49 e ss.

educação, ou seja, o ensino utilizado como instrumento para dirigir os educandos nos sensíveis campos da filosofia, da moral e da religião – esta, notadamente por uma vertente arreligiosa ou antirreligiosa<sup>422</sup>. Naturalmente, tal expediente é, de forma manifesta, incompatível com o direito dos pais sobre a educação dos filhos em quaisquer de suas posições jurídicas.

No século XXI, pode parecer que está superada a concepção de monopólio educativo estatal, ou que tal concepção tenha acabado junto com os Estados totalitários do século anterior. Mas não: na verdade, o que há, atualmente, no mundo ocidental, de *intenções totalitárias*, usa como instrumento de difusão desses ideais justamente o sistema de educação. No entanto, isso não ocorre por meio de tentativas de tomada do poder através de iniciativas políticas ou militares a fim de, posteriormente, dominar a educação e monopolizá-la; ao contrário: trata-se de dominar, primeiro, a cultura e a educação para, depois, impor uma ideologia totalitária<sup>423</sup>.

#### **2.5.4: Da revolução cultural por meio da educação e do patrono da educação brasileira**

Nessa linha, destacam-se as ideologias categorizadas como *neo-marxismos*, e, como um dos principais pensadores, um dos fundadores do Partido Comunista Italiano, ANTÔNIO GRAMSCI. Suas ideias traduzem bem o modo de agir supramencionado<sup>424</sup>:

(...) não se trata de apropriar-se do Estado para dominar a sociedade, mas de conquistar a sociedade para apropriar-se do Estado. Os intelectuais devem ser conquistados ideologicamente, sobretudo, através da escola, que substituiu a Igreja: os intelectuais são os difusores mais eficazes das ideias. A Universidade, a magistratura, a arte, devem ser marxizadas.

E completa MARIANO FAZIO<sup>425</sup>:

Depois da queda do império soviético desapareceram muitos aspetos políticos e econômicos do sistema totalitário marxista. Porém, enquanto ideologia materialista e imanentista, o marxismo de Gramsci conseguiu dar vida à

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, pp. 50 e ss.

<sup>423</sup> FAZIO, Mariano. *Op. cit.*, pp. 171 e ss.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 173.

cultura laica e radical, que ainda está presente em vastos setores da sociedade ocidental.

No Brasil, a propagação da ideologia pela cultura e, mais especificamente, por intermédio da educação foi amplamente desenvolvida a partir dos ensinamentos de PAULO FREIRE, o *patrono da educação brasileira*<sup>426</sup>.

PAULO FREIRE, em suas obras, das quais partem a concepção de educação mais abrangente hoje no Brasil, defende a tese de que deve ser superada a *educação bancária* – conceito que faz referência metafórica aos bancos, isto é, muito claramente, uma alusão ao capitalismo, sistema econômico alvo das críticas marxistas – ou seja, a que implica transmissão dos conhecimentos pré-concebidos do professor para o aluno numa relação pretensamente marcada por uma *opressão*. Assim, PAULO FREIRE concebia uma educação que pressupõe uma emancipação política do aluno a partir dos conceitos marxistas imanentistas de redução da realidade à *luta de classes*. O autor transfere a teoria marxista da opressão na relação patrão-trabalhador para a professor-aluno<sup>427</sup>:

Na verdade, toda dominação implica uma invasão, não apenas física, visível, mas às vezes camuflada, em que o invasor se apresenta como se fosse o amigo que ajuda. No fundo, invasão é uma forma de dominar econômica e culturalmente o invadido. (...)

Como manifestação da conquista, a invasão cultural conduz à inautenticidade do ser dos invadidos. O seu programa responde ao quadro valorativo de seus atores, a seus padrões, a suas finalidades. (...)

É preciso que o eu oprimido rompa esta quase “aderência” ao tu opressor, dele “afastando-se”, para objetivá-lo, somente quando se reconhece criticamente em contradição com aquele.

Com astúcia, o autor substitui a transmissão da herança cultural aos alunos por uma opressão ou *invasão econômica e cultural do invadido*, que é o aluno. PAULO FREIRE, entretanto, não soluciona o problema do porquê de os seus próprios ensinamentos também não implicarem, igualmente, opressão e invasão. No fundo, as pretensões do autor são, de fato, invasivas, pois pretendem, furtivamente, sob o pretexto de *conscientizar* os alunos e criar neles

<sup>426</sup> BRASIL. Lei n.º 12.612, 2012, art. 1º: “O educador Paulo Freire é declarado Patrono da Educação Brasileira”.

<sup>427</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, Edição Kindle, 2013, pp. 185-186.

um *pensamento crítico*, alcançar a *revolução cultural marxista* através da educação. Nas palavras do próprio autor<sup>428</sup>:

Isto exige da revolução no poder que, prolongando o que antes foi ação cultural dialógica, instaure a “revolução cultural”. Desta maneira, o poder revolucionário, conscientizado e conscientizador, não apenas é um poder, mas um novo poder; um poder que não é só freio necessário aos que pretendiam continuar negando os homens, mas também um convite valente a todos os que queiram participar da reconstrução da sociedade.

A educação libertadora, que, na teoria do autor, deve substituir a educação bancária, é falaciosa, pois não é possível o desenvolvimento intelectual dos alunos sem a transmissão da herança cultural; igualmente, não é possível o pensamento crítico sem, antes, uma vida intelectual madura caracterizada justamente pela absorção dessa herança cultural. Nesse sentido, RAFAEL NOGUEIRA<sup>429</sup> sobre as ideias ora descritas do patrono da educação brasileira:

Os problemas mais flagrante dessas ideias são estes: (...) não é possível ao pensar (a não ser que o faça como um homínídeo) sem receber os valores que representam a herança do passado, e isso não é só questão de convivência sem método, o que toma formidavelmente o tempo e a energia por falta de planejamento, mas, sim, de transmissão de conhecimentos acumulados. Aprender pela descoberta faria cada geração ter de se demorar imensamente em processos que podem ser vencidos por meio dos “depósitos bancários”.

De qualquer sorte, o verdadeiro intento de PAULO FREIRE é a revolução cultural de tipo marxista através da educação, nomeadamente da educação promovida pelo Estado; é propaganda ideológica sub-reptícia nas salas de aula; pode-se dizer também: são “depósitos bancários” marxistas travestidos de uma educação libertadora<sup>430</sup>. Tal autor, com efeito, concretizou no Brasil o ideal gramsciano supramencionado: “Os intelectuais devem ser conquistados ideologicamente, sobretudo, através da escola (...)”. Essa concepção educativa, à evidência, não é libertadora, mas ao contrário, é precisamente a concepção estatista da

---

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>429</sup> NOGUEIRA, Rafael. “Apontamentos sobre a educação bancária” in *Desconstruindo Paulo Freire – Thomas Giulliano* (organizador). Porto Alegre: História Expressa, 2017, p. 86.

<sup>430</sup> *Ibidem*, pp. 86 e ss.

educação, na qual a doutrinação ideológica nas escolas é justificável pois é negada a primordialidade dos pais sobre a educação dos filhos em relação ao Estado.

### **CAPÍTULO 3: Da fiscalização de constitucionalidade e da prenunciada jurisprudência do STF do Brasil**

#### **3.1: Da fiscalização de constitucionalidade**

A aplicabilidade direta e imediata das normas de direitos fundamentais, os quais estão, via de regra, constitucionalmente positivados, está intimamente relacionada ao princípio da supremacia da Constituição. Conforme esse princípio, a Constituição está acima das demais leis de um país; está *no topo da pirâmide* de leis<sup>431</sup>. Desse modo, naturalmente, as demais leis devem estar em consonância com a Carta Magna; nessa linha, explica OLAVO FERREIRA<sup>432</sup>:

A Constituição Federal é a norma fundamental, ou seja, é nela que buscamos o fundamento de validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico, ocupando o ápice da pirâmide de Kelsen. Todas as situações jurídicas devem com ela guardar relação de compatibilidade, sob pena de não nascerem válidas.

Em alguns países, há previsão constitucional expressa de que as demais leis se sujeitam à Lei Fundamental; é assim em Portugal: “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.” (Artigo 3º, 2)<sup>433</sup>. No Brasil, diferentemente, o princípio da supremacia da Constituição existe, mas é *implícito*, extraível da análise sistêmica de outras normas que preveem a rizeja das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade<sup>434</sup>.

Com efeito, o tema da superioridade dos direitos fundamentais e da Constituição em face das demais normas relaciona-se com o surgimento da fiscalização de constitucionalidade pelo poder judiciário: todos os poderes estão submetidos aos direitos fundamentais e à Constituição, mas cabe ao judiciário a *última palavra* através desse sistema de fiscalização ou

---

<sup>431</sup> A representação da hierarquia de leis com uma pirâmide na qual a Constituição está no topo remonta à Hans Kelsen, como esclarecido em NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>432</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 23.

<sup>433</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

<sup>434</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.*, p. 25.

controle, não obstante existam, em geral, mecanismos de controle de constitucionalidade nos outros poderes, tal como explica ROBERTO BARROSO acerca da realidade brasileira<sup>435</sup>:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

Essa *superioridade* da Constituição em face das demais leis tem uma raiz histórica nos Estados Unidos da América e outra na Europa. Na Europa está marcada pela teoria kelseniana da pirâmide das leis, nomeadamente no contexto do advento do controle de constitucionalidade na Constituição da Áustria de 1920<sup>436</sup>. Para KELSEN, uma Constituição que não tenha um sistema de controle, isto é, de punição das normas inconstitucionais, não é exatamente obrigatória<sup>437</sup>: eis a imprescindibilidade de que exista um sistema de fiscalização destinado a afastar do ordenamento as normas inconstitucionais, o que está diretamente relacionado à garantia da referida superioridade – ou *supremacia* – do texto constitucional.

Na teoria kelseniana, contudo, ao menos num primeiro momento, está em cena apenas de uma *superioridade formal*, por isso, no começo do controle de constitucionalidade europeu, o poder judiciário, notadamente pela instituição do Tribunal Constitucional, verificava a constitucionalidade de uma lei apenas do ponto de vista *procedimental*, e apenas excepcionalmente do *material*: não se extirpava, em regra, do ordenamento jurídico, leis que não estivessem acordes com o espírito axiológico da Constituição, mas apenas aquelas que não respeitavam as normas de competência (inconstitucionalidade orgânico-formal)<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistêmica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

<sup>436</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2021, *op. cit.*, pp. 27728-27729.

<sup>437</sup> *Ibidem.*, pp. 27643-27644.

<sup>438</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 154 e ss.

Ademais disso, o poder judiciário era tido apenas como *legislador negativo*, por afastar do ordenamento leis inconstitucionais na perspectiva orgânico-formal; o papel criativo, próprio do legislador positivo, era-lhe recusado<sup>439</sup>.

O sistema europeu do início do século XX, de que ora se está tratando, inaugura o controle *concentrado* ou *abstrato* de constitucionalidade, em que há um tribunal específico para realizar tal fiscalização (caráter “concentrado”) e, além disso, a constitucionalidade das leis é realizada fora de um processo judicial concreto, ou seja, é feita num processo em que se discute *apenas* a constitucionalidade de determinada norma (caráter “abstrato”). Por isso, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade acontece em sede de *processo objetivo*, isto é, em que não partes, pois se analisa tão somente a constitucionalidade da norma<sup>440</sup>.

Das vantagens desse sistema, é de se destacar a segurança jurídica, afinal, a constitucionalidade está a ser decidida por apenas um órgão, que há de dar, nesse ato de fiscalização, a certeza do direito<sup>441</sup>. Das desvantagens, é de se destacar a acessibilidade a esse tipo de controle: são poucos os legitimados a provocar o órgão que exerce esse mister. Destaque-se, ademais, o poder exagerado desse único órgão, o que o torna vulnerável às mais variadas formas de pressões políticas; tal quadro de desvantagens oferece o risco, como alerta JORGE MIRANDA, de “(...) se subtrair, na prática, a Constituição, a sua interpretação e os seus valores aos tribunais judiciais.”<sup>442</sup>.

De outro modo, na América, a *Supreme Court*, no início do século XIX, já havia iniciado o controle de constitucionalidade das leis. A fiscalização americana, entretanto, não se parecia com o modelo que seria praticado no século seguinte na Europa, qual seja, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; diferentemente: inaugurava-se Estados Unidos o que se tem por controle *difuso* e *concreto* de constitucionalidade, ou seja, todos os órgãos do poder judiciário habilitados para afastar do ordenamento uma lei inconstitucional (caráter “difuso”) em cada caso concreto (caráter “concreto”), isto é, num processo judicial ordinário, em que há partes. Note-se que não se trata de uma lei analisada em sua constitucionalidade de forma abstrata, mas, sim, *de modo incidental*, dentro de um *processo subjetivo*<sup>443</sup>.

Normalmente, considera-se que o controle difuso e concreto nasceu no antológico caso, julgado pela *Supreme Court*, *Marbury vs. Madison*, considerado pela doutrina como o

---

<sup>439</sup> *Ibidem*.

<sup>440</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.*, pp. 53 e ss.

<sup>441</sup> RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 43 e ss.

<sup>442</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra Editora, 1996. p. 384.

<sup>443</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.*

primeiro caso – mais especificamente, o primeiro que “ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos”<sup>444</sup> –, em geral, de fiscalização de constitucionalidade. O caso se deu num contexto político delicado: após as eleições dos Estados Unidos do ano de 1800, em que foi derrotado John Adams pelo candidato republicano Thomas Jefferson, houve, como explica ROBERTO BARROSO, uma tentativa do candidato derrotado de manter sua ingerência política através do poder judiciário<sup>445</sup>.

Nesse contexto, JORGE R. NOVAIS aponta que a Corte Americana trilhou, nesses tempos iniciais de controle de constitucionalidade um itinerário de “*apropriação* judicial das questões jusfundamentais” e, concomitantemente a isso, enviesou-se a uma linha ideológica que o autor chama de “liberal-burguesa”<sup>446</sup>.

Diferentemente da gênese do sistema kelseniano, em que se criou um controle de constitucionalidade que apenas garantia um controle formal de constitucionalidade, o sistema americano, tido por *judicial review*, conforme aponta JORGE R. NOVAIS, desde o seu nascimento, afastava também as normas materialmente inconstitucionais, isto é, as quais, nos juízos da Corte Americana, violavam os *valores constitucionais*, mas o fazia sob um determinado viés ideológico-político<sup>447</sup>:

(...) sob a capa da supremacia material da Constituição e dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos desenvolvia, com sucesso, nas primeiras décadas do século XX, uma resistência contra os programas políticos democráticos de regulação, transformação e redistribuição social.

Esse fato é uma das explicações para a não adoção, na Europa, no século seguinte, do modelo americano: em especial, a negação do controle de constitucionalidade material do modelo europeu: “(...) a mera importação, como tal, do modelo americano poderia pôr em causa, precisamente, a evolução prometida pelas novas concepções de democracia e de justiça social.”<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistêmica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, Op. cit., p. 27.

<sup>445</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>446</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>448</sup> *Ibidem*.

De qualquer sorte, o controle americano de constitucionalidade, notadamente a partir do caso *Marbury vs. Madison*, sagrou, nas palavras de ROBERTO BARROSO, os “três grandes fundamentos” do controle de constitucionalidade, que são, na contemporaneidade, plenamente adotados, inclusivamente em Brasil e Portugal, quais sejam: (i) a supremacia da Constituição, (ii) o princípio da nulidade da lei inconstitucional e (iii) o poder judiciário como último intérprete da Lei Fundamental<sup>449</sup>.

O controle difuso e concreto de constitucionalidade possui, como ponto positivo, a *simplicidade*: todos os juízes, quando da aplicação da lei casos concretos, têm o poder-dever de deixar de aplicar uma lei inconstitucional. Este modelo, no entanto, pode apresentar, por razões evidentes, dificuldades no que diz respeito à segurança jurídica<sup>450</sup>.

Ambos os modelos de controle, difuso e concentrado, tocam-se. Nesse sentido, GOMES CANOTILHO<sup>451</sup> alerta para essa ausência de diferença absoluta:

Refira-se, porém, que esta distinção é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjectivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional e, por outro lado, no processo objectivo, dirigido fundamentalmente à defesa da ordem constitucional, não está ausente a ideia de protecção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Nesse sentido, o caminho do *sistema misto* é bastante natural e é o sistema adotado em Brasil e Portugal – em ambos esses países convivem a fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade<sup>452</sup>. JORGE R. NOVAIS aponta que o sistema *híbrido* (misto) do *judicial review* com o modelo europeu é o mais moderno e o mais benéfico para a justiça constitucional<sup>453</sup>.

### **3.2: Do ativismo judicial do STF e da tensão entre democracia e direitos fundamentais**

---

<sup>449</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistêmica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, *Op. cit.*, p. 28.

<sup>450</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.*, pp. 44 e ss.

<sup>451</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p 861.

<sup>452</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.*, pp. 40 e ss.

<sup>453</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 164 e ss.

A justiça constitucional despontou após a Segunda Guerra Mundial. A noção de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais foi amplamente difundida. A fiscalização de constitucionalidade material, a qual implica o filtro, pelo poder judiciário, das normas e atos normativos dos poderes públicos de acordo com os *valores constitucionais*, passa a ser realizada com vigor<sup>454</sup>. Isto, todavia, como é evidente, implica grande destaque do poder judiciário em relação aos demais poderes. Essa concentração de poder dá-se, nomeadamente nos países onde a fiscalização material de constitucionalidade é mais alargada, nos respectivos tribunais constitucionais, que são órgãos que se situam “objectivamente num terreno de fronteiras dificilmente delimitáveis, dir-se-ia que situado a meio-caminho entre desempenhar uma função judicial ou uma função política, entre ser legislador negativo ou legislador positivo.”<sup>455</sup>.

De regra, o poder judiciário, seja no controle abstrato ou concreto de constitucionalidade, atua como legislador negativo, fulminando uma norma inconstitucional do ordenamento (no controle abstrato) ou, ao menos, afastando sua aplicação num determinado caso concreto (controle concreto); excepcionalmente, atua como legislador positivo, quando dá à decisão judicial *efeitos aditivos*, o que, na prática, *criar uma norma*, tal como ocorreu no Brasil, no já mencionado julgamento em que o STF criou um tipo penal ao criminalizar a homofobia em sede de um julgado de inconstitucionalidade por omissão<sup>456</sup>.

CARLOS BLANCO DE MORAIS aponta que, no controle de constitucionalidade brasileiro, fortemente marcado pelo *neoconstitucionalismo ideológico*, os julgamentos de inconstitucionalidade por omissão de direitos sociais – que não poderiam, no mais das vezes, ter efeitos aditivos aplicados pelo poder judiciário pois, como visto, os direitos sociais normalmente têm baixa densidade normativa e dependem de vontade política<sup>457</sup> –, ao lado da instrumentalização das normas principiológicas para ocultar utilização, como fundamento da decisão, de um “catecismo ideológico” ao invés do regramento constitucional, são fonte de

<sup>454</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira*. *Op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>455</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 175

<sup>456</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF e MI 4733/DF. Tribunal Pleno. Relatores respectivos: Ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Julgamento: 13/06/2019.

<sup>457</sup> ALVES, Igor Costa. *Homeschooling: mera possibilidade ou liberdade fundamental? Uma análise jurídica do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 888.815 pelo Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.*, p. 74: “(...) as normas de direitos sociais preceptivas, ainda que não exequíveis por si sós – condicionadas à existência de uma lei regulamentadora –, são direitos subjetivos públicos; podem ser concretizadas, isto é: sua aplicação imediata pode ser garantida pela justiça desde que se identifique uma omissão inconstitucional. As últimas, programáticas, de outra forma, não só não são exequíveis por si mesmas como, por não serem preceptivas, configuram apenas uma pretensão objetiva, mas não um direito subjetivo público, quer dizer: não podem ser concretizadas senão por opção política dos órgãos legiferantes. Portanto, a justiça, num juízo de omissão inconstitucional, não pode prolatar uma sentença de efeitos aditivos para garantir um direito social constante de norma constitucional programática – à exceção da tese do mínimo de efetividade.”

ativismo judicial e de usurpação do campo de atuação dos outros poderes<sup>458</sup>. Nessa esteira, JOSÉ EDUARDO SIQUEIRA afirma que, o STF tem atuado como um *poder moderador dos demais poderes*, “à semelhança do poder moderador do Brasil imperial”<sup>459</sup>.

Com efeito, no Brasil, o STF tem se destacado na realização alargada da fiscalização material de constitucionalidade. Estudo recente feito pela Universidade de Brasília, no entanto, aponta que essa atuação tem, estatisticamente, servido mais aos interesses corporativos das figuras legítimas para provocar o Tribunal em sede de controle abstrato de constitucionalidade do que para concretizar os direitos fundamentais previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal<sup>460</sup>. Tal crítica soma-se a várias outras de ativismo judicial do STF, isto é, de que o Tribunal tem invadido as competências dos outros poderes da República. Isto, entretanto, traz ao Supremo Tribunal brasileiro um problema de legitimidade: os juízes da Corte não são eleitos democraticamente e, por conseguinte, se, ao julgar normas e atos normativos dos outros poderes, ultrapassa seus limites institucionais, está, a rigor, a atentar contra a própria democracia<sup>461</sup>.

Nesse quadro, deve-se ter em conta que a justiça constitucional, do modo como é atualmente concebida, assume, como ressaltado diversas vezes pelo STF brasileiro, um papel *contramajoritário*: quando a maioria, através dos poderes cujos membros são eleitos pelo povo, produz normas ou atos normativos que atentam contra os direitos fundamentais-constitucionais, tais normas devem ser declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, desde que provocado a fazê-lo. Nesse sentido, as *minorias*, ainda que não estejam suficientemente representadas nos poderes da República, não têm seus direitos fundamentais solapados pelos representantes da maioria. Trata-se da teoria *dworkiniana* dos *direitos fundamentais como trunfos contra a maioria*<sup>462</sup>.

A teoria dos direitos fundamentais como trunfos é normalmente relacionada a uma *integração* entre direitos fundamentais e democracia: só há democracia onde há direitos fundamentais plenamente estabelecidos, como a igualdade e a liberdade, e, de outro lado, só há

---

<sup>458</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais: Um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* *Op. cit.*, pp. 175 e ss. Sobre a instrumentalização das normas principiológicas para tal finalidade, também vale destacar SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda. *Op. cit.*, pp. 116 e ss.

<sup>459</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>460</sup> BENVINDO, Juliano Zeiden; et al. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática da Defesa dos Direitos Fundamentais*. Pesquisa Edital MCT/CNPq, no 14/2010 – Universidade de Brasília, 2014.

<sup>461</sup> WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005.

<sup>462</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 43 e ss.

direitos fundamentais num ambiente efetivamente democrático, em que não há totalitarismo. JORGE R. NOVAIS alerta, no entanto, que, na prática da jurisdição constitucional, isto é, quando o poder judiciário está diante de uma norma ou de um ato de um outro poder e tem de julgá-lo em conformidade ou disformidade com a Constituição, há *não exatamente integração*, mas, verdadeiramente, *tensão entre democracia e direitos fundamentais*: de um lado, uma norma ou um ato oriundo de um poder democraticamente justificado; do outro, o poder judiciário, sem a mesma justificação democrática, mas com a responsabilidade institucional de garantir a supremacia da Constituição, e concretamente com a tarefa de analisar se fulmina, ou não, do mundo jurídico aquela norma ou ato impugnado<sup>463</sup>.

Nesse contexto, JEREMY WALDRON critica o sistema de justiça constitucional como atualmente concebido em razão da *falta de legitimidade do poder judiciário*: para o autor, todos os esforços dos poderes legiferantes para fazer as leis, toda a movimentação social que isso envolve, podem restar frustrados por uma visão diferente de alguns juízes não eleitos democraticamente. Ressalta o autor que esses juízes também divergem entre si<sup>464</sup>, o que denota que temas mais sensíveis e controversos devem ter a última palavra dada pelo parlamento, e não por alguns juízes sem legitimidade para expressar a vontade do povo; isto, sob pena da *tiranía do poder judiciário*. Por isso, conclui o autor que as divergências sobre o *alcance* e o *conteúdo* dos direitos fundamentais devem ser solvidas nos parlamentos e não nos tribunais<sup>465</sup>.

JEREMY WALDRON observa, ainda, que, quando se fala em justiça constitucional, há o protagonismo de três elementos: o poder judiciário, o legislativo e os direitos fundamentais, todavia, a doutrina constitucionalista atual, quando trata do tema, enfatiza o poder judiciário e os direitos fundamentais e deixa o legislativo em segundo plano, o que expressa a proeminência do poder judiciário no constitucionalismo contemporâneo. Isso, na perspectiva do autor, é injusto, visto que é precisamente nos parlamentos que acontecem as debates mais abertos e mais democráticos; é, ademais, nos parlamentos que está mais presente o pluralismo social. É o parlamento que tem, conforme destaca o autor, as *credenciais democráticas*; por isso, arremata que é inapropriada a metáfora dworkiniana dos direitos fundamentais como trunfos, e como

---

<sup>463</sup> Ibidem, pp. 27 e ss.

<sup>464</sup> WALDRON, Jeremy. *Op cit.*, p. 23: “Resulta especialmente insultante cuando descubrimos que los jueces discrepan entre sí exactamente sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sua representantes, y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría.”. Tradução nossa: “É especialmente insultante quando descobrimos que os juízes discordam uns dos outros exatamente nos mesmos pontos que os cidadãos e seus representantes, e que os juízes na sala do tribunal também tomam suas decisões mediante o voto da maioria.”

<sup>465</sup> Ibidem, pp. 30 e ss. do estudo preliminar.

trunfos sob a *palavra final* do poder judiciário, pois “No podemos jugar nuestras cartas de triunfo si estamos em desacuerdo sobre cuáles son los palos de la baraja.”<sup>466</sup>.

JORGE R. NOVAIS, de outro modo, defende o constitucionalismo forte em detrimento do constitucionalismo débil; ou seja, sustenta a imprescindibilidade de uma justiça constitucional robusta principalmente “pelo facto de os tribunais as decidirem de forma totalmente independente enquanto questões jurídicas e de essas decisões serem vinculativas para todos os poderes;”<sup>467</sup>. O autor anota que decidir de forma totalmente independente e com base, estritamente, nas questões jurídicas, significa deixar de lado questões axiológicas em prol da aplicação do direito, nomeadamente do direito constitucional. Nesse contexto, ressalta que, em questões sensíveis, as quais envolvem “subjectivismo na apreciação”, o juiz atento aos seus limites institucionais tende a não suplantam a palavra final dada pelo poder do qual é oriundo o ato ou a norma sob apreciação; *in litteris*<sup>468</sup>:

(...) o juiz pondera bem contra bem, por exemplo, liberdade de religião contra direito à vida, liberdade de expressão contra direito à honra, liberdade de imprensa contra direito à privacidade, liberdade pessoal contra segurança do Estado, ou, o que é praticamente equivalente, pondera as respectivas normas de protecção daqueles valores, e uma vez que há um elevado grau de subjectivismo na apreciação, um juiz que atenda aos limites da função judicial tende naturalmente a não inviabilizar as decisões tomadas pelo poder político democraticamente legitimado desde que elas não surjam como evidentemente arbitrárias ou contrárias aos valores constitucionais.

Mesmo assim, JORGE R. NOVAIS não deixa de reconhecer que “(...) a existência de uma justiça constitucional é sempre uma entorse à democracia: perde-se sempre algo, em termos democráticos, quando se institui um tribunal a quem se dá o poder de, em nome de uma certa interpretação da Constituição, anular as decisões dos órgãos democraticamente legitimados.”<sup>469</sup>. Nesse sentido, conclui o autor que esse custo democrático – o custo de existência da justiça constitucional – só se justifica se a justiça constitucional é realizada, seja pelo controle abstrato ou concreto, com fundamentos estritamente jurídicos – notadamente os

---

<sup>466</sup> WALDRON, Jeremy. *Op cit.*, p. 18. Tradução nossa: “Não podemos jogar nossas cartas de triunfo se estamos em desacordo sobre quais são os naipes do baralho.”

<sup>467</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>468</sup> *Ibidem.*, p. 247.

<sup>469</sup> *Ibidem.*, p. 182.

jurídico-constitucionais –, e não axiológico-subjetivos, isto é, segundo a arbitrariedade de cada julgador e cada composição de determinado tribunal; por isso, salienta<sup>470</sup>:

(...) o exercício da justiça constitucional tem de se manter nos estritos limites de funcionamento de uma jurisdição que decide segundo princípios jurídicos. (...) De outra forma, se o exercício da justiça constitucional de algum modo se traduzisse na imposição das particulares concepções políticas ou filosóficas dos juízes constitucionais sobre qual a melhor forma de compatibilização dos direitos fundamentais com interesses e valores conflitantes numa sociedade plural, então muito duvidosamente a privação imposta aos poderes políticos teria resultado numa solução democraticamente aceitável.

Ambos os autores aqui mencionados, JEREMY WALDRON, que critica severamente a existência da justiça constitucional como atualmente concebida, e JORGE R. NOVAIS, que, diversamente, propõe a existência de uma justiça constitucional forte, partem de premissas filosófico-jurídicas de matriz *positivista*. No caso do primeiro autor, isso é reconhecido expressamente em sua obra e, ademais, em ambos os autores, restam bastante claras as suas afirmações contrárias a considerações morais em sede da aplicação do direito<sup>471</sup>.

Com efeito, a concepção jurídico-filosófica positivista é incompatível com a que se apresentou no início deste trabalho, qual seja, a do realismo jurídico clássico, conforme a qual o direito é uma realidade moral que tem bases naturais não sujeitas ao arbítrio da opinião de cada um<sup>472</sup>, e, nesse sentido, o direito positivo, que é constituído de matérias opináveis, não deve contrariar as leis naturais, as quais, num constitucionalismo saudável, confundir-se-iam com o conteúdo dos próprios direitos fundamentais reconhecidos<sup>473</sup>. Consoante essa cosmovisão jurídica, uma decisão da justiça constitucional sobre o alcance e conteúdo dos direitos fundamentais deveria respeitar os limites – passíveis de ser alcançados pelo ser humano – das leis naturais, *as quais estão escritas na própria realidade das coisas*<sup>474</sup>.

Já o neoconstitucionalismo ideológico, diferentemente da linha positivista da pretensa existência de um direito desvinculado de quaisquer pressupostos morais, e, também, da linha do realismo jurídico clássico de existência de leis naturais objetivas que orientam o direito

---

<sup>470</sup> *Ibidem.*, p. 200.

<sup>471</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, pp. 42 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*

<sup>472</sup> HERVADA, Javier. *Op. cit.*, pp. 2 e ss.

<sup>473</sup> XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>474</sup> *Ibidem.*, pp. 81 e ss.

positivo, dá azo a que a justiça constitucional seja, ao fim e ao cabo, um exercício arbitrário ao sabor das bases valorativas de cada julgador e de cada tribunal<sup>475</sup>. Portanto, trata-se de uma visão distorcida do direito contra o que são de grande serventia, ao menos num primeiro instante, as críticas positivistas que propõem a obrigação do poder judiciário, nomeadamente, quando do exercício da fiscalização de constitucionalidade, de, ao prolatar decisões, utilizar como fundamento (razão de decidir) o direito de forma estrita, isto é, sem lançar mão de argumentos vinculados a quaisquer sentimentos pessoais do julgador, sob pena de inafastável falta de legitimidade da justiça constitucional.

Nessa tarefa de recuperar a importância das normas feitas pelos poderes legitimados pelo voto popular e, ademais, de traçar limites à atuação do poder judiciário na fiscalização constitucional para que não incorra numa atuação ilegítima, cabe destacar, também, os princípios formais como expostos por ROBERT ALEXY: “Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada.”<sup>476</sup>. O autor propõe um método de ponderação de direitos fundamentais em conflito (*fórmula do peso*), o qual, inclusive, é comumente utilizado pelo STF brasileiro<sup>477</sup>; em tal método, ele destaca a necessidade de se inserir entre as variáveis da ponderação os princípios formais, especialmente o da democracia<sup>478</sup>.

ROBERT ALEXY, em sua linha de ensinamento, já mencionada neste trabalho, de serem os princípios mandados de otimização, esclarece que há princípios materiais, como o direito à vida e à liberdade de expressão, e princípios formais, como a democracia e a segurança jurídica. A democracia, nas palavras do autor “(...) é o processo mais racional e legítimo de produção do direito.”. Sendo assim, em sede de uma ponderação de direitos fundamentais materiais, defende o autor, deve-se ter em conta também, na fórmula do peso, os princípios formais, notadamente o da democracia; assim, se, por exemplo, no sopesamento de princípios jurídicos há empate, o fato de a norma que está sob análise de constitucionalidade ter sido devidamente feita por um poder democraticamente legitimado é um *peso a mais na balança* e, por conseguinte, um fator de desempate em prol da constitucionalidade dessa norma<sup>479</sup>.

---

<sup>475</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais: Um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* Op. cit.

<sup>476</sup> ALEXY, Robert; et al. *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Op. cit. p. 13.

<sup>477</sup> SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda. *A Arbitrariedade na Fundamentação das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., pp. 95 e ss.

<sup>478</sup> ALEXY, Robert; et al. *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Op. cit. pp. 10 e ss.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 15 e ss.

### **3.3. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil acerca da ideologia de gênero nas escolas**

Nesta última etapa, serão analisados especificamente os julgados do STF brasileiro acerca da ideologia de gênero nas escolas.

#### **3.3.1: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 457**

No Brasil, o STF ocupou-se de julgar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, leis municipais a proibir expressamente a veiculação da ideologia de gênero nas escolas. Em maio de 2017, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 457 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), questionando a constitucionalidade da Lei n.º 1.516, de 30 de junho de 2015, do município de Novo Gama, do estado de Goiás, nomeadamente em face dos artigos que previam “Fica proibida a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais de Novo Gama-GO.” (Art. 1º); “Não poderão fazer parte do material didático nas escolas em Novo Gama-GO materiais que fazem menção ou influenciem ao aluno sobre a ideologia de gênero.” (Art. 3º); e “Materiais que foram recebidos mesmo que por doação com referência a ideologia de gênero deverão ser substituídos por materiais sem referência a mesma.” (Art. 4º)<sup>480</sup>.

A ação foi distribuída ao Ministro ALEXANDRE DE MORAES e, em princípio, foi rejeitada em face do princípio da subsidiariedade: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (Lei n.º 9.882/99, art. 4º, §1º). Entendeu o Ministro Relator que aquele diploma municipal poderia ser impugnado no Tribunal do estado de Goiás, em face da Constituição de Goiás, não sendo a ADPF a única via restante para fazê-lo, portanto. Em que pese a existência ineludível de tal vício formal, a PGR interpôs o recurso cabível e, então, o Ministro Relator, monocraticamente, reconsiderou a decisão anterior: acatou a argumentação do Ministério Público no sentido de que vários outros municípios estavam promulgando leis congêneres e que, portanto, era a imperiosa a fiscalização de constitucionalidade do STF sob pena de decisões conflitantes em cada estado da Federação. Nesta última decisão monocrática, o Ministro Relator

---

<sup>480</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

ALEXANDRE DE MORAES fez mais do que apenas reconsiderar a decisão: concedeu medida liminar para suspender os efeitos da legislação impugnada<sup>481</sup>.

A Advocacia-Geral da União (AGU) foi chamada a opinar no feito, oportunidade em que se manifestou no sentido de que (vale destacar): “trata-se de tema altamente polêmico, cuja introdução na agenda pública é relativamente recente, e que suscita debates muitas vezes passionais, pondo em relevo parte dos desacordos morais entre distintos segmentos da sociedade.”<sup>482</sup>.

Depois da apresentação de uma série de manifestações de entidades enquanto *amici curiae*, o processo objetivo foi a julgamento. Por unanimidade, em julgamento ocorrido em 27 de abril de 2020, o STF declarou a inconstitucionalidade formal e material da legislação impugnada; os demais Ministros acompanharam o voto do Ministro Relator ALEXANDRE DE MORAES<sup>483</sup>.

No voto condutor do julgamento, o Ministro Relator apontou, inicialmente, a inconstitucionalidade formal da lei impugnada; isto em face da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Conforme se fez constar do *decisum*, “os municípios não têm competência legislativa para a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente.”. Neste ponto de inconstitucionalidade formal, reconheceu a Suprema Corte a competência suplementar dos municípios (“suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”<sup>484</sup>) não se aplicaria, pois, no caso, o conteúdo da legislação impugnada seria contrário à legislação federal, qual seja, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96)<sup>485</sup>.

A rigor, o que fez o STF nesse juízo de constitucionalidade formal foi uma análise de legalidade e de *constitucionalidade material* da legislação impugnada; sim, porque ao negar a competência suplementar dos municípios, o Tribunal o fez com base no pressuposto de que não haveria falar nesse caráter suplementar se o teor da legislação impugnada é contrário à legislação hierarquicamente superior, qual seja, a referida Lei de Diretrizes e Bases. Tal pressuposto, contudo, é falso. A Lei de Diretrizes e Bases prevê expressamente, na linha do que

---

<sup>481</sup> *Ibidem*.

<sup>482</sup> *Ibidem*.

<sup>483</sup> *Ibidem*.

<sup>484</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art. 30, inciso II.

<sup>485</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

já há na Constituição Federal brasileira, a “liberdade de aprender”<sup>486</sup> e o “respeito à liberdade e apreço à tolerância.”<sup>487</sup>. À toda evidência, a lei municipal de Novo Gama/GO trazia proscricções à propagação da ideologia de gênero nos colégios; ora, como já esclarecido, a abordagem ideológica de qualquer tema à revelia dos pais, que, com efeito, consiste em doutrinação dos alunos em temas relacionados à moral e frequentemente contrários à mundividência dos pais, agride a liberdade de aprender dos alunos e o direito dos pais a que seus filhos não sejam educados contrariamente às suas convicções, direito que, como já demonstrado, existe em função do melhor interesse das crianças e adolescentes<sup>488</sup>.

Nesse sentido, a análise sobre a compatibilidade entre a legislação municipal impugnada e os postulados presentes em lei federal, acaba por confundir-se com o mérito, visto que os princípios previstos na Lei de Diretrizes e Bases coincidem com os princípios constitucionais. E, no que diz respeito à compatibilidade com esses princípios constitucionais, ou seja, na análise da constitucionalidade material da legislação impugnada, o STF entendeu que foram efetivamente violados a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;”<sup>489</sup>, o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;”<sup>490</sup> e a liberdade de expressão<sup>491</sup> dos professores<sup>492</sup>.

Da fundamentação do voto condutor, realce-se a citação feita pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES de que as liberdades de expressão, de comunicação e de imprensa foram suprimidas em regimes totalitários, a saber, comunismo, nazismo e fascismo, isto é, sugeriu o julgador que a legislação municipal impugnada trazia restrições a tais liberdades similares às que foram feitas nesses totalitarismos. Contudo, cabe lembrar a explicação acerca do fato de o monopólio educativo também ser próprio desses regimes; querer impor aos alunos uma moral diametralmente oposta à de seus pais é característico de um monopólio educativo<sup>493</sup>.

---

<sup>486</sup> BRASIL. Lei n.º 9.394, 1996, art. 3º, inciso II.

<sup>487</sup> *Ibidem*, inciso IV.

<sup>488</sup>XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Educação domiciliar um direito natural negativo: uma abordagem a partir da lei natural*. Atibaia: Classical Press, *Op. cit.*, p. 24.

<sup>489</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art. 206, inciso II.

<sup>490</sup> *Ibidem*, inciso III.

<sup>491</sup> *Ibidem*, art. 5º, inciso IX.

<sup>492</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

<sup>493</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 39 e ss.

A lei impugnada, ao revés, buscava justamente impedir esse monopólio através da proibição da propagação sub-reptícia de dogmas ideológicos em sala de aula<sup>494</sup>.

Não se pode deixar de registrar, também, a confusão feita nesse julgamento entre liberdade de expressão e liberdade de cátedra; esta, diferentemente daquela, consiste numa posição jurídica que não permite ao seu titular *falar o que quiser*, tendo por limites apenas a honra alheia e os demais limites próprios da liberdade de expressão em sentido amplo. Em vez disso, a liberdade de cátedra é a liberdade de *ensinar algo específico*, e está limitada ao direitos dos pais sobre a educação dos próprios filhos nos âmbitos moral, religioso e filosófico<sup>495</sup>.

Outro pressuposto falso que permeou todo o julgado é o da *tolerância*. A fundamentação do *decisum* não contemplou o verdadeiro escopo da lei, isto é, a proscrição da propagação da ideologia de gênero nos colégios. O Tribunal considerou que “Permitir que escolas abordem conteúdos ligados ao gênero não significa contraposição alguma com o papel da família e o de outras comunidades em que alunas e alunos estejam integrados, como associações, igrejas, espaços culturais etc.”, mas não considerou a possibilidade desses conteúdos ligados ao gênero serem transmitidos de forma *propagandística* e prosélita, que é justamente o que moveu a criação da lei e, como demonstrado, é precisamente o que acontece no mais das vezes.

Ora, a fiscalização de constitucionalidade no Brasil não é alheia à possibilidade de aplicação das *sentenças intermédias*, isto é, quando o poder judiciário tem diante de si uma lei apontada como inconstitucional, pode dar-lhe uma interpretação conforme a constituição (isola-se uma interpretação constitucional da norma) ou declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto (isola-se uma interpretação inconstitucional da norma). Nesse técnica, separam-se os conceitos de *norma* e *preceito*; num só preceito podem residir várias normas e, se se declara inconstitucional ou constitucional apenas uma delas, preserva-se a lei proveniente de um poder democraticamente legitimado. Nesse sentido, a sentença intermédia favorece a harmonia entre os poderes, a segurança jurídica, o princípio formal democrático e o princípio da proporcionalidade, notadamente, na vertente da necessidade, visto que a sentença intermédia é uma possibilidade menos gravosa do que a eliminação do preceito normativo do ordenamento jurídico<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

<sup>495</sup> NAGIB, Miguel. *Op. cit.*

<sup>496</sup> LOPES, Pedro Moniz. “Sobre as sentenças intermédias de inconstitucionalidade parcial qualitativa”, in CARLOS BLANCO DE MORAIS (ORG.), *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 490 e ss.

Claramente, o STF poderia, ao menos, *isolar a interpretação inconstitucional* da norma proibitória da ideologia de gênero das escolas no que implica atacar a veiculação de disciplinas que ensinem, realmente, a tolerância, ou *isolar a interpretação constitucional* de que, tal como quis o legislador, seja proibida a propaganda ideológica nas escolas, ou a proibição da veiculação dessas disciplinas que pregam a tolerância apenas como um manto para ocultar a transmissão sub-reptícia de dogmas ideológicos, o que viola, manifestamente, a liberdade de consciência dos alunos e o direito dos pais sobre a educação dos filhos nas posições jurídicas já apontadas neste trabalho.

De mais a mais, nesse julgamento, o STF utiliza-se de expressões genéricas que denotam um certo enviesamento dos Ministros do Tribunal em prol das ideologias cuja propagação a lei municipal impugnada pretendia obstar nas escolas. Nesse sentido, o Ministro Relator fez consignar que a lei objeto do processo objetivo tinha por finalidade a imposição do “obscurantismo”; isto “como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia”<sup>497</sup>.

Ou seja, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei que trazia preceitos de proteção aos alunos contra abusos da liberdade de cátedra dos professores, os quais utilizam-se do ambiente acadêmico para ideologizar crianças e adolescentes contrariamente aos valores que eles trazem *de casa*, o STF ainda depreciou esses valores morais dos pais que discordam dos postulados da ideologia de gênero, taxando-os de obscurantistas. Isto, à evidência, traz ao julgamento também um *problema de legitimidade*, quer dizer: discordando o STF dos valores morais e filosóficos impressos na legislação impugnada, a qual foi feita por um processo legislativo regular e está marcada, portanto, por uma cosmovisão dos próprios eleitores, invade uma esfera para o qual não é legítimo e, ao invés de – e sob o pretexto de – garantir os direitos fundamentais-constitucionais, que é seu dever institucional, acaba por impor aos “particulares concepções políticas ou filosóficas dos juízes constitucionais”<sup>498</sup>, o que não é, como bem ensina JORGE R. NOVAIS, democraticamente aceitável<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

<sup>498</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

### 3.3.2: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 460

Em 29 de junho de 2020, o STF brasileiro julgou a constitucionalidade de legislação semelhante, desta vez do município de Cascavel, pertencente ao estado do Paraná. Trata-se da ADPF n.º 460, também ajuizada pelo Ministério Público Federal. O Relator, neste julgamento, foi outro, o Ministro LUIZ FUX. A legislação de Cascavel-PR, tal como a do município goiano de Novo Gama, proibia a veiculação da ideologia de gênero nas escolas: “(...) fica vedada a adoção de políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual.’” (Lei n.º 6.496/2015)<sup>500</sup>.

Não foi concedida medida liminar de suspensão da legislação impugnada, pois adotou-se o célere rito do art. 12, da Lei n.º 9.868/1999<sup>501</sup>, remetendo-se o julgamento, de plano, ao colegiado de julgadores. Houve trâmite regular e, por fim, a Corte, mais uma vez, por julgamento unânime, declarou a inconstitucionalidade formal e material da referenciada legislação municipal<sup>502</sup>.

Como já delineado no último capítulo, o vício formal reconhecido pelo Pretório Excelso, qual seja, o de que a legislação local *inova* por não ser condizente com a legislação federal e, portanto, usurpa a competência legislativa local, que é meramente suplementar, na verdade, é um adiantamento do próprio mérito da ação – isto é, da análise da constitucionalidade material. Isso porque dizer que a lei inova no que alcança à base principiológica das leis hierarquicamente superiores implica, necessariamente, uma fundamentação voltada à questão da compatibilidade da proscrição da ideologia de gênero nas escolas com a Constituição. Portanto, adentra-se, desde já, aos fundamentos utilizados pelo STF quanto a essa *incompatibilidade*, ou seja, quanto à constitucionalidade material.

O Ministro Relator votou, no que foi seguido por todos seus pares, no sentido de que o *papel socializante* da escola tem importante valor constitucional e, grifou: “a educação para o exercício da cidadania constituiu instrumento necessário para a liberdade dos alunos”<sup>503</sup>. Neste ponto, é de se ressaltar, de acordo com o que foi apresentado neste trabalho, o

<sup>500</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

<sup>501</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868, 1999, art. 12: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

<sup>502</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

<sup>503</sup> *Ibidem*.

desconhecimento do fim precípua da educação, que não é a preparação para a cidadania – isto, como demonstrado, só vem numa etapa posterior –, mas, antes, inclusive como prevê a Constituição do Brasil, é a formação plena da pessoa, que, por definição, é *personalizante*. Com efeito, privilegiar uma educação preparatória para formar bons membros do Estado (para a cidadania) em detrimento da educação personalizante – destinada à formação de bons seres humanos –, como visto, é sintomático da adesão à concepção estatista da educação e, conseqüentemente, ao modelo de monopólio educativo do Estado, o qual é próprio do Estado de matriz totalitária, e não do Estado de direitos fundamentais.

Do voto do Relator, destaque-se, também, a fundamentação em torno da imperiosidade de proteção “da livre manifestação do pensamento; e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigos 1º, II e V; 5º, IV e IX; e 206, II, V, VI e VII, da Constituição Federal)”<sup>504</sup>, o que denota, de um lado, a confusão entre liberdade de expressão e liberdade de cátedra e, de outro, a absolutização da liberdade de cátedra, afinal, são desconsideradas as possibilidades de abuso de tal liberdade; do contrário – ou seja, caso não fossem ignoradas as possibilidades de abuso da liberdade de cátedra –, em vez da declaração de inconstitucionalidade, aplicar-se-ia ao menos uma sentença intermédia, preservando-se a lei emanada de poder legitimado pelo voto popular e preservando-se a harmonia institucional.

No voto do Relator, adentra-se, ademais, à questão da neutralidade: “A neutralidade ideológica ou política pretendida pelo legislador municipal, ao vedar a abordagem dos temas de ‘gênero’ e ‘orientação sexual’, esteriliza a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar, mostrando-se não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico.”. Como demonstrado nesta tese, a *neutralidade de distanciamento*, qual seja, a que o professor se distancia de temas sensíveis, realmente não é a ideal, pois nega aos alunos o supramencionado *direito à segurança*<sup>505</sup>. Nada obstante, foi igualmente demonstrado que, em último caso, isto é, quando não se pode oferecer uma educação *neutra e plural* de acordo com a mundividência de cada família – e, portanto, acorde com o direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos nos âmbitos moral, filosófico e religioso –, a educação neutra no sentido de distanciamento de temas sensíveis é a única solução viável, e é constitucionalmente aceitável.

---

<sup>504</sup> *Ibidem*.

<sup>505</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Op. cit., p. 79.

Outro fundamento do voto que serviu base ao acórdão é o de que o pluralismo de ideias, previsto na Carta Magna como um dos princípios a guiar a educação, deve ser observado também na seara familiar, “ao invés de condicionar à sua prévia concordância quanto ao conteúdo acadêmico, sob pena de esvaziar a capacidade de inovação, a oportunidade de o estudante construir um caminho próprio, diverso ou coincidente com o de seus pais ou professores.”<sup>506</sup>.

Depreende-se do fundamento acima que está o STF a afirmar que o pluralismo de ideias implica que a família deve renunciar ao proselitismo moral, religioso e filosófico dirigido aos próprios filhos – que é seu legítimo direito – em prol do ensino de matriz “plural” dado nas escolas. Acontece, entretanto, que o suposto ensino plural dado nas escolas, se não observar a cosmovisão de cada núcleo familiar nos âmbitos sensíveis supracitados ou, na impossibilidade disso, implantar o sistema de dispensa (*opt-out*) e, em último caso, a neutralidade de distanciamento, é, na verdade, falsamente plural e falsamente neutro, visto que, a propósito de oferecer um ensino plural, que enfoque a tolerância etc., acaba por ser um ensino proselitista segundo uma mundividência não coincidente com a dos estudantes e de suas famílias, afinal, *não existe vazío axiológico*<sup>507</sup>. O professor, ao adentrar às indigitadas esferas sensíveis, se não o faz de acordo com uma base axiológica determinada ou distanciando-se de qualquer uma intencionalmente, acaba, sob o pretexto de ser plural, por fazer, ilegal e inconstitucionalmente, proselitismo nas referenciadas esferas sensíveis.

Nesse sentido, cabe lembrar outro julgamento do STF já mencionado nesta tese, a ADI 4439, em que a Corte decidiu – contrariamente ao voto do Relator designado, inclusive – que um pretense ensino religioso “interecumênico” nas escolas seria, a rigor, uma doutrina oficial do Estado sobre religião, o que, portanto, não serve à garantia da laicidade do Estado, mas, ao contrário, fere-a na medida em que não se apresenta como tal – isto é, como uma determinada apresentação dogmática de temas religiosos em detrimento de outros –, mas, sim, com uma veste de neutralidade<sup>508</sup>. Essa falsa neutralidade aplica-se, igualmente, a quaisquer outros temas filosóficos e morais dados compulsoriamente nas escolas sob o pretexto de partirem de uma perspectiva plural.

---

<sup>506</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

<sup>507</sup> OTERO, Paulo. *Op. cit.* p. 84

<sup>508</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

A Suprema Corte brasileira, no julgamento ora em análise (ADPF 460), também lança mão do argumento supostamente constitucional de, em razão de previsão da gestão democrática do ensino público<sup>509</sup>, ser necessário “(...) redobrada cautela quando se refere ao conteúdo programático da escola, vez que, ao permitir que as entidades religiosas e familiares ditem o conteúdo do ensino, o Estado legitimaria que as perspectivas hegemônicas se sobreponham às demais.”<sup>510</sup>.

Ora, trata-se de um fundamento que defende a primordialidade do Estado sobre a família no que diz respeito ao *conteúdo do ensino*; partiu o Tribunal do pressuposto que o Estado deve proteger as crianças do proselitismo dos pais; isto, à toda evidência, parte da concepção do monopólio educativo do Estado, a qual, como já demonstrado, está historicamente relacionada ao *controle ideológico da educação* pelo Estado, o que, além de ferir a liberdade de consciência, a liberdade familiar, o direito (de liberdade) dos pais sobre a educação dos filhos, entre outros direitos fundamentais, serve a pretensões totalitárias, tal como serviu nos países alcançados pelo nazismo, o fascismo e o comunismo<sup>511</sup>.

Tal fundamento também comunga com o adotado no acórdão alemão no supramencionado julgado que referendou a criminalização da educação domiciliar<sup>512</sup>: no caso alemão, o Tribunal asseverou ser necessário coibir a formação de “sociedades paralelas”; no acaso brasileiro, entendeu-se que se deve coibir pretensas “perspectivas hegemônicas”. Contra isso, deve-se repisar o que diz MIGUEL RAIMUNDO sobre o julgado alemão: no Estado de Direito verdadeiramente plural, não cabe ao Estado desconfiar da variedade de cosmovisões das pessoas<sup>513</sup>. Ademais disso, não cabe ao Estado agir contra alguma suposta perspectiva hegemônica, visto que “o pluralismo garante-se; a pluralidade não se pode impor.”<sup>514</sup>: se a maioria da sociedade quer seguir, de forma *ortodoxa*, uma determinada linha filosófica, não pode o Estado, muito menos por meio de seu poder judiciário, obrigar as pessoas a seguir uma outra corrente ou um pretense pluralismo, o qual, na verdade, como não existe nem Estado neutro nem vazio axiológico, é igualmente dogmático e proselitista.

<sup>509</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art. 206, inciso VI.

<sup>510</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

<sup>511</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. *Op. cit.*, pp. 39 e ss.

<sup>512</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. BVerfGE 2, 920/14.

<sup>513</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “Direito à instrução”, in *PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. *Op. cit.*, p. 2232.

<sup>514</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, *op. cit.*, p. 67.

Vale destacar que, no presente julgamento, diferentemente do exposto no capítulo anterior, o STF não ignorou a existência do direito supralegal dos pais sobre a educação dos filhos nas searas moral, religiosa e filosófica; contudo, registrou no acórdão que tal direito não é absoluto, e que “(...) encontra limites nos princípios constitucionais que conformam o direito fundamental à educação, entre os quais se destacam a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (artigo 206, II e III, CRFB).”. Nesse contexto, lança mão de um outro julgado alemão que permitiu a educação sexual nas escolas públicas, mas *sem proselitismo* (BverfGE 47, 46, 21 de dezembro de 1977)<sup>515</sup>.

Ora, resta evidente que a lei impugnada, do município de Cascavel, previa justamente a proscrição de um ensino de tipo ideológico, o qual, por definição é proselitista; isto mostra, para além de qualquer dúvida, que uma medida *menos gravosa* que a declaração de inconstitucionalidade da lei seria a aplicação de uma sentença intermédia, de modo, no mínimo, a isolar a interpretação constitucional de que, ao ministrar “estudos do gênero”, o professor não pode fazer proselitismo ideológico sob pena de abuso da liberdade de cátedra. Observe-se, ainda, que, no acórdão, justamente no ponto em que se reconheceu a existência do direito dos pais sobre a educação dos filhos, falou-se na possibilidade do *abuso do poder familiar*, mas não se mencionou a possibilidade de haver *abuso da liberdade de cátedra*; repita-se: trata-se de o tribunal partindo de uma linha de absolutização da liberdade de cátedra quando enfrenta o tema da ideologia de gênero nas salas de aula.

### **3.3.3: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 467**

A ADPF 467 foi julgada pelo STF em maio de 2020. Foi, igualmente, ajuizada pelo órgão de cúpula do Ministério Público brasileiro, a PGR. O Ministro Relator foi GILMAR MENDES. Estava em julgamento uma lei municipal de Ipatinga, do estado de Minas Gerais (Lei n.º 3.491/2015), na previsão de proibição da “(...) abordagem referente à ideologia de gênero e orientação sexual, sendo vedada a inserção de qualquer temática da diversidade de gênero nas práticas pedagógicas e no cotidiano das escolas.”. Tal como nos dois casos acima delineados, a

---

<sup>515</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

lei do município de Ipatinga foi declarada inconstitucional pelo STF à unanimidade, nos termos do voto do julgador Relator<sup>516</sup>.

Neste caso também não houve decisão monocrática, mas, em vez disso, adotou-se o rito célere de levar o feito diretamente à análise do colegiado. Também aqui o Tribunal declarou a constitucionalidade formal da lei, por contrariar as normas gerais de educação previstas em legislação hierarquicamente superior, o que, como já referido, alicerça-se numa fundamentação que se confunde com a do próprio mérito da constitucionalidade da norma. Com efeito, a lei foi declarada materialmente inconstitucional por ferir o que o Relator chamou de “sentido hermenêutico constitucional”<sup>517</sup>.

Nesse julgamento, sugeriu a Corte que não se pode cristalizar “(...) uma cosmovisão tradicional de gênero e sexualidade que ignora o pluralismo da sociedade moderna”, e 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.”<sup>518</sup>. Nota-se, na linha do que foram os outros julgamentos, que o Tribunal Constitucional brasileiro, ao menos nesses julgados sobre ideologia de gênero nas escolas, tem adotado o princípio da pluralidade num sentido de *pluralismo compulsório*, bem como que não enfrenta o problema de aulas de gênero de cunho proselitista, e o faz o sob o subterfúgio do postulado da não discriminação – decorrente do princípio constitucional da igualdade.

Em tal cenário, o restante da *ratio decidendi* voltou-se para o dever estatal de implementar políticas públicas voltadas a não discriminação, notadamente a não discriminação relativa à orientação sexual: “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.”<sup>519</sup>.

Neste ponto, cabe observar que, juridicamente, o dever do Estado de promover a igualdade não pode ferir, sem necessidade, os núcleos dos direitos de liberdade; não se pode esquecer a liberdade ao se promover a igualdade, sob pena da igualdade converter-se em *igualitarismo*<sup>520</sup>. No caso em tela, isto fica patente no fato de o Tribunal não ter considerado no

---

<sup>516</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 467/MG. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 29/05/2020.

<sup>517</sup> *Ibidem*.

<sup>518</sup> *Ibidem*.

<sup>519</sup> *Ibidem*.

<sup>520</sup> MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Op. cit.*, p. 31.

juízo nem a liberdade de consciência dos alunos, nem o direito de liberdade de seus pais sobre sua educação, direitos que, à evidência, são violados se as aulas de gênero são ministradas, de maneira compulsória, com proselitismo ideológico – justamente o que a lei vergastada buscava coibir.

De mais a mais, chama atenção em tal juízo a fundamentação em torno da carta de direitos conhecida a nível internacional como Princípios de Yogyakarta, que trata de violações de direitos por motivos de orientação sexual. Ora, no caso, a legislação municipal impugnada não restringia quaisquer direitos em razão de orientação sexual, mas apenas proibia que se fizesse proselitismo ideológico nas escolas sob o pretexto de resguardar esses direitos. Ainda que assim não fosse, é também de se notar que a mencionada carta de direitos não tem validade no ordenamento jurídico pátrio, ao passo que o direito dos pais sobre a educação dos próprios filhos conforme as próprias convicções está prevista em mais de um tratado internacional de direitos humanos de que o Brasil é signatário; tal direito, entretanto, não foi sequer mencionado nesse juízo.

### **3.3.4: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 526**

A ADPF 526, igualmente julgada em maio de 2020, foi relatada pela Ministra do STF CÁRMEN LÚCIA. Estava em julgamento a Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu, do estado do Paraná, que, em sua Emenda n.º 47/2017, passou a prever: “Ficam vedadas em todas as dependências das 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’”. Desta vez, o requerente não foi o Ministério Público, mas o Partido Comunista do Brasil. O juízo foi igualmente unânime pela inconstitucionalidade da norma<sup>521</sup>.

Depois de declarada a constitucionalidade formal da lei, pelos motivos dos precedentes indicados nos capítulos anteriores, passou-se a análise de sua constitucionalidade material. Neste ponto, a Corte, fazendo menções aos julgamentos anteriores sobre o tema, destacou a violação aos postulados constitucionais da isonomia, do pluralismo de ideias, da liberdade de

---

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 526/MG. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Juízo: 11/05/2020.

cátedra<sup>522</sup>. O julgamento foi, portanto, nos mesmos termos dos anteriormente delineados, nos quais o STF, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, desconsiderou completamente a possibilidade de ser inconstitucional uma aula compulsória de proselitismo ideológico ministrada à revelia dos pais dos alunos, como que a tornar absoluta a liberdade de cátedra.

### **3.3.5: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 461**

O julgamento da ADPF 461 deu-se em agosto de 2020. Tal ação foi julgada conjuntamente com a ADPF 465 e com a ADPF 600, afinal, as três tratavam do mesmo tema e eram, igualmente, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO<sup>523</sup>.

Na ADPF 461, proposta pela PGR, estava em julgamento a Lei n.º 3.468/205, do município de Paranaguá, do estado do Paraná, que previa, no plano municipal de educação: “promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental, sendo vedada entretanto a adoção de políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo “gênero” ou “orientação sexual”. Na ADPF 465, proposta pela PGR, a Lei n.º 2.243/2016, do município de Palmas, do estado de Tocantins, a vedação, nas diretrizes municipais de educação, “(...) a discussão e a utilização de material didático e paradidático sobre a ideologia ou teoria de gênero, inclusive promoção e condutas, permissão de atos e comportamentos que induzam à referida temática, bem como os assuntos ligados à sexualidade e erotização;”. Na ADPF 600, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação e pela Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais, Transgêneros e Intersexuais, a Emenda n.º 55 à Lei Orgânica do município de Londrina, Paraná: “Ficam vedadas em todas as dependências das 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 e/ou o conceito de gênero estipulado pelos Princípios de Yogyakarta.”<sup>524</sup>.

Todas essas leis que foram alegadas inconstitucionais tiveram, logo à partida, seus efeitos suspensos por decisão monocrática do Ministro Relator. Nessas decisões singulares já se desenhavam as razões de decidir posteriormente desenvolvidas no julgamento colegiado, no

---

<sup>522</sup> *Ibidem*.

<sup>523</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 461/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.

<sup>524</sup> *Ibidem*.

qual o Relator, mais uma vez à unanimidade, foi seguido por seus pares para declarar a inconstitucionalidade formal e material das normas municipais supracitadas<sup>525</sup>.

Logo no início do voto do Relator, fez-se menção às diferenças entre sexo, gênero e orientação sexual, tomando por referência obras literárias pró-ideologia de gênero<sup>526</sup> e, conseqüentemente, contrárias às concepções tradicionais, notadamente as de matriz cristã, que, repita-se, são, no Brasil, majoritárias. Ou seja, o Ministro Relator desconsiderou a validade da perspectiva cristã sobre o assunto, bem como de quaisquer outras que refutam a ideologia de gênero, pois colocou como pressupostos para o desenvolvimento do raciocínio uma cosmovisão específica, a qual, à evidência, é contrária à das pessoas cujos representantes políticos criaram as normas impugnadas nesse julgamento. A rigor, trata-se, sob o pretexto de cumprir um papel contramajoritário, da imposição da *forma de ver o mundo* do julgador aos jurisdicionados, os quais tiveram suplantada a sua vontade que estava expressa em lei promulgada por seus representantes legítimos.

Tal como nos outros julgamentos, no presente caso o Tribunal também fez consignar no acórdão a importância de “políticas de ensino que tratem de gênero” e de sua veiculação nas salas de aula, justamente em observância ao postulado da não discriminação<sup>527</sup>. Portanto, repise-se, tal fundamento serviu, neste e nos outros julgados, para que o STF evitasse o enfrentamento do real escopo da legislação impugnada – que inclusive estava muito claro em suas redações na expressão “ideologia de gênero” –, qual seja, impedir que o professor, em sua atividade docente, não faça proselitismo ideológico com os conteúdos de gênero, o que contraria o ordenamento jurídico brasileiro nos níveis legal, supralegal e constitucional.

No julgamento em questão, chama atenção, também, que, no acórdão, tenha ficado registrado: “Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhecem que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância e, portanto, fortalecer o pluralismo ideológico e as liberdades fundamentais”<sup>528</sup>. Porém, não há qualquer referência ao direito fundamental dos pais sobre a educação dos filhos, notadamente nas searas filosófica,

---

<sup>525</sup> *Ibidem*.

<sup>526</sup> O Ministro Relator, neste ponto, citou as seguintes obras: LANZ, Letícia. *Identidade de gênero*.; BENTO, Berenice. *O Que é Transsexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 328; JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012. JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012.

<sup>527</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 461/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.

<sup>528</sup> *Ibidem*.

moral e religiosa, que está expresso em tratados internacionais de direitos humanos de que Brasil é signatário, os quais, por conseguinte, estão, no ordenamento jurídico brasileiro, em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária.

No acórdão, fez-se menção ao papel *transformador* da educação; nas palavras do Relator, “a educação como instrumento de transformação cultural”<sup>529</sup>. Como as leis impugnadas tratam da proibição de proselitismo ideológico compulsório nas escolas, esse papel transformador só pode significar uma transformação através desse proselitismo. A partir das considerações expostas no acórdão sobre o “obscurantismo” de determinadas concepções dominantes, depreende-se que esse proselitismo em sala serve para superar o pretenso obscurantismo. Ou seja, na concepção do Tribunal Constitucional do Brasil, a cosmovisão moral e filosófica dos pais de muitos alunos – a maioria deles – deve ser superada nas escolas por meio da sobredita educação transformadora.

Essa educação transformadora e proselitista, no entendimento do Tribunal, está a serviço da promoção da igualdade<sup>530</sup>. Contudo, como já demonstrado neste trabalho, essa promoção da igualdade através do Estado a superar as convicções morais das famílias e a liberdade de consciência dos alunos, a dominar os contornos ideológicos da educação, é profundamente contrária à ordem dos direitos fundamentais. Dessa sorte, o monopólio educativo do Estado não poderia ser imposto nem sequer pelos poderes legiferantes, que expressam, em tese, a vontade do povo, visto que a vontade da maioria tem como limite os direitos fundamentais. No entanto, tal monopólio, se é imposto pelo poder judiciário, atrai *um problema a mais*, que é o de legitimidade: a tirania do poder judiciário é *devedora* do custo democrático que a própria existência de tal poder, nomeadamente no que tange à justiça constitucional, implica<sup>531</sup>.

No julgamento ora em análise, não se pode deixar de observar que foi realizado o seguinte registro: “Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais.”<sup>532</sup>. À evidência, tal fundamento seria o bastante para que o Tribunal adotasse a medida menos gravosa da sentença intermédia, isolando, por exemplo, a interpretação constitucional de que a legislação impugnada é constitucional naquilo que proíbe a doutrinação; preservar-se-ia, assim, o preceito emanado de um poder democraticamente legitimado.

---

<sup>529</sup> *Ibidem*.

<sup>530</sup> *Ibidem*.

<sup>531</sup> WALDRON, Jeremy. *Op cit.*, pp. 40 e ss.

<sup>532</sup> *Ibidem*.

Esse fundamento de *proibição de doutrinação* comunga com o que a Suprema Corte utilizou na ADPF 457, que é o da educação sexual nas escolas sem proselitismo. Dessa sorte, ainda que o STF não tenha adotado a técnica da sentença intermédia, não resta dúvidas de que a Corte, ainda que em breves considerações, assumiu a possibilidade de abuso da liberdade de cátedra dos professores quando da ministração de temas de educação sexual, pelo que, mesmo ante à inexistência de leis a proibir a ideologia de gênero nas escolas – como queriam tantas casas legislativas brasileiras – as famílias e os alunos devem estar atentos para, quando for o caso, denunciar e judicializar a ocorrências desses abusos.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, apontou-se desde o início a linha jurídico-filosófica adotada: o realismo jurídico clássico. O direito é, substancialmente, e nos diversos níveis de compreensão que isto implica: *dar a cada um o que é seu*. O direito está, em primeiro lugar, inscrito na própria realidade do mundo: o direito natural. Depois, é também realizado pelo homem: o direito positivo; este, contudo, não pode contrariar aquele. Com efeito, a margem de liberdade na criação do direito positivo restringe-se ao que se tem por *matérias opináveis*, isto é, aquilo que, dentro do direito extraído da própria realidade e que é comum a todos os seres humanos (*matérias não opináveis*), pode ser convencionado num sentido ou noutro.

Os direitos fundamentais, segundo a melhor exegese, confundem-se com essa matriz de direito natural. Entre os direitos naturais, são mais evidentes os direitos de liberdade, que não dependem dos poderes humanamente constituídos para serem plenamente exercidos.

O direito dos pais sobre a educação de seus próprios filhos segundo as suas próprias convicções é um direito de liberdade (negativo). Esse direito divide-se, a rigor, em dois: o direito dos pais de educar os filhos conforme as próprias convicções e o seu direito a que seus filhos sejam educados conforme as suas próprias convicções. Neste último, há uma posição jurídica que consiste na obrigação de terceiros que assumem a educação, notadamente a escola, de educar os alunos de acordo com a mundividência de seus pais; portanto, um direito que implica uma prestação estatal, um direito social, positivo (aqui, no sentido contrário a “negativo”). Tal posição jurídica, contudo, não faz com que o direito fundamental de que ora se trata deixe de ser, essencialmente, um direito de liberdade, pois ele o é na sua essência. Na melhor doutrina, em que pese a diversidade estrutural dos direitos fundamentais – a versatilidade de terem posições jurídicas negativas e positivas –, cada um deles, em seu núcleo, pode ser categorizado como direito negativo ou positivo. Conquanto tenham suas limitações – como qualquer outro direito –, os direitos de liberdade, por serem pré-estatais, e, conseqüentemente, por não dependerem de prestações dos poderes públicos, nem fáticas nem normativas, possuem, sempre, alta densidade normativa.

O direito dos pais sobre a educação dos filhos conforme as próprias convicções tem, antes de qualquer coisa, uma base no direito natural. É, repita-se, um direito pré-estatal. Ademais disso, a família também é uma instituição que pré-existe ao Estado. O direito dos pais de transmitir aos filhos as próprias concepções morais, filosóficas e religiosas – à evidência, até uma determinada idade em que os filhos sejam intelectual e psicologicamente dependentes dos

pais – decorre da própria natureza das coisas. São os pais que geram os filhos – no caso dos adotivos, assumem livremente a responsabilidade paternal por um ato de vontade – e são, em situações normais, os que mais *os querem bem* – não por outra razão, esse direito dos pais está intimamente relacionado à própria liberdade de consciência de seus filhos. Nesse sentido, têm os pais o direito e o dever de fazer proselitismo com os filhos naqueles sobreditos âmbitos sensíveis.

Esse direito dos pais encontra guarida, de mais a mais, no direito positivo brasileiro, seja na Constituição – especialmente em suas previsões de liberdade de ensino e liberdade familiar –, no direito supralegal, consubstanciado nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, e do direito ordinário, em previsões expressas desse direito no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estado, por sua vez, concorre com os pais no *dever* de prestar educação. Se a educação não é integralmente provida pelos pais, o Estado tem o dever de prestá-la. Por óbvio, atualmente, é incomum a educação promovida integralmente pelos pais, ainda que eles tenham o direito de fazê-lo, e do fato de que se trata do melhor modo de *otimizar* o direito dos pais sobre a educação dos filhos – o qual, justamente por ser uma norma-princípio deve ser, o mais possível, otimizada. A segunda melhor forma de otimizar esse direito é o acesso das famílias a escolas – notadamente as privadas – que tenham uma linha filosófica condizente com a sua. A terceira, por meio da escola pública quando fornece, no âmbito dessas disciplinas sensíveis, aulas conforme as convicções de cada família; isto juntamente com o *sistema de dispensa* para os alunos provenientes de famílias cujas convicções filosóficas, morais e religiosas não possam ser, por qualquer razão, atendidas. A quarta via para tanto, e, ao menos na realidade brasileira, a mais ordinária, é a de neutralidade de distanciamento: os professores, nomeadamente os de escolas públicas, na impossibilidade de oferecer um ensino filosófico, moral e religioso conforme as convicções dos pais de cada aluno, devem, intencionalmente, e tendo em conta a proporcionalidade, distanciar-se de temas polêmicos, como, por exemplo, os que envolvem moral sexual. Neste último caso, a complementação da educação, adentrando nos âmbitos filosófico, moral e religioso, há de ocorrer em casa, com os pais.

De qualquer sorte, o dever do Estado, em concorrência com a sociedade e as famílias, de prestar a educação, não se confunde com o *direito* dos pais de dar aos seus filhos uma educação acorde com as próprias convicções. Se assim fosse, o Estado teria, tanto quanto os pais, o direito ao proselitismo em relação a essas crianças e adolescentes, o que implica necessariamente o monopólio educativo do Estado: um dos principais instrumentos de controle

dos Estados totalitários no século XX, a saber: o nazista, o fascista e o comunista. Com efeito, o dirigismo estatal da educação, que serve, precisamente, à propaganda ideológica, é patentemente contrário à ordem dos direitos fundamentais.

A finalidade precípua da educação é a formação integral, plena, do indivíduo. A educação, segundo essa concepção, não pode ser dada, em qualquer hipótese, sem que se adentre aos sensíveis âmbitos filosófico, moral e religioso. São por esses tópicos que se forma e desenvolve, por meio da educação, as *personalidades*. A formação da personalidade, que, naturalmente, só pode se dar por um ensino personalizado, isto é, que atenda às necessidades educacionais de um indivíduo específico com suas características próprias, é de responsabilidade da família. Atualmente, grande parte das famílias delega essa responsabilidade às escolas, o que, entretanto, não significa que nessas instituições se possa adentrar a esses âmbitos sensíveis de modo a solapar, nos alunos, as convicções de seus pais. Dessa sorte, caso seja necessário adotar a neutralidade de distanciamento nas escolas, os pais não podem, em seu tempo disponível para tanto, abandonar a responsabilidade de educar os filhos nos referenciados âmbitos sensíveis; nesse sentido, diz-se que as crianças têm *direito à segurança*, isto é, de ter respostas adequadas às perguntas mais profundas e importantes da vida.

Não raramente, são utilizados fins secundários da educação para violar, de alguma maneira, o núcleo do direito dos pais sobre a educação de seus próprios filhos. Entre esses fins, há o caráter socializante da educação e o de preparação para o exercício da cidadania e para a qualificação laboral. Sob esses pretextos, costuma-se atacar o direito dos pais de formar os filhos segundo as próprias convicções.

A socialização, o exercício da cidadania e a preparação para o mundo do trabalho têm, todas, relação com ser um bom cidadão, isto é, ser um bom membro do Estado. Isto, no entanto, não pode anteceder a formação da personalidade, isto é, da pessoa humana enquanto tal. O ser humano bem formado está apto para integrar-se na sociedade; o contrário, todavia, não é necessariamente verdadeiro.

Nada obstante, quando se defende a educação para o exercício da cidadania em detrimento da educação da pessoa humana, não se quer, no mais das vezes, o que se propõe, mas, sim, a formação da pessoa humana segundo mundividências outras que não as dos pais dos alunos, notadamente se essas convicções das famílias são contrárias ao do estamento burocrático, do discurso *mainstream*, ou de qualquer outra vertente filosófica favorecida pelo Estado, afinal, não existe vazio axiológico nem, tampouco, Estado neutro. De novo, acaba-se

no inconstitucional monopólio estatal por meio da educação, que se dá, principalmente, pela propaganda ideológica e doutrinação nas escolas.

O STF brasileiro, nos últimos anos, foi chamado a julgar, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, algumas leis municipais que tinham algo em comum: a proibição expressa da veiculação da ideologia de gênero nas escolas, o que, a rigor, significa a proscrição do proselitismo dos dogmas de novas teorias de gênero que são, notadamente, incompatíveis com a moral sexual cristã: a que integra a ordem moral presente na formação da sociedade ocidental, inclusivamente a brasileira, e a que, estatisticamente, é a assumida pela maioria da população do Brasil.

A ideologia de gênero, com efeito, por mais que seja apresentada sob vestes de neutralidade e cientificidade, faz parte de um intento *revolucionário* de superar essas concepções filosóficas de base cristã, que são tidas por obsoletas e, como expressamente consignado pelo Tribunal Constitucional do Brasil, “obscurantistas”.

O Tribunal brasileiro declarou essas leis municipais materialmente inconstitucionais, isto é, contrárias aos conteúdos valorativo substancial da Constituição. Da fundamentação dos acórdãos contudo, nota-se a carência de uma argumentação jurídica e a abundância de argumentos que denunciam um enviesamento ideológico de alguns dos julgadores.

Não se pode exigir do juiz, nem sequer do juiz constitucional, neutralidade pessoal nesses âmbitos sensíveis, mas derrubar diplomas legais criados pelos poderes legiferantes, que são democraticamente justificados pelo voto popular – expressam a vontade do povo –, por fundamentos não jurídicos é, efetivamente, antidemocrático. Afinal, a justiça constitucional, para existir, já custa um caro preço democrático, visto que os juízes, competentes para afastar as leis inconstitucionais, não expressam a vontade do povo, mas têm a função de fazer valer os direitos fundamentais-constitucionais, ainda que contra a vontade da maioria. Entretanto, se na fundamentação de suas decisões, deixam de lado esses direitos fundamentais para, em seu lugar, fazer valer as suas próprias opiniões filosóficas e morais sobre as do povo – expressas em seus representantes democraticamente eleitos –, a justiça constitucional passa a padecer de uma grave ilegitimidade: trata-se da tirania do poder judiciário.

Nesses julgamentos, é de se destacar a preocupação do STF em defender a liberdade de expressão dos professores. Todavia, ao que tudo indica, o Tribunal confundiu liberdade de expressão e liberdade de cátedra; aquela tem limites bem menos apertados, como, por exemplo, a honra alheia, os direitos autorais, entre outros; esta, a de cátedra, limites mais apertados, pois o professor não é livre para *falar o que quiser*, como se estivesse em uma rede social, ou numa

conversa trivial com amigos, mas tem o *dever de dar aula* segundo determinada disciplina. Nesse sentido, a liberdade de cátedra, como os demais direitos, não é absoluta. Todavia, o STF, ao ignorar, na maioria dos julgados sobre as leis que proibiam a ideologia de gênero nas escolas, a possibilidade de tal ensino se dar de uma forma dogmática e proselitista – que era exatamente o que proibiam as leis municipais impugnadas – *absolutizou* a liberdade de cátedra dos professores nas escolas.

Não se olvida que, em alguns poucos desses julgados, o STF guardou poucas linhas para afirmar que os ensinamentos de gênero não se podem dar de forma proselitista. O que causa estranheza é que esse era justamente o intento das leis municipais que foram declaradas inconstitucionais pela Corte. Portanto, ainda que o Tribunal não tenha querido declará-las constitucionais – a declaração de constitucionalidade é uma técnica possível no controle de constitucionalidade brasileiro<sup>533</sup> –, tudo indica que, no mínimo, deveria ter adotado a técnica decisória das sentenças intermédias, que consiste em, para preservar as leis impugnadas – emanadas de poderes democraticamente legitimados –, adotar a medida menos gravosa de isolar uma interpretação constitucional ou uma inconstitucional ao invés de fulminar a lei do ordenamento.

No caso, poder-se-ia isolar a exegese *constitucional* de que as leis impugnadas deveriam ser entendidas não como permissões para violar o núcleo da liberdade de cátedra, mas como proibições de proselitismo ideológico por parte dos professores – protegendo-se, assim, o direito dos pais sobre a educação dos filhos. Ou isolar a exegese *inconstitucional* de proibição de ensino de temas como respeito e tolerância em relação a pessoas diferentes, inclusive com orientações sexuais diversas. O fato de ser feito esse pequeno registro nos acórdãos, entretanto, é uma solução para que as famílias, mesmo sem as leis que foram declaradas inconstitucionais, possam denunciar e intentar ações judiciais contra professores que façam proselitismo ideológico à sua revelia.

Neste trabalho, pode-se perceber uma relação bastante estreita entre a tensão entre direitos de liberdade e direitos sociais, notadamente no que diz respeito a uma tentativa de garantir os direitos sociais em detrimento das liberdades. Também, na tensão entre educação personalizante e educação socializante, em especial no que alcança a uma tentativa de promover esta em detrimento daquela. E, por fim, na tensão existente entre democracia e direitos fundamentais, particularmente no que tange à atividade institucional da justiça constitucional,

---

<sup>533</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868, 1999.

que não justifica seu custo democrático se, ao julgar, não se ampara nos direitos fundamentais, mas em visões de mundo dos juízes estranhas à ordem constitucional.

## BIBLIOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995.

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Almedina, 2018, p. 21. Reimpressão.

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa, uma Refundação Crítica dos Estudos sobre o Direito das Relações Igreja-Estado*. Almedina, 2012.

ALEXY, Robert; et al. *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Editora Forense, 2014.

ALEXY, Robert. Coleção Teoria & Direito Público: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALVES, Igor Costa. *Homeschooling: mera possibilidade ou liberdade fundamental? Uma análise jurídica do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 888.815 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista JusLogos, ano I, 2021.

ALVES, Igor Costa. *O conflito normativo a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em razão da doutrinação política, ideológica e religiosa nas escolas*. Relatório (Mestrado científico em Direito - Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Edição especial, 30 anos da Constituição Portuguesa 1976-2006, Themis, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro: exposição sistêmica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

BENVINDO, Juliano Zeiden; et al. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática da Defesa dos Direitos Fundamentais*. Pesquisa Edital MCT/CNPq, no 14/2010 – Universidade de Brasília, 2014.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes de. *Dano Moral Coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPAGNOLO, Ana Caroline. *Feminismo: perversão e subversão*. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*. In: Revista do Ministério Público, Ano 16, nº 64.

DA SILVA, Jorge Pereira. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. *Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal*. Florianópolis: Revista Sequência, n. 68, 2014.

FAZIO, Mariano. *Fundamentos da Cultura Contemporânea*. Tradução Tadeu Duarte Barros dos Santos Duarte. 3ª ed. Lisboa: Moinho Velho, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERNANDES, André Gonçalves. *A família, como ela é: Filosofia da família para a excelência da família*. Vide Editorial, 2022.

FLORES, Paulo R. M. Thompson. *Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, Edição Kindle, 2013.

HERVADA, Javier. *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

LEONÍDIO, Adalmir. *Littré e os novos caminhos do positivismo*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de História da Ciência, v. 14, n. 1, 2021.

LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*. Tese (Doutoramento em Direito - Ciências jurídico-políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014.

LOPES, Pedro Moniz. "Sobre as sentenças intermédias de inconstitucionalidade parcial qualitativa", in CARLOS BLANCO DE MORAIS (ORG.), *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa: AAFDL, 2009.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos Direitos da Verdade aos Direitos do Cidadão*. Coimbra Editora, 1996.

MALISKA, Marcos Augusto, in *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação: J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2018.

MARÍAS, Julián. *Mapa do mundo pessoal*. Tradução de Felipe Denardi. Auster, 2021, p. 31. Título original: *Mapa del mundo personal*, 1993.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. *O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático*. Tese (Doutoramento em Direito – Ciências jurídico-políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 16ª Edição 2021*. Edição do Kindle, 2021.

MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo; BRANCO, Pedro Henrique de Moura Gonet Branco; et al. *O Direito Em Precedentes Jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2018,

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, artigos 1º a 79º*. Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed., Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. LII, nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra Editora, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais: Um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 20, n. 78, BDJur, 2012.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O Direito à Educação Domiciliar*. Brasília: Editora Monergismo, 2017.

MOREIRA, Armindo. *Professor não é educador*. Cascavel: 2013.

NAGIB, Miguel. *Limites jurídicos da atividade docente*. 2022. No prelo.

NOGUEIRA, Rafael. “Apontamentos sobre a educação bancária” in *Desconstruindo Paulo Freire – Thomas Giulliano (organizador)*. Porto Alegre: História Expressa, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017

OTERO, Paulo. *Eutanásia, constituição e deontologia médica*. 1ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

PINTO, Mário. *Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública*. Lisboa: Revista Análise Social, XXVIII, 1993.

RAIMUNDO, Miguel Assis. "Direito à instrução", in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (ORG.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *Ensino público e respeito pelas convicções dos pais*. Revista digital Ponto SJ, 2020.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

RESSINETI, T. R.; Costa, A. C. *A influência da Revolução Francesa no debate sobre a educação como política pública estatal e a democratização do ensino no Brasil*. In: 11º Encontro de Pesquisa em Educação da Região Sudeste, 2014, São João del Rey - MG.

SARLET, Ingo Wolfgang, in *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação: J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2018.

SCALA, Jorge. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2015.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva; JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes Braga. *O meio ambiente como direito humano fundamental: novas perspectivas para uma classificação necessária*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7, n.º 5, 2021.

SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda. *A Arbitrariedade na Fundamentação das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005.

WOODS, Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução de Élcio Carillo. 10ª ed. São Paulo: Quadrante, 2019.

XAVIER, Carlos; MOSCHELLA, Melissa. *Educação domiciliar um direito natural negativo: uma abordagem a partir da lei natural*. Atibaia: Classical Press, 2021.

## LEGISLAÇÃO

ARGENTINA. Constitución de La Nación Argentina, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.107, 2010.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 1990.

BRASIL. Lei n.º 8.069, 1990.

BRASIL. Lei n.º 9.394, de 1996.

BRASIL. Lei n.º 9.868, 1999.

BRASIL. Lei n.º 10.406, 2002.

BRASIL. Lei n.º 12.612, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração de Direitos de Virgínia, 1776.

EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966 (no Brasil, promulgada em 1992 como Decreto n.º 592).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969 (no Brasil, promulgada em 1992 como Decreto n.º 678).

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

## JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. BVerfGE 2, 920/14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5537/AL. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF e MI 4733/DF. Tribunal Pleno. Relatores respectivos: Ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Julgamento: 13/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 444. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 14/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457/GO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 461/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 467/MG. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 29/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 526/MG. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 11/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 38782/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 03/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 3/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 888.815/RS. Tribunal Pleno. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12/09/2018.

EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Catan e Outros c. República da Moldava e Rússia*, 19 de outubro de 2012.

EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Folgerø e Outros c. Noruega*, 29 de junho de 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 174/93. Diário da República n.º 127, Série II de 1993-6-1.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 423/87. Diário da República n.º 273/1987.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 578/2014. Diário da República n.º 177/2014, Série I de 2014-09-15.

## OUTRAS REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência IBGE Notícias. PNAD Educação 2019: *Mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio*. Publicado em 15.07.2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio>>.

BRASIL. Ministério da Educação. *Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos*. Acessível em [http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib\\_cad4\\_gen\\_div\\_prec.pdf](http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_cad4_gen_div_prec.pdf).

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução/CD/FNDE n.º 16, de 8 de abril de 2009. Acessível em <https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3302-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-16-de-8-de-abril-de-2009>.

CANÇÃO NOVA. *O que pensa o Papa Francisco sobre a ideologia de gênero?* Disponível em: <https://formacao.cancaonova.com/bioetica/ideologiadegenero/o-que-pensa-o-papa-francisco-sobre-ideologia-de-genero/>.

CARVALHO, Olavo de. *Curso Online de Filosofia*, aula 11, ministrada em 20 de junho de 2009.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Edição típica vaticana. São Paulo: Loyola, 2000.

COSTA, Maria Helena. *Afinal, que “Cidadania” é esta?*. Jornal Observador, publicado em 5 de novembro de 2021. Acessível em <https://observador.pt/opiniao/afinal-que-cidadania-e-esta/>.

ESCOLA SEM PARTIDO. *Denúncia de lavagem cerebral com ideologia de gênero em escola de Pelotas*. Youtube, 20 de abril de 2020. Acessível em: [https://www.youtube.com/watch?v=dvtYmbuWgQU&ab\\_channel=EscolasemPartido](https://www.youtube.com/watch?v=dvtYmbuWgQU&ab_channel=EscolasemPartido)

JORNAL OBSERVADOR, publicado em 11 de novembro de 2021: *Não são aulas de cidadania, são de endoutrinação: Os alunos de Famalicão vão continuar a ir às aulas, num aparente recuo do Ministério da Educação. Mas a luta daquela família não pode ser esquecida pois aquilo são mesmo aulas de ideologia pura e dura*. Acessível em: <https://observador.pt/opiniao/a-familia-mesquita-guimaraes-sao-todas-as-familias/>.

MESQUITA, Francisco. *A família Mesquita Guimarães são todas as famílias*. Jornal Observador, publicado em 5 de novembro de 2021. Acessível em <https://observador.pt/opiniao/a-familia-mesquita-guimaraes-sao-todas-as-familias/>.

VATICAN NEWS. *Santa Sé: ideologia de gênero, passo atrás para a humanidade*. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2019-03/auza-genero-onu-humanidade.html>.