

CAPÍTULO 24

PROIBIÇÃO DE EDUCAÇÃO SOBRE GÊNERO: UMA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE

Ana Clara Toscano Aranha Pereira

Anna Catharina Machado Normanton

INTRODUÇÃO

A [Constituição Federal](#), em seu art. 3º, define como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º consagra que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e afirma expressamente a igualdade entre homens e mulheres como preceito constitucional. Apesar disto, se tem visto uma série de projetos de lei e normas municipais que visam a proibir a discussão de gênero nas instituições de ensino. Assim, este artigo busca analisar, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, os vícios de constitucionalidade dessas leis e projetos, especialmente sob a perspectiva dos limites a serem observados pela atividade legislativa em função dos direitos fundamentais.

1 DOS LIMITES AO DEVER-PODER DE LEGISLAR

De início, cabe ressaltar que toda função estatal se respalda na imposição de um dever¹ de maneira que seu exercício não é facultativo, ou seja, não há exatamente uma faculdade na realização das atividades estatais: existe o dever de realizá-las. Há também na função legislativa, em certa medida, o dever de legislar e legislar de acordo com a Constituição. Nesse sentido, o agente público é sempre um devedor, porque está obrigado a realizar as atividades estatais para as quais foi incumbido. Materialmente, a função legislativa deve ser compreendida sob a ótica do sistema constitucional, porque quando o constituinte usa uma palavra, constitucionaliza determinado significado junto com o vocábulo. Dessa forma, toda função estatal se respalda na edição de normas jurídicas que concretizam princípios constitucionais que expressam uma finalidade a ser cumprida pelo Estado.

Legislar é realizar uma ponderação a fim de estabelecer, no plano abstrato, meios para a realização de determinado fim previsto constitucionalmente. A partir disto, conclui-se que o conteúdo material da função le-

¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). **Direito público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 46

gislativa consiste em apurar no plano abstrato a medida da exigência constitucional da busca de determinados fins e a fixação dos meios necessários para alcançá-los. Assim, é possível notar que o processo de ponderação e realização dos princípios constitucionais se inicia justamente com o constituinte e não com o legislador, sendo que as imposições constitucionais significam que o legislador deve regulamentar determinadas matérias que já se encontram presentes em normas constitucionais.² Ou seja, a maneira pela qual o constituinte positivou cada princípio indica que ele já realizou ponderações, atribuindo determinados pesos aos valores positivados.

A distinção entre os campos de atuação do legislador e do constituinte se dá em função das restrições jurídicas impostas a cada um dos campos de escolha. O legislador é limitado pelos postulados normativos³, bem como por todas as regras e princípios constitucionais implícitos e expressos. Neste sentido, o legislador deve cumprir o programa constitucional de maneira a concretizar os valores jurídicos constitucionais. Assim, o legislador não possui liberdade para editar leis e sim discricionariedade.⁴ Em razão do exercício da função pública, ele possui discricionariedade em sua escolha volitiva, devendo sua vontade estar de acordo com o Direito e, principalmente, com a Constituição.

Ou seja, o legislador pode escolher, certamente há para ele campo de escolha, desde que este esteja dentro do campo permitido pelo Direito. Além disso, caso a decisão implique em uma intervenção em um direito fundamental, quanto mais pesada for essa intervenção, tanto maior deverá ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. Assim, caso a decisão afete um direito fundamental, além de estar em consonância com o ordenamento constitucional globalmente considerado, deve haver forte certeza quanto às premissas nas quais a intervenção se baseia.

Os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdades constitucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito constitucional positivo de determinado Estado, sendo denominados fundamentais em razão de seu caráter básico e fundamentador do ordenamento jurídico do Estado de Direito⁵ e têm como finalidade limitar o exercício do poder estatal, além de disporem sobre obrigações positivas. Para Robert Alexy, os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles que são tão relevantes sob a perspectiva do direito constitucional que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador.⁶

Os direitos fundamentais podem se manifestar tanto na forma de princípios, quanto na forma de regras (quando se manifestam na forma de regras, tais regras têm fundamentos em princípios constitucionais) ou ai-

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

3 Os postulados normativos são entendidos aqui como pressupostos epistemológicos do Direito e da Constituição, ou seja, do sistema jurídico, que independem de positivação e que devem ser obrigatoriamente considerados, independentemente de positivação, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 95-107.

4 MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). **Direito público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 15.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46-47.

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411.

nda terem duplo caráter – ou seja, possuindo ao mesmo tempo caráter de regra e princípio,⁷ e devem ser garantidos na maior medida possível. Assim, os direitos fundamentais podem ser restringidos pelo legislador até certa medida, desde que não seja violado seu núcleo fundamental e desde que haja fundamento relevante e razoável para tal restrição. Os direitos possuem um conteúdo mínimo essencial que decorre da própria ideia que sem a garantia de um mínimo, a garantia do próprio direito teria pouca utilidade. Dessa forma, existe uma parcela, um núcleo essencial dos direitos fundamentais que não pode ser violado.

Nesse sentido, cabe ao legislador realizar a edição de leis com certa discricionariedade, porém, tal discricionariedade não significa liberdade: o campo discricionário da atividade legislativa é limitado por todas as regras e princípios constitucionais implícitos e expressos – inclusive por aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais, bem como pelos postulados normativos. Isso significa que tal abertura não é uma carta branca que permite ao legislador desconsiderar o imperativo de obediência à Constituição que lhe outorgou o dever-poder de sua função. Justamente por essa razão, seu campo de discricionariedade não lhe permite violar direitos fundamentais, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, editando uma lei inválida, porque a função legislativa deve necessariamente obedecer à vontade maior constitucional, que é a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Tal proteção desempenha uma importante função de garantia contra possíveis violações advindas de determinadas vontades das majorias, sobretudo no que diz respeito à proteção das minorias sociais⁸. Em questões relativas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda a restrições desarrazoadas, desproporcionais, inadequadas ou infundamentadas a direitos fundamentais, nenhuma maioria pode ocasionar a restrição de tais direitos. Os limites impostos ao exercício da função legislativa pelos direitos fundamentais são perfeitamente compatíveis com o sistema democrático, sendo que tais limites são inclusive *pressupostos* para a existência da democracia. É o que Dworkin chama de democracia constitucional, conceito que defende que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais.⁹ Faz-se apenas a ressalva que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam não somente os direitos individuais, mas os direitos fundamentais como um todo.

Nesse sentido, o peso de decisão da maioria não é ilimitado, se encontrando circunscrito dentro dos limites da justiça, dos direitos fundamentais e da constituição. Nesse sentido, Benjamin Constant com brilhante coerência afirma que a vontade de todo um povo não pode tornar justo o que é injusto¹⁰ e, por conseguinte, o consentimento de uma maioria não é suficiente para legitimar todo e qualquer tipo de ato. Assim, é fundamen-

7 ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

8 Minorias sociais são as coletividades que sofrem processos de estigmatização, inferiorização e discriminação que resultam em diversas formas de desigualdade, exclusão social e negação de direitos, ainda que constituam maioria numérica de determinada população. São grupos marginalizados e discriminados, dentro de uma sociedade, por grupos social, econômica, política e culturalmente dominantes em razão de fatores econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos. Alguns exemplos de minorias sociais são: mulheres, população negra, população LGBTQIA+, indígenas, imigrantes, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua.

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

10 CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**, I. Paris: Guillaumin 1861. p. 15.

tal lembrar que a maioria não pode deixar de reconhecer os direitos das minorias. Tal questão teórica possui imensa importância prática no contexto do constitucionalismo democrático das sociedades contemporâneas. Os direitos de setores oprimidos e/ou marginalizados, na maioria das vezes minoritários do ponto de vista de sua expressão e representação políticas, não podem ser decididos pela maioria.

A soberania popular não deve se sobrepor em todas e quaisquer situações, porque caso entre em conflito direto com os direitos fundamentais de minorias, a solução para o conflito não pode ser a renúncia e esvaziamento dos direitos fundamentais desse grupo para que a vontade das majorias seja concretizada. Até porque, a questão da não representação ou má representação política das minorias está intimamente ligada com o resultado da vontade das majorias, tendo em vista que a mesma é frequentemente formada a partir de setores que detêm poder econômico, político e moral, além de aprimorados mecanismos de comunicação em massa para a solidificação de um senso comum sobre assuntos compreendidos como polêmicos.

Assim, uma visão desenvolvida de democracia requer obrigatoriamente que o poder decisório das majorias seja combinado com a tutela dos direitos fundamentais. A proteção da dignidade das minorias e seu tratamento igualitário do ponto de vista legal não podem estar reféns das majorias parlamentares ou de um conjunto de eleitores. Contemporaneamente, a própria Constituição inexoravelmente estabelece limites à autonomia da soberania popular. O resguardo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos impõe-se para que se preservem as garantias individuais e coletivas de todos os indivíduos, inclusive das minorias, sem as quais a própria democracia estaria ameaçada. É preciso vislumbrar que não há contradições entre direitos humanos – sendo que o mesmo vale para os direitos fundamentais – e soberania popular porque ambos são, logicamente, cooriginários: os direitos humanos nem sequer conflitariam com a soberania popular porque seriam, na verdade, condição de possibilidade para a democracia¹¹.

2 DA VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO QUANDO SE TRATA DE INICIATIVA MUNICIPAL

O Brasil adota como forma de Estado o federalismo, conforme é estipulado e confirmado na [Constituição Federal](#) em seus artigos 1º, *caput*, artigo 18, e inclusive como cláusula pétrea no artigo 60, §4º, inciso I. Ainda, é estipulado o sistema de repartição de competências legislativas e administrativas das unidades políticas do Estado brasileiro, também confirmando o pacto federativo (artigos 21 a 24, todos da Constituição).

A forma federativa de Estado e o princípio federativo, conforme explicado por Ingo Sarlet em seu Curso de Direito Constitucional,¹² desde 1891 são elementos essenciais da identidade constitucional brasileira, sendo exemplos disso a previsão constitucional da República e do Presidencialismo, obviamente com seus ajus-

¹¹ Habermas aborda sobre esse tema com maestria em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, *passim*.

¹² SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 291.

tes e contornos diferenciados conforme o momento histórico analisado, tendo como exemplo a inovação da [Constituição de 1988](#) que consagra o Município como ente federativo. Assim, cada ordem constitucional atribui à noção de Estado Federal suas características e contornos próprios.¹³

Embora o Estado Federal possua contornos diferentes diante das diversas ordens constitucionais que o adota, existem elementos comuns que permitem caracterizar tal Estado como um Estado Federal e assim diferenciá-lo de outras formas de Estado. Assim, ainda conforme Sarlet, ele será sempre *descentralizado, com a superposição de pelo menos duas ordens jurídicas* – a da União e a dos Estados-membros, com atribuições determinadas pela repartição de competências previstas constitucionalmente, será sempre *proibida a secessão*, existirá sempre *a indissolubilidade do vínculo federativo, a autonomia* (não soberania) *dos entes federativos, o Estado será formado de estados, se assegurará a auto-organização e o autogoverno desses estados e a participação dos Estados-membros na vontade federal*.¹⁴ Sendo possível observar todos os elementos mencionados no Estado Brasileiro, caracterizando-se assim, além de legalmente previsto, o pacto federativo brasileiro.

Foi instituído pela Constituição programa político normativo que vincula o Estado ao estrito cumprimento dos princípios e regras constitucionais, inclusive no que se trata das atribuições e competências previstas e delimitadas para cada ente e esfera federativa. A concepção e adoção do federalismo pelo Estado brasileiro são essenciais para a compreensão das competências constitucionais e a estrutura organizacional do Estado. Como já mencionado, o Estado Federal instaurado no Brasil pela [Constituição de 1988](#) é peculiar ao incluir os Municípios como ente federativo em conjunto com a União, os Estados e o Distrito Federal.¹⁵ Conforme José Afonso da Silva, foi estruturado pela Constituição de 1988 um sistema que combina competências privativas, exclusivas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, conforme a experiência histórica brasileira de sistema federativo,¹⁶ adotando-se assim um sistema complexo e híbrido de repartição de competências, que de certa forma foge aos modelos considerados clássicos, consagrando assim o chamado federalismo cooperativo no Brasil, principalmente por meio do parágrafo único do artigo 23 da Constituição que prevê que “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”.

Diante do federalismo brasileiro e do sistema de competências previsto pela Constituição Federal, ficou estabelecido que compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme artigo 22, XXIV, tal competência foi atribuída à União pelo constituinte com base no critério da predominância do interesse. O critério de predominância do interesse é critério basilar na estipulação da divisão de competências entre os entes federativos realizada pelo poder constituinte, por meio dele é observado se é matéria de interesse geral e nacional – a qual compete à União, regional – de competência dos Estados, ou lo-

13 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 291.

14 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 829-831.

15 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. p. 857.

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 479.

cal – concernentes aos Municípios,¹⁷ para estabelecer a qual ente compete legislar sobre determinado assunto. Ao se tratar de educação e suas bases e diretrizes, esse que é direito e garantia fundamental de todos e todas, resta claro que o interesse é nacional, cabendo assim à união legislar sobre tal matéria.

As recentes tentativas de proibir ou inibir a discussão e ensino de questões relativas a gênero, sexualidade, empoderamento feminino e igualdade entre homens e mulheres nas escolas, tem sido, principalmente, iniciativas do Poder Legislativo Municipal em clara violação ao pacto federativo e ao sistema constitucional de competências. Ao propor projetos de lei nesse sentido e ao aprová-los, incorporando tais normas ao ordenamento jurídico, o Poder Legislativo dos Municípios atropela competência que é privativa da União e fere gravemente o pacto federativo. Importa lembrar ainda que os princípios a serem observados por aqueles que ministram o ensino, já foram estipulados pela União na Lei Federal nº 9.394 de 1996 (artigo 3º) que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, não existindo sequer lacuna legal e, portanto, não cabendo ao Poder Legislativo municipal inovar no ordenamento jurídico acerca de questões fora de sua competência e ainda mais de forma contrário ao já consagrado em legislação federal.

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

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

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

III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII – valorização do profissional da educação escolar;

VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX – garantia de padrão de qualidade;

X – valorização da experiência extraescolar;

XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII – consideração com a diversidade étnico-racial. (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

Ao observar os princípios do artigo 3º da [Lei Federal nº 9.394 de 1996](#), mostra-se claro que além da violação à repartição de competências, tais leis que buscam proibir o ensino de gênero nas escolas violam claramente o disposto na Lei Nacional, especialmente nos incisos II, III e VI.

Cumpre destacar também a previsão do artigo 8º da Lei Maria da Penha ([Lei nº 13.340/06](#)), essa que é federal, especialmente em seus incisos V e VIII, que dispõe que visando coibir a violência doméstica e fami-

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 480.

liar contra a mulher serão promovidas políticas públicas na forma de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar, assim como a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro hierarquia entre leis federais e leis editadas por outros entes federativos, assim os conflitos gerados pela invasão na esfera de competência legislativa privativa da União, como é o caso das leis analisadas no presente artigo, são resolvidos pela determinação da inconstitucionalidade da legislação que atravessa a competência, como já foi feito em diversos casos acerca do tema propostos no Supremo Tribunal Federal por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Cabe ressaltar que somente os Estados com base no fundamento da própria Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 22, poderiam legislar sobre matéria atribuída privativamente à União, a depender de Lei Complementar, mas nunca os Municípios.

3 DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As iniciativas legislativas que visam a proibir a discussão de gênero nas instituições de ensino, além de violarem o pacto federativo e a divisão de competência, causam grave violação a direitos fundamentais. Os direitos fundamentais violados são o direito à educação; direito à liberdade de ensino, esse que é dimensão específica da liberdade de manifestação do pensamento do corpo docente; e o direito da criança, adolescente e jovem de ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência, além é claro dos princípios constitucionais de promoção do bem de todos e de igualdade, sem distinção de qualquer natureza.

A educação é um direito fundamental e indisponível de todas as pessoas, sendo dever do Estado propiciar os meios que viabilizem o seu exercício, tal direito da população e dever do Estado vem previsto na constituição no artigo 6º e especificadamente nos artigos 205 a 214. Conforme o preceito constitucional a educação será promovida e incentivada visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, assim como será ministrada segundo os princípios acima citados, também previstos na Constituição.

O direito fundamental à educação pode ser denominado naquilo que Robert Alexy chama de “direito fundamental como um todo”, ou seja, um direito ao qual são associadas um conjunto de direitos fundamentais de diferentes espécies, tanto direitos prestacionais como direitos de defesa. O Supremo Tribunal Federal reconhece amplamente a dimensão prestacional do direito à educação, mas tal direito não se restringe a mera oferta de serviços educacionais, devendo ser observados os objetivos e princípios dispostos na Constituição.

A democracia brasileira depende de uma educação que crie as bases da sociedade democrática, que respeite a diversidade e reproduza os princípios e valores constitucionais para que assim, tais valores e princípios

sejam replicados nas práticas sociais. Para isso a Constituição Federal adota, de forma expressa, uma concepção de educação que prepare os e as estudantes para o exercício da cidadania, que respeite a diversidade e que assim seja capaz de viver em uma sociedade plural com as mais diversas expressões religiosas, políticas, culturais, étnicas, de sexualidade ou de gênero. Ainda, além de previstos na Constituição Federal, tais objetivos de uma educação democráticas estão expressos na Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e no Protocolo de San Salvador, demonstrando a preocupação da comunidade internacional na educação democrática. Por sua vez, os estudantes devem aprender sobre tais valores para que com isso a vida em uma sociedade plural e diversa seja possível.

Acerca da violação da liberdade dos professores e professoras de ensinar, essa que é uma manifestação do direito fundamental à educação, está prevista no inciso II do Art. 206 da Constituição Federal a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, essas que formam o núcleo essencial do direito à educação. Diante de tal preceito podemos concluir que sem a liberdade de ensinar não pode haver direito à educação.

Diante de tal previsão constitucional e assegurando um debate aberto de todas as opiniões, desde que sem discriminação, são também observados os preceitos constitucionais da proibição da discriminação, da proibição do racismo, da igualdade entre homens e mulheres, do respeito à laicidade e a tolerância religiosa. Dessa forma, ao exercer de forma livre o seu direito de ensinar, os educadores também estão propagando e respeitando os mais diversos preceitos constitucionais e garantindo assim uma educação democrática.

Outra garantia fundamental violada por tais iniciativas legislativas é o direito da criança, adolescente e jovem de ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência garantido pela [Constituição](#) em seu artigo 227, tal direito de serem colocados a salvo de toda forma de discriminação e violência engloba inclusive aquelas decorrentes de questões de gênero e orientação sexual.

O preconceito com as mulheres e pessoas LGBTQIA+ advém também de um *déficit* na educação acerca da temática de gênero. A realidade nas escolas é de preconceito por parte dos estudantes e também, muitas vezes por parte dos profissionais de educação, fazendo com que os jovens tenham receio e medo de assumirem sua orientação sexual ou identidade de gênero, além da propagação de estereótipos de gênero que reforçam a discriminação e violência contra as mulheres e população LGBTQIA+.

De acordo com a pesquisa Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar, realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas a pedido do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 94,2% têm preconceito étnico-racial, 93,5% de gênero, 87,5% socioeconômico e 87,3% com relação à orientação sexual, entre outras percepções de preconceitos. Por sua vez, a Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016 constatou que dentre os estudantes LGBTQIA+, 73% foram agredidos verbalmente e 36% foram agredidos fisicamente nas escolas. Sendo assim, fundamental a inclusão do debate

acerca de gênero e sexualidade na educação, a fim de diminuir as desigualdades de gênero, a violência contra mulheres e o preconceito em razão de orientação sexual e identidade de gênero. A UNESCO no Brasil se manifestou no sentido de acreditar que o debate sobre sexualidade e gênero contribui para uma educação mais inclusiva, equitativa e de qualidade, entendendo, sem dúvidas, que é necessário que a legislação brasileira e os planos de educação incorporem perspectivas de educação em sexualidade e gênero.

Ademais, importante mencionar a questão das mulheres transexuais, travestis, lésbicas e bissexuais, uma vez que sofrem a opressão de gênero conjuntamente com a transfobia, a lesbofobia e a bifobia, afetando diretamente em sua permanência nos ambientes de ensino e, consequentemente, seu acesso ao mercado de trabalho. A realidade da população transexual é certamente mais extrema e preocupante, uma vez que 75% destas abandonam a escola devido ao preconceito, tanto de colegas de sala como de professores e funcionários da escola. Esse motivo, juntamente com a invisibilidade das pessoas transexuais e a exclusão familiar, as leva à marginalização, dificultando seu acesso ao mercado de trabalho. É também de suma importância ressaltar o fato de que a transfobia no Brasil é tão presente que segundo um relatório da ONG Internacional Transgender Europe, somos o país que mais mata travestis e transexuais no mundo.

Enfatiza-se que o Brasil é ainda considerado o quinto país mais violento para mulheres entre os 83 países analisados no estudo “Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres”. Ainda, em 2016 o país foi colocado entre os 50 piores países para se nascer mulher, principalmente em decorrência do alto número de casamentos infantis e meninas grávidas na adolescência, segundo ranking da organização Save the Children.

Quanto à população LGBTQIA+, conforme aponta o “Atlas da Violência 2019” do IPEA, não é possível sequer saber qual é o tamanho de tal população no país, o que, por sua vez, inviabiliza qualquer cálculo de prevalência relativa de violência contra esse grupo, uma vez que o IBGE não faz qualquer pergunta sobre a orientação sexual ou identidade de gênero à população. Ainda, as polícias, em regra, nos registros de violência, tampouco fazem qualquer classificação da vítima segundo a orientação sexual ou identidade de gênero, assim como não existe tal característica nas declarações de óbito. Portanto, torna-se uma tarefa extremamente árdua dimensionar e traçar diagnósticos para produzir políticas públicas que venham a mitigar a violência contra a população LGBTQIA+.

Mais uma vez, os mecanismos internacionais corroboram com a previsão constitucional em relação a discriminação e violência. A Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher), estabelece em seu artigo 6º o direito de toda mulher ser livre de violência, abrangendo o direito de ser educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais, esses baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação, prevendo ainda em seu artigo 8º a educação como instrumento imprescindível para o combate à violência contra a mulher. Na mesma linha é o artigo 10 da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres

(CEDAW). Em relação às pessoas LGBTQIA+, existem os Princípios de Yogyakarta, que tratam especificamente no princípio 16 do direito à educação, de forma que toda pessoa tem o direito à educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero, e respeitando essas características.

A partir de práticas pedagógicas o ambiente escolar de extrema violência que observamos hoje pode ser modificado. A escola pode ser, portanto, espaço de construção de uma sociedade plural, democrática e com respeito, sendo a abordagem de gênero e sexualidade no ensino fundamental para tanto.

O Estado brasileiro elegeu como um de seus fundamentos *a dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal) e como objetivos fundamentais *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos*, dentre outros, de *sexo* (incisos I, III e IV, todos do artigo 3º, da Constituição Federal).

Note-se que apenas esses artigos já permitem concluir pela inconstitucionalidade de tais normas, uma vez que o Brasil, um país em que não se estuda gênero nas escolas, figura como o quinto país no mundo que mais mata mulheres (em um ranking com 83 nações), onde 13 (treze) mulheres são assassinadas por dia, onde uma mulher é estuprada a cada 8 (oito) minutos¹⁸ e é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Esses projetos, ao tentarem impedir que crianças, futuros adultos, aprendam sobre a desigualdade histórica de gênero, caminham na contramão de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Perpetuam desigualdades históricas, contribuindo para a cultura que legitima os crimes e estatísticas acima citados – a cultura da desigualdade de gênero e da violência contra a mulher, cada vez mais distante de uma sociedade que busca promover o bem de todas e todos. A desigualdade de gênero inegavelmente existe e necessita da realização de medidas afirmativas para que seja desconstruída.

Ademais, por violarem o direito constitucional à educação (artigos 6º, 205 a 214, todos da Constituição Federal), na medida em que a educação permite o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho, violam o direito à liberdade de ensino, consubstanciado na dimensão da liberdade de manifestação (artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 206, ambos da Constituição Federal), uma vez que não permitem o pluralismo de ideias; e o direito da criança e do adolescente de serem colocados a salvo de toda a forma de discriminação e violência (artigo 227, da Constituição Federal), já que, ao não ensinar crianças e adolescentes que os indivíduos são diversos e merecem ser respeitados por sua individualidade, continuam a perpetuar violações sistemáticas de direitos humanos decorrentes de preconceito de gênero e de orientação sexual.

Além de todas as normas internas supramencionadas, o Brasil é signatário de diversos compromissos internacionais – recepcionados internamente – a fim de reduzir a violência de gênero e a violência contra a

18 A edição de 2015 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontava para a ocorrência de um estupro a cada 11 minutos no país. Já a 14ª edição, com dados de 2019, aponta para o registro de um estupro a cada 8 minutos. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

criança e o adolescente. Dessa forma, proibir o ensino de igualdade de gênero nas escolas é continuar violando normas internacionais ao quais o Brasil se comprometeu a cumprir.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tentativa de proibir e coibir a educação de gênero através da edição leis municipais se apresenta como prática reiterada, felizmente tal prática tem encontrado resposta através da proposição de ADPFs perante o STF, para declaração de sua patente inconstitucionalidade. No ano de 2020 foi possível observar a consolidação da jurisprudência do Supremo quanto ao tema, no sentido de declarar a inconstitucionalidade de tais normas.

Em 2017, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou no STF diversas ADPFs contra leis municipais que vedam políticas de ensino sobre diversidade de gênero e orientação sexual¹⁹, por compreender que essas reafirmam uma inexistente equivalência entre sexo e gênero e ignoram quaisquer realidades distintas da orientação sexual heteroaferiva, o que por sua vez contraria dispositivos da CF de 1988. Os argumentos de inconstitucionalidade seguem aqueles apresentados no presente artigo, argumentando que as leis locais usurparam competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e a competência concorrente para regular educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação. Ainda, normas municipais, no entendimento da PGR e do qual concordamos, também violam o direito constitucional à igualdade, assim como os princípios que prescrevem as liberdades constitucionais de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a laicidade do estado. Muitas das ADPFs, propostas ainda em 2017, seriam julgadas somente em 2020, mas felizmente compreendendo pela inconstitucionalidade de tais normas.

Nesse sentido, por unanimidade, foi julgada procedente a ADPF 457²⁰, proposta pela da Procuradoria-Geral da República (PGR), em abril de 2020. A Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), que proibia a utilização em escolas públicas municipais de material didático que contenha o que chama de “ideologia de gênero” foi declarada inconstitucional, ao ser referendada medida liminar deferida em fevereiro do mesmo pelo relator, ministro Alexandre de Moraes. O plenário considerou que compete à União a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente, de forma coerente com a sua jurisprudência que reconhece a competência privativa da União para edição de normas gerais em matéria de educação e a competência concorrente dos estados para complementar a legislação federal, de forma que “A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local (artigo 30, incisos I e II, da Constituição), não

¹⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347407&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁰ ADPF 457/GO

justifica a proibição de conteúdo pedagógico não correspondente às diretrizes fixadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei 9.394/1996)”²¹, como afirma o Relator Alexandre de Moraes.

Ainda, segundo o ministro, “ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia”²², afirmando que lei municipal em questão contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, violando princípios constitucionais relacionados à promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput). Ademais, afirma que a proibição da divulgação de material com referência a questões de gênero nas escolas municipais não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, de forma a contribuir com a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero.

No mês seguinte, em maio de 2020, o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 3.491/2015, do Município de Ipatinga (MG), que excluem do ensino público municipal qualquer referência sobre diversidade de gênero e orientação sexual ao julgaram procedente a ADPF 467, ajuizada pela PGR. Mais uma vez, a decisão de mérito confirma o entendimento da medida cautelar deferida pelo relator, dessa vez o ministro Gilmar Mendes, que na oportunidade considerou a possibilidade de danos irreparáveis aos alunos, em razão da contrariedade ao pluralismo de ideias e o fomento à liberdade e à tolerância da lei municipal, fazendo referência a decisão da recém julgada ADPF 457, com conteúdo semelhante.

Mendes esclarece em seu voto que os dispositivos atacados afrontam as regras gerais e os direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação. E reafirma o dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação, o que impõe a necessidade de 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”²³.

Novamente, em junho de 2020, de forma unânime, o Plenário do STF, julgou procedente a ADPF 460, também proposta pela PGR, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 6.496/2015, do Município de Cascavel (PR), que vedavam a adoção de políticas de ensino que se referissem a “ideologia de gênero”, “gênero” ou “orientação de gênero”. O colegiado acompanhou integralmente o voto do relator, ministro Luiz Fux, que em seu voto afirma que o dispositivo da lei municipal em análise, estabelece normas gerais que exorbitam o limite da adaptação às necessidades locais, de forma a violar o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal, que atribui a competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional exclusivamente à União. Ademais, a norma municipal impunha aos docentes obrigação não

21 ADPF 457/GO

22 ADPF 457/GO

23 ADPF 457/GO

prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ([Lei 9.394/1996](#)) e estabelecia diretrizes que também que violam os princípios previstos na Lei 9.394/1996, como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; o respeito à liberdade e o apreço à tolerância; a gestão democrática do ensino público; e a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais. Da mesma forma, representam violação aos valores constitucionais da educação, à liberdade de ensinar e aprender e à gestão democrática do ensino.

Fux entende que a suposta neutralidade ideológica ou política apresentada pelo legislador municipal, na verdade “esteriliza” a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar, afirmando que “O mito da neutralidade traveste uma opção valorativa”²⁴ e ao permitir que tais normas existam no ordenamento jurídico, o Estado não estaria sendo neutro e sim, pelo contrário, legitimando que perspectivas hegemônicas se sobreponham às demais.

Seguindo a jurisprudência agora consolidada, em agosto de 2020, o plenário STF novamente formou maioria em três ADPFs pela inconstitucionalidade de normas municipais que vedam o ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas, ao analisarem normas dos municípios de Paranaguá/PR, Palmas/TO e Londrina/PR²⁵, essas que vedam a adoção de política educacional que trate de gênero ou de orientação sexual e mesmo que tais termos (gênero e orientação sexual) sejam utilizados nas escolas. Em todas as ações, o relator, Ministro Roberto Barroso, votou pela declaração de inconstitucionalidade tanto formal como material dos dispositivos municipais contestados, por comprometerem o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral. Os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Rosa Weber acompanharam o voto do relator.

CONCLUSÃO

Como se viu, os projetos de lei e normas municipais que buscam proibir o debate sobre questões de gênero padecem de uma série de vícios de constitucionalidade materiais, pois violam o núcleo essencial de direitos fundamentais. Além disso, quando se trata de iniciativa legislativa municipal ou estadual, tais projetos são também formalmente inconstitucionais, porque violam normas constitucionais de distribuição de competências.

Ademais, é urgente o enfrentamento às desigualdades em razão de gênero e uma das principais estratégias de mudança deve ser a educação, principalmente a educação básica. Proibir a educação sobre gênero é contribuir para a manutenção das graves estatísticas mencionadas, para a violência cotidiana sofrida pelos grupos historicamente marginalizados, para uma sociedade insegura e desigual.

²⁴ ADPF 460

²⁵ ADPF 461, ADPF 465 e ADPF 600.

Uma sociedade que não debate questões de gênero automaticamente perpetua e legitima a cultura da desigualdade de gênero e da violência contra as mulheres. Ensinar gênero está longe de ser uma “doutrinação”: é, sobretudo, uma forma de educar crianças e adolescentes para refletirem sobre as desigualdades e violências perpetuadas em nossa sociedade patriarcal e cis-heteronormativa, a fim de ensinar aos indivíduos a desconstruírem preconceitos e buscarem uma sociedade mais inclusiva e igualitária, receptiva e que acolha a todas e a todos, sem distinções, respeitando os indivíduos em suas individualidades e identidades.

REFERÊNCIAS

- ABGLT. **Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016**. Disponível em: <http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/08/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BENTO, BERENICE. **Brasil: País do Transfeminicídio**. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS 55ª LEGISLATURA – 4ª SESSÃO LEGISLATIVA. **Mapa da Violência contra a mulher 2018**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CARREIRA, Denise *et al.* **Gênero e educação: fortalecendo uma agenda para políticas educacionais**. São Paulo: Ação Educativa, Cladem, Geledés, Fundação Carlos Chagas. 2016.
- CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.); LIMA, Renato Sérgio de *et al.* **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, I**. Paris: Guillaumin 1861.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EVERY LAST GIRL: save the children: free to live, free to learn, free from harm. Disponível em: https://resourcecentre.savethechildren.net/node/10123/pdf/every_last_girl_final.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). **Direito público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha, NORMANTON, Anna Catharina Machado; STEMPLIUK, Pâmela de Andrade. A inconstitucionalidade da proibição da educação sobre gênero. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 3, v. 3, n. 8, 2016.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- REIS, Toni. Gênero e LGBTFOBIA na Educação. In: EDUCATIVA, Ação (org.). **A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso**. São Paulo: Ação Educativa, 2016.
- SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

UN WOMEN. **Facts and figures**: ending violence against women. Disponível em: <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>. Acesso em: 27 ago. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.