



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN,
RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
5668 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹,**

IMPETRANTE: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

**IMPETRADOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
CONGRESSO NACIONAL**

O **PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**, representado pela Advocacia do Senado Federal nos termos dos artigos 230, §§ 1º e 5º, 31 e 78 do Regulamento Administrativo do Senado Federal, instituído pela Resolução do Senado Federal nº 12, de 2017, haja vista o Ofício nº 9538/2017 exarado por V. Exa. em 12 de maio de 2017 a propósito de instrução da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5668**, vem prestar as seguintes

INFORMAÇÕES

¹ Processo SF nº 00200.008563/2017-46.



SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)** com a pretensão de que o Supremo Tribunal Federal aplique

(...) interpretação conforme a Constituição, com efeito aditivo, ao Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), para que o art. 2º, III e, principalmente (mas não exclusivamente), às metas 2.4², 2.5³, 3.13⁴, 4.9⁵, 4.12⁶, 7.23⁷, 8.2⁸, 9º, 10.1¹⁰, 10.6¹¹, 11.13¹²,

² 2.4) fortalecer o acompanhamento e o monitoramento do acesso, da permanência e do aproveitamento escolar dos beneficiários de programas de transferência de renda, bem como das situações de discriminação, preconceitos e violências na escola, visando ao estabelecimento de condições adequadas para o sucesso escolar dos (as) alunos (as), em colaboração com as famílias e com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, adolescência e juventude (...).

³ 2.5) promover a busca ativa de crianças e adolescentes fora da escola, em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, adolescência e juventude; (...)

⁴ 3.13) implementar políticas de prevenção à evasão motivada por preconceito ou quaisquer formas de discriminação, criando rede de proteção contra formas associadas de exclusão (...);

⁵ 4.9) fortalecer o acompanhamento e o monitoramento do acesso à escola e ao atendimento educacional especializado, bem como da permanência e do desenvolvimento escolar dos (as) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação beneficiários (as) de programas de transferência de renda, juntamente com o combate às situações de discriminação, preconceito e violência, com vistas ao estabelecimento de condições adequadas para o sucesso educacional, em colaboração com as famílias e com os órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, à adolescência e à juventude; (...)

⁶ 4.12) promover a articulação intersetorial entre órgãos e políticas públicas de saúde, assistência social e direitos humanos, em parceria com as famílias, com o fim de desenvolver modelos de atendimento voltados à continuidade do atendimento escolar, na educação de jovens e adultos, das pessoas com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento com idade superior à faixa etária de escolarização obrigatória, de forma a assegurar a atenção integral ao longo da vida; (...)

⁷ 7.23) garantir políticas de combate à violência na escola, inclusive pelo desenvolvimento de ações destinadas à capacitação de educadores para detecção dos sinais de suas causas, como a violência doméstica e sexual, favorecendo a adoção das providências adequadas para promover a construção da cultura de paz e um ambiente escolar dotado de segurança para a comunidade;

⁸ 8.2) implementar programas de educação de jovens e adultos para os segmentos populacionais considerados, que estejam fora da escola e com defasagem idade-série, associados a outras estratégias que garantam a continuidade da escolarização, após a alfabetização inicial;



SENADO FEDERAL
Advocacia

12.5¹³, 12.9¹⁴, 13.4¹⁵, 14.5¹⁶, 16¹⁷, 16.2¹⁸ do referido plano, sejam interpretados como obrigando as escolas a coibir também as discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual e respeitar as identidades das crianças e adolescentes LGBT nas escolas públicas e particulares (ou então

⁹ Meta 9: elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% (noventa e três inteiros e cinco décimos por cento) até 2015 e, até o final da vigência deste PNE, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional.

¹⁰ 10.1) manter programa nacional de educação de jovens e adultos voltado à conclusão do ensino fundamental e à formação profissional inicial, de forma a estimular a conclusão da educação básica;

¹¹ 10.6) estimular a diversificação curricular da educação de jovens e adultos, articulando a formação básica e a preparação para o mundo do trabalho e estabelecendo inter-relações entre teoria e prática, nos eixos da ciência, do trabalho, da tecnologia e da cultura e cidadania, de forma a organizar o tempo e o espaço pedagógicos adequados às características desses alunos e alunas;

¹² 11.13) reduzir as desigualdades étnico-raciais e regionais no acesso e permanência na educação profissional técnica de nível médio, inclusive mediante a adoção de políticas afirmativas, na forma da lei; (...)

¹³ 12.5) ampliar as políticas de inclusão e de assistência estudantil dirigidas aos (às) estudantes de instituições públicas, bolsistas de instituições privadas de educação superior e beneficiários do Fundo de Financiamento Estudantil - FIES, de que trata a Lei no 10.260, de 12 de julho de 2001, na educação superior, de modo a reduzir as desigualdades étnico-raciais e ampliar as taxas de acesso e permanência na educação superior de estudantes egressos da escola pública, afrodescendentes e indígenas e de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, de forma a apoiar seu sucesso acadêmico;

¹⁴ 12.9) ampliar a participação proporcional de grupos historicamente desfavorecidos na educação superior, inclusive mediante a adoção de políticas afirmativas, na forma da lei;

¹⁵ 13.4) promover a melhoria da qualidade dos cursos de pedagogia e licenciaturas, por meio da aplicação de instrumento próprio de avaliação aprovado pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior - CONAES, integrando-os às demandas e necessidades das redes de educação básica, de modo a permitir aos graduandos a aquisição das qualificações necessárias a conduzir o processo pedagógico de seus futuros alunos (as), combinando formação geral e específica com a prática didática, além da educação para as relações étnico-raciais, a diversidade e as necessidades das pessoas com deficiência; (...)

¹⁶ 14.5) implementar ações para reduzir as desigualdades étnico-raciais e regionais e para favorecer o acesso das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas a programas de mestrado e doutorado;

¹⁷ Meta 16: formar, em nível de pós-graduação, 50% (cinquenta por cento) dos professores da educação básica, até o último ano de vigência deste PNE, e garantir a todos (as) os (as) profissionais da educação básica formação continuada em sua área de atuação, considerando as necessidades, demandas e contextualizações dos sistemas de ensino.

¹⁸ 16.2) consolidar política nacional de formação de professores e professoras da educação básica, definindo diretrizes nacionais, áreas prioritárias, instituições formadoras e processos de certificação das atividades formativas; (...).



SENADO FEDERAL
Advocacia

aplicar-se declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com efeito demolitório-aditivo, caso se entenda que existiria uma “norma implícita” proibitiva de tal exegese) (petição inicial, p. 1).

A agremiação partidária assevera “que a escola deve ensinar crianças e adolescentes a conviverem com a diversidade, em uma sociedade plural” e deduz pretensão de que se declare, na interpretação dos dispositivos indigitados, que a Constituição determina a educação de crianças e adolescentes de modo a prevenir e coibir o “bullying homofóbico, transfóbico e machista (bem como qualquer forma...)” (pp. 1-2).

Ao final, formularam-se os seguintes pedidos:

(...) (i) seja concedida MEDIDA CAUTELAR, *inaudita altera pars*, em julgamento direto pelo Plenário desta Suprema Corte (...), para se declarar, até o julgamento definitivo da presente ação, o dever de todas as escolas, públicas e privadas, de reprimirem as discriminações por orientação sexual, identidade de gênero e gênero que lhes forem denunciadas, bem como respeitar as crianças LGBTI em sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ou seja, não reprimir crianças e adolescentes que manifestem comportamentos entendidos como de pessoas homossexuais, bissexuais, assexuais, travestis, transexuais ou intersexos, obviamente dentro da dimensão lúdica inerente a crianças, quando o caso, bem como se respeite a identidade de gênero de crianças e adolescentes que peçam para serem identificadas e tratadas de acordo com o gênero



SENADO FEDERAL
Advocacia

oposto àquele que lhes é socialmente atribuído em razão de seu genital ou sexo biológico (ou seja, em termos de orientação sexual, da mesma forma que se considera normal um menino e uma menina em idade escolar se considerarem “namorados”, andando de mãos dadas e manifestando afeto na forma lúdica que se considera normal a crianças, aceite-se o mesmo a duas crianças do mesmo sexo/gênero, bem como se respeitem namoros homoafetivos entre adolescentes da mesma forma que se aceitam namoros heteroafetivos entre adolescentes; já em termos de identidade de gênero, que se respeite o nome social de crianças e adolescentes que se identifiquem com o gênero oposto àquele que lhes foi designado em razão de seu genital ou sexo biológico, bem como seja-lhes permitido vestir-se e portar-se de acordo com sua identidade de gênero transgênera); (...)

(iii) seja, ao final, julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE** a presente ação, para que seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, III, da Lei Federal n.º 13.005/2014 (Plano Nacional de Educação), bem como principalmente (mas não exclusivamente), às metas 2.4, 2.5, 3.13, 4.9, 4.12, 7.23, 8.2, 9, 10.1, 10.6, 11.13, 12.5, 12.9, 13.4, 14.5, 16, 16.2 do referido plano, bem como ao plano como um todo, de forma a que ele seja aplicado sem discriminações à população LGBTI, para que sejam interpretados no sentido de obrigarem as escolas públicas e particulares a coibir também as discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual, de sorte a se coibir o bullying e as discriminações em geral de cunho machista (contra meninas – cisgêneras e transgêneras) e



SENADO FEDERAL
Advocacia

homotransfóbicas (contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais), determinando-se, assim, o respeito às identidades das crianças e adolescentes LGBTI nas escolas públicas e particulares – ou então (requer-se) seja aplicada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com efeito demolitório-aditivo (decisão aditiva de regra), caso se entenda que existiria uma “norma implícita” proibitiva de tal exegese, para o fim de conceder aquilo que se acaba de pleitear, nos termos do pedido cautelar supra exposto (aqui reiterado, mas que se deixa de transcrever); (iv) subsidiariamente, por força do princípio da fungibilidade das ações constitucionais, caso se entenda que a ação cabível seria a arguição de descumprimento de preceito fundamental, requer-se a conversão da presente ADI em ADPF, para em seguida serem apreciados o pedido cautelar e/ou de mérito, conforme o momento da conversão, determinar o enfrentamento das discriminações por gênero, identidade de gênero e orientação sexual no Plano Nacional de Educação e se aplique decisão aditiva de regra, que determine o enfrentamento de tais discriminações, nos termos dos pedidos supra formulados; (v) ainda subsidiariamente, também por força do princípio da fungibilidade das ações constitucionais, caso se entenda que haveria uma omissão inconstitucional sobre o tema, requer-se seja convertida a presente ação em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para que seja decretada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em determinar o enfrentamento das discriminações por gênero, identidade de gênero e



SENADO FEDERAL
Advocacia

orientação sexual no Plano Nacional de Educação e se aplique decisão aditiva de regra, que determine o enfrentamento de tais discriminações, nos termos dos pedidos supra formulados; Em qualquer dos casos, requer-se a procedência desta ação por força do art. 3º, IV, da CF/88, bem como ao princípio da proporcionalidade, na acepção de proibição de proteção insuficiente e do dever de promoção do bem-estar de todos, o que evidentemente inclui o dever de garantir a não-discriminação e bem-estar de crianças e adolescentes LGBT e de meninas cisgêneras (pp. 50-51 da inicial).

Ao despachar a inicial, V. Exa. adotou o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 e determinou a notificação da Presidência da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para que prestem informações no prazo de 10 dias. Ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República oportunizou-se manifestar no prazo de cinco dias.

Ajuntaram-se informações da Presidência da República, cuja conclusão se depreende do seguinte excerto:

(...) Contudo esse não é o caso da Lei nº 13.005, de 2014. Importa observar que o Plano Nacional de Educação, nela consignado, foi traçado sob diretriz que reproduz explicitamente a vedação ao preconceito prevista no art. 3º IV, da Constituição Federal de 1988. pautando-se seu art. 2º, 11, de forma expressa pela superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação.



SENADO FEDERAL
Advocacia

19. Vale atentar ainda, pela previsão de seu art. 2º, x, que o Plano Nacional de Educação se norteia pela promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos e à diversidade.

20. Dessa forma, não se visualiza a inconstitucionalidade apontada pelo requerente. (...)

2. ANÁLISE JURÍDICA

O Plano Nacional de Educação (PNE), aprovado na forma da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, proscreeve todo e qualquer tipo de discriminação (art. 2º, III¹⁹).

Por se tratar de norma-programa, o PNE apresenta estruturação aberta, de forma a contemplar diversidades de opinião sobre temas controvertidos.

Por tanto, a forma “todos os tipos de discriminação” é uma norma de que atende às legítimas preocupações manifestadas na impetração, contudo sem descer a um nível de detalhamento e polarização que imponha consenso sobre controvertidas políticas educacionais de gênero.

Da forma como o PNE se apresenta, os movimentos sociais que lutam por direitos da população LGBTI já contam com o espaço para participar na via dos canais institucionais junto aos órgãos

¹⁹Art. 2º São diretrizes do PNE: (...).

III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação (grifou-se).



SENADO FEDERAL
Advocacia

executivos da formulação e da implementação de políticas educacionais transgêneras.

Não se pode inverter o sentido do processo de produção de consensos sobrepostos, para usar a expressão de John Rawls²⁰. São os consensos por meio de debates públicos em canais desimpedidos da esfera pública que informam a produção da lei e não o inverso, pelo menos no contexto do Estado Democrático de Direito.

É certo que existem patologias no processo de formação da opinião pública que demandam excepcional intervenção de jurisdição constitucional, como ocorreu recentemente em questão relacionada com a agenda dos direitos transgêneros e correlatos no bojo do caso *Obergefell v. Hodges*.²¹

Contudo no caso dos autos o que existe é uma lei que – haja vista o princípio da presunção de legitimidade de que se reveste a atuação da função legislativa do Estado e a ausência de provas que abalem esse pressuposto – assegura proteção aos bens jurídicos aludidos na impetração.

O PNE, após intensos debates amadurecidos no curso de uma longa tramitação legislativa, adotou fórmula que, no que tange à abordagem de gênero, não chega a impor a agenda LGBTI em toda a sua extensão, mas fornece freios institucionais necessários às agendas conservadoras que se lhe contrapõem.

²⁰ Vide RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971) e RAWLS, John. **Justice as Fairness: A Restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

²¹ *Obergefell v. Hodges*, Nº 14-556, slip op. at 23 (U.S. June 26, 2015).



SENADO FEDERAL
Advocacia

Não se pode simplesmente abolir o pensamento conservador no que ele move dentro das balizas constitucionais, de forma a impor de forma artificial e autoritária a sua contraparte.

O que a lei impugnada faz é preservar, por imperativo das cláusulas pétreas da república, do direito e da democracia, o espaço para o debate legítimo.

A ação não reúne as condições mínimas de procedibilidade nos termos em que proposta porque não se demonstra concreta controvérsia constitucional acerca da matéria normativa deduzida nos autos, de forma que se colide com os princípios da separação, da independência e da harmonia de Poderes.

A impetração não se coaduna com o exercício desimpedido da função judiciária, porque a interpretação de atos normativos deve ser feita nos limites da dialética do devido processo legal.

Logo, é a partir da controvérsia instaurada concretamente entre autor e réu é que se assenta regularmente a correta interpretação dos dispositivos legais.

A jurisdição constitucional abstrata, por não contemplar todas as exigências do devido processo legal no que configura controvérsia meramente objetiva, a rigor só se deve deflagrar subsidiariamente, como instância de *extrema ratio*.

O acionamento prematuro e desnecessário da jurisdição constitucional abstrata na interpretação regular de lei fere o princípio da proporcionalidade porque implica absorção da função judiciária pelo legislador negativo, com a remoção de um dos pilares fundamentais da Constituição.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Por tanto, há um requisito implícito para a instauração da jurisdição constitucional, que é o critério de relevância, ainda muito pouco elaborado na doutrina e na jurisprudência.

A questão deduzida nos autos é de suma relevância, mas do ponto de vista processual, o impetrante não demonstra a necessidade de instauração dessa via extraordinária.

Da forma como se apresenta, a ação aparentemente configura estratégia de recurso contra decisões adotadas em caráter terminativo e inapelável no curso do devido processo legislativo.

A desnaturação da jurisdição constitucional em instância recursal do processo legislativo, além de provocar a fusão entre legislador negativo e positivo, distorce os mecanismos democráticos e assombra a ordem jurídica com o risco de ditadura de minorias.

Sob esse prisma, pretensões autorais, se deferidas, implicariam usurpação pela corte constitucional da titularidade da função de legislador positivo atribuída aos órgãos independentes do Parlamento.

Ademais, há transgressão aos princípios da separação, da harmonia e da independência de Poderes também sob outra perspectiva.

Nota-se que a ação a rigor foi endereçada contra recalcitrância em concreto do Poder Executivo diante da diretriz de proibição geral de discriminação do art. 2º, III, da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.

Não se pode ignorar a proibição de discriminação pretendida na lei impugnada, haja vista sua dicção de larguíssimo alcance. O



SENADO FEDERAL
Advocacia

máximo que se poderia conjecturar seria crise na aplicação da lei por falhas no exercício da função executiva, em especial no âmbito do Ministério da Educação e dos órgãos análogos nas demais instâncias da Federação.

No entanto, a ação também não se desenvolve adequadamente nesse sentido, porque **1)** não prova a aludida crise de aplicação e **2)** por se tratar a lei de uma norma programática, não se poderia alegar eventual descumprimento em estágio mais avançado de sua aplicação.

Saliente-se que a jurisdição constitucional não pode incidir, em regra, contra atos estatais de efeitos estritamente concretos. Por outro lado, uma norma-programa também não pode ser esquadrihada no controle concentrado, nem no controle difuso, até que ganhem densidade em atos normativos típicos, de pronta execução, a indiciar minimamente uma interpretação contrária ao texto constitucional. Até que tal se verifique, impõe-se a presunção da validade do ato legislativo e da ideia de que o legislador não pode ter pretendido votar uma lei inconstitucional.

Por outro lado, vê-se, do que se colhe das informações da Presidência da República, que diversos programas que promovem, em conformidade com o PNE, ações contra discriminações de nuança sexual contra gays, lésbicas, transexuais e outras minorias espremidas pela lógica binária da sexualidade.

Citem-se alguns exemplos: Brasil sem Homofobia -Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual (2004), Brasil sem Homofobia



SENADO FEDERAL
Advocacia

(2004); Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (2009), Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH3 (2009).

Desse modo, não se depreende dos autos elementos que justifiquem a instauração da jurisdição constitucional. Contudo, caso se processem as pretensões dos autos até o julgamento de mérito, que seja indeferida em todos os seus termos, com declaração de constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

2.1. Improcedência do pedido de medida cautelar

Faltam evidentemente os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* à pretensão de medida cautelar referida no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Elidem o *fumus boni iuris* as razões apresentadas, que evidenciam a legitimidade dos dispositivos impugnados e o devido respeito ao equilíbrio e à harmonia interpoderes.

Como se trata de um plano decenal, que vem sendo implementado de forma satisfatória, sob o crivo do princípio da inafastabilidade de jurisdição, após longa discussão e debate no Congresso Nacional, não há que se falar em perigo na demora.

Por outro lado, o disposto no art. 2º, III, da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, **contempla a proteção normativa pretendida pelo impetrante**, que pode ser suscitada nas instâncias regulares do Poder Judiciário, o que afasta o proveito da medida cautelar requerida.



SENADO FEDERAL
Advocacia

3. CONCLUSÃO

Pede-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não admita esta ação direta de inconstitucionalidade ante a inépcia da inicial em razão da ausência dos requisitos processuais mínimos.

Caso se ultrapasse o exame preambular, requer-se que o pedido de medida cautelar seja indeferido ante o não atendimento dos requisitos legais.

No mérito, pugna-se pela improcedência desta ADI, com declaração de constitucionalidade dos dispositivos impugnados em todos os seus termos.

Requer-se, por fim, que os advogados abaixo subscritos sejam cadastrados como representantes judiciais do Presidente do Senado e do Congresso Nacional e intimados de todos os atos do processo.

Brasília, 31 de maio de 2017.

[vide assinatura eletrônica]
EDVALDO FERNANDES DA SILVA
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 19.233



SENADO FEDERAL
Advocacia

[vide assinatura eletrônica]

GABRIELLE TATITH PEREIRA

Advogada do Senado Federal

Coordenadora do Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos

OAB/DF 30.252

[vide assinatura eletrônica]

FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA

Coordenador-Geral da Advocacia do Senado Federal

OAB 31.546/DF

[vide assinatura eletrônica]

ALBERTOS CASCAIS

Advogado-Geral do Senado Federal