

§ 15.

Direitos Fundamentais escolares e liberdade de estabelecimento escolar privado

(Art. 7 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 7º (Escola)

(1) Todo o sistema escolar está sob a fiscalização do Estado.

(2) Os responsáveis pela educação têm o direito de decidir sobre a participação do filho na aula de religião.

(3) ¹A aula de religião é disciplina ordinária nas escolas públicas, à exceção das escolas não confessionais. ²Sem prejuízo do direito de fiscalização do Estado, a aula de religião será ministrada em consonância com os preceitos fundamentais das comunidades religiosas. ³Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar a aula de religião.

(4) ¹É garantido o direito de criação de escolas particulares. ²As escolas particulares, enquanto substitutas de escolas públicas, precisam de autorização do Estado, subordinando-se à legislação estadual. ³A autorização deverá ser concedida se as escolas privadas não forem, em face de seus objetivos de ensino e de suas instalações, assim como da formação científica de seus professores, inferiores às escolas públicas, e se não forem fomentadas prerrogativas dos alunos segundo a situação econômica dos pais. ⁴A autorização deverá ser denegada se não restar assegurada a posição jurídica e econômica dos membros do corpo docente.

(5) Uma escola particular do ensino primário somente deverá ser admitida se a administração escolar lhe reconhecer um interesse pedagógico especial ou se, a partir do requerimento dos pais responsáveis, houver de

ser erigida como escola comunitária, confessional ou ideológica, não existindo na localidade uma escola pública de ensino primário deste tipo.

(6) ...

60. BVERFGE 52, 223

(SCHULGEBET)

Reclamação constitucional contra ato normativo (ato administrativo) / Reclamação constitucional contra decisão judicial

16/10/1979

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento conjunto de duas Reclamações Constitucionais que buscavam objetivos opostos: Enquanto a primeira (do processo 1 BvR 647/70) impugnava diretamente uma proibição perpetrada por autoridade administrativa na realização de uma prece [ecumênica] na escola pública não confessional (daí: **prece escolar** = *Schulgebet*), o reclamante do segundo processo (1 BvR 7/74) alega terem sido violados alguns de seus direitos fundamentais (sobretudo do Art. 4 I e 7 II GG) pelo fato contrário de uma prece ser realizada, sendo-lhe negada, pela última instância ordinária, a devida proteção jurídica.

O TCF recebeu ambas as Reclamações, julgando a primeira procedente e a segunda improcedente.

1. É deixado a critério dos Estados-membros, no exercício de seu poder de fiscalização sobre a escola garantido pelo Art. 7 I GG, permitir ou não, em escolas públicas não-confessionais, a realização de uma prece escolar voluntária e ecumênica fora da aula de religião.

2. A prece escolar será também em princípio não problemática do ponto de vista constitucional [também] quando um aluno ou seus pais se opuserem à sua realização. Seu direito fundamental à liberdade negativa de confissão religiosa [liberdade de “não” exercício da confissão religiosa] não será violado se eles puderem livremente e sem [quaisquer] constrangimentos decidir acerca de sua participação na prece.

3. A espontaneidade normalmente pressuposta para a observância do mandamento de tolerância não restará assegurada, excepcionalmente, se o aluno, em face das circunstâncias do caso particular, não puder, de modo dele exigível, deixar de participar [da realização da prece].

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de outubro de 1979
- 1BvR 647/70 e 7/74 -
 (...)

RAZÕES

As Reclamações Constitucionais conexas referem-se à questão da admissibilidade de uma prece escolar nas escolas públicas de ensino fundamental, realizada fora da aula de religião, quando os pais de um aluno se opõem à realização da prece.

(...).

I. – II. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são recebidas.

I. – II. (...)

C.

(...)

I.

1. Parâmetros de exame para o julgamento das questões constitucionais suscitadas pela prece escolar são, em primeira linha, o Art. 6 II 1 GG (direito dos pais à educação dos filhos), o Art. 4 I 2 GG (liberdade de crença e direito ao livre exercício religioso), assim como Art. 7 I GG (responsabilidade do Estado pela educação e formação). O Art. 6 II 1 GG garante aos pais o direito e o dever de conformar livremente o cuidado e a educação de seus filhos segundo sua própria convicção, com – resguardado o Art. 7 GG – preponderância sobre os demais agentes de educação (cf. BVerfGE 24, 119 [138, 143 s.]; 47, 46 [69 s.]). Disso faz parte o direito à educação dos filhos no aspecto religioso e ideológico (BVerfGE 41, 29 [44]).

Também o Art. 4 I e o Art. 4 II GG incluem o direito dos pais de transmitir a seus filhos [somente] aquelas convicções religiosas ou ideológicas que eles considerem corretas (BVerfGE 41, 29 [47 s.]).

Por outro lado, o Art. 7 I GG atribui ao Estado uma responsabilidade [ou tarefa] educacional constitucional em face da educação escolar (BVerfGE 34, 165 [181 s.]). Ao âmbito de conformação regulamentar estatal, transmitida aos Estados-membros no caso do sistema escolar, pertence não apenas a estruturação organizacional da escola [tipos de cursos, divisão dos anos e disciplinas], mas também a definição do conteúdo dos cursos de formação e dos objetivos do ensino. O Estado pode, assim, perseguir seus próprios objetivos educacionais na escola, em princípio independentemente dos pais (BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 s.]). 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 (BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]).

2. O problema da prece escolar deve ser visto em termos mais amplos. Deve ser investigado se referências religiosas em escolas públicas comunitárias (de ensino obrigatório) são a priori permitidas ou se o Estado é obrigado a omitir qualquer referência religiosa ou ideológica – com exceção das aulas de religião expressamente garantidas no Art. 7 III GG – na conformação do ensino escolar naquelas escolas que não sejam escolas confessionais.

O Tribunal Constitucional Federal ocupou-se dessa questão nas decisões de 17 de dezembro de 1975 sobre a escola pública do tipo tradicional de Baden (BVerfGE 42, 29 [44 *et seq.*]) e sobre a escola pública bávara (BVerfGE 41, 65 [77 *et seq.*]). Aos fundamentos das referidas decisões faz-se [aqui] menção³⁰¹.

Segundo os aludidos fundamentos, a introdução de referências cristãs na organização [curricular] das escolas públicas não é de plano proibida, ainda que uma minoria dos titulares do direito de educar, que não podem evitar tais escolas para educação de seus filhos, não deseje uma educação religiosa. A escola não pode, porém,

³⁰¹ Passagem recorrente nas decisões do TCF. Significa que o que fora fixado nas citadas decisões é parte integrante da fundamentação da presente decisão e o texto que se segue (seus argumentos) devem ser lidos e entendidos em conjunto com os textos referidos das decisões passadas.

tornar-se uma escola missionária nem pretender vinculação a conteúdos religiosos cristãos. A escola deve ser aberta também a outros conteúdos e valores ideológicos e religiosos. O objetivo educacional de uma tal escola não pode – fora da aula de religião, a cuja frequência ninguém pode ser obrigado – ser fixado segundo os preceitos confessionais cristãos. A afirmação do cristianismo em disciplinas não religiosas baseia-se, em primeiro lugar, no reconhecimento do marcante fator cultural e educacional [que é o cristianismo], tal como ele foi constituído na história ocidental, [mas] não na verdade religiosa, sendo, por isso, legítima também em relação aos não-cristãos em face da reminiscência de fatos históricos. Faz parte deste fator também o pensamento da tolerância para com as pessoas que pensam de modo diferente.

(...).

3. Em não sendo proibidas as referências religiosas nas escolas públicas de ensino obrigatório, em observância aos princípios desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal, a realização de uma prece escolar não poderá ser em princípio impugnada constitucionalmente quando também sua realização se der no contexto da conformação escolar deixada a critério dos Estados-membros pelo Art. 7 I GG e se outros preceitos constitucionais, especialmente o direito fundamental dos envolvidos previsto no Art. 4 GG, não restarem violados (...).

a) A prece escolar, como objeto das presentes Reclamações Constitucionais, representa uma invocação a Deus – feita sobre a base da fé cristã – [mas] supra-confessional (ecumênica). (...).

(...).

A prece escolar, como ato confessional realizado fora da aula de religião, não é parte do ensino escolar geral que é transmitido em razão da tarefa do Estado relativa à educação e formação. Ela não é instrução, o que caracteriza uma aula como tal, nem transmissão de conhecimentos aos alunos, nem tampouco uma medida com o propósito de exercer influência educacional, partida da escola e professores sobre as crianças, mas, em regra, uma atividade religiosa praticada conjuntamente com o professor. Assim, a prece escolar também não representa uma transmissão de valores cristãos culturais e de formação, considerada permitida pelo Tribunal Constitucional Federal no contexto do ensino geral em escolas públicas cristãs (BVerfGE 41, 29 [52]). Da admissibilidade de tais escolas não se deriva, ainda, sem mais, a constitucionalidade da admissão da prece escolar.

b) Porque a prece escolar não representa uma parte do ensino, no sentido de uma instrução escolar, não pode também ser parte de um currículo obrigatório. Sua realização deve – o que é em linhas gerais pacífico em vista das regras contidas nos Art. 4 I e 4 II GG, bem como no Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV – basear-se no fundamento da mais completa voluntariedade. Isso não vale apenas para os alunos, como também para o professor de todas as turmas nas quais se faz uma prece escolar (cf. a esse respeito também: Art. 7 III 3 GG).

(...).

Mesmo se a prece escolar não for nem puder ser parte das atividades educacionais reguladas vinculantes, permanece ainda – e até mesmo em todas as formas mencionadas – um evento escolar da responsabilidade do Estado. Isso vale, em todo caso, quando a prece escolar ocorre dentro do horário de aula, por ensejo dado pelo professor. (...).

c) Quando o Estado permite a prece escolar, no sentido supra descrito, fora da aula de religião, como exercício de religiosidade e como “evento escolar”, ele acaba por incentivar visão de mundo própria do cristianismo e, assim, um elemento religioso na escola, que excede as referências religiosas que surgem do reconhecimento do cristianismo, enquanto marcante fator cultural e de formação (BVerfGE 41, 29 [52]). A prece liga-se, também em sua forma ecumênica, a uma verdade religiosa, especificamente à crença de que Deus pode atender o pedido. Não obstante, também a admissão desse elemento religioso na escola pública (de ensino obrigatório) – em se garantindo a voluntariedade da participação – ainda permanece dentro dos limites da liberdade de conformação, a qual cabe aos Estados-membros enquanto titulares do poder disciplinar escolar por força do Art. 7 I GG, até mesmo quando o direito fundamental de pessoas que professam outra convicção for trazido à pauta, em respeito ao Art. 4 GG, para o alcance de uma concordância.

O Art. 4 GG garante não apenas a liberdade para crer, como também a liberdade externa de declarar a fé em público (BVerfGE 32, 98 [106], 41, 29 [29]). O Art. 4 I e o 4 II GG asseguram, nesse sentido, um espaço para a realização ativa da convicção religiosa. Quando o Estado admite a prece escolar nas escolas públicas, não faz com isso nada mais do que exercer o direito de conformar o sistema escolar a ele atribuído pelo Art. 7 I GG, de modo que os alunos que o desejarem possam professar sua crença religiosa – ainda que somente na forma restrita de uma invocação geral e supra confessional [ecumênica] de Deus. (...).

O Estado, porém, deve já *a priori* estabelecer o equilíbrio entre este espaço livre para o exercício da liberdade confessional positiva e a liberdade confessional negativa

dos outros pais e alunos que não querem a prece escolar. Tal equilíbrio foi aqui alcançado principalmente por meio da garantia da liberdade de escolha de participação dos alunos e professores. (...).

4. Se a admissão de uma prece escolar na forma apresentada é deixada a critério dos Estados-membros, competentes para a conformação do sistema escolar, estes não estão, pois, por outro lado, obrigados a sempre permitir a realização da prece escolar nas escolas públicas.

Do ponto de vista constitucional, os Estados-membros estão obrigados apenas a prever a aula de religião nas escolas confessionais como disciplina ordinária (Art. 7 III 1 GG). Os pais não têm um direito positivo de determinação relativo à introdução da prece escolar, assim como também não o têm em face da criação de escolas desta ou daquela orientação religiosa ou ideológica (...).

5. (...).

a) – b) (...)

II.

Mesmo que contra a prece escolar em princípio não haja uma objeção constitucional, poder-se-ia avaliar o caso de maneira diversa se, no caso concreto, um aluno ou seus pais se opusessem à realização da prece. (...).

1. De acordo com o Tribunal Estatal de *Hessen* (*Hessischer Staatsgerichtshof*), uma prece escolar, no caso de ser contestada por um aluno, deveria ser proibida, porque este não poderia ser colocado na situação de exteriorizar sua recusa da prece escolar motivada religiosa ou ideologicamente por meio [pelo fato] da não-participação. Uma tal expansão do direito ao silêncio, que então não seria violado só por ocasião do momento da coação à exteriorização daquilo que se pensa ou acredita, mas já [antes] no momento do tornar-se público o posicionamento positivo ou negativo sobre o comportamento de cunho confessional de outros, não é abrangida pelo direito fundamental à liberdade confessional negativa³⁰². (...).

(...).

³⁰² Liberdade para a não manifestação religiosa.

2. (...).

3. A oposição de um aluno que professe outra crença, ou de seus responsáveis, só poderia acarretar na inadmissibilidade da prece escolar se não fosse garantido o direito do aluno discordante de livremente e sem coação decidir sobre sua participação na prece escolar. Normalmente, o aluno pode, todavia, de modo dele exigível, esquivar-se da participação, de tal sorte que ele pode [sim] decidir com plena liberdade pela não participação na oração.

a) Como possibilidades de evasão, podem ser mencionadas: O aluno pode permanecer fora da sala de aula durante a realização da prece. Ele pode, por exemplo, entrar na sala de aula somente depois do fim da prece ou deixar a classe ao final da aula, antes do pronunciamento da prece de encerramento. O aluno ideologicamente dissidente pode também, com efeito, estar presente na sala de aula durante a prece, sem todavia pronunciar com os colegas o texto da oração; em tal momento ele pode permanecer sentado em seu lugar – ao contrário dos colegas que rezam.

b) Há de se admitir que cada uma dessas possibilidades de evasão sempre destacará o comportamento do aluno em questão, quando ocorre a prece escolar, dos demais alunos que proferirem a oração. Isso ocorre especialmente quando se tratar de apenas *um* aluno discordante: Ele se comporta de forma visivelmente diversa do conjunto dos seus colegas de classe. Esse destaque não poderia ser, então, infligido ao atingido, se o colocasse inevitavelmente no papel de marginal e o discriminasse em relação ao conjunto da classe. (...).

4. Não obstante, não se pode partir da tese de que a evasão da prece escolar constrange o aluno discordante, em regra ou também em um considerável número de casos, à apresentada posição marginal que não lhe pode ser infligida. A apreciação das condições gerais, sob as quais a prece deve acontecer, das tarefas que competem ao professor naquele contexto, e das relações fáticas na área escolar levam à conclusão de que, pelo menos em regra, não se teme a ocorrência de uma discriminação do aluno que não participe da oração.

a) – d) (...).

5. (...).

III.

(...)

1. – 2. (...).

IV.

(...)

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Katzenstein*,
Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*