

O INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E O DIREITO DOS PAIS DE GARANTIR QUE SEUS FILHOS RECEBAM UMA EDUCAÇÃO DE ACORDO COM SUAS CONVICÇÕES. UM CASO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ULTRA VIRES CONTRA RESOLUÇÕES JUDICIAIS¹

THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILDREN AND THE RIGHT OF PARENTS TO ENSURE THAT THEIR CHILDREN RECEIVE AN EDUCATION IN ACCORDANCE WITH THEIR CONVICTIONS. A CASE OF ULTRA VIRES CONSTITUTIONAL PROTECTION AGAINST JUDICIAL DETERMINATIONS

José María Porras Ramírez²

Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Granada e Catedrático *Jean Monnet* de Direito Constitucional Europeu (UGR, Granada, Espanha)

ÁREA(S): criança e adolescente; direito constitucional; liberdade religiosa.

RESUMO: O artigo analisa um caso particularmente controverso que ilustra o atual procedimento do Tribunal

Constitucional da Espanha, segundo o qual este se considera competente para efetuar uma revisão integral das resoluções judiciais, em garantia dos direitos que são objeto de proteção extraordinária. De forma delimitada, examina

¹ Traduzido por Sandro Bobrzyk, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pela Universidade de Granada, Professor e Decano da Escola de Direito da PUCRS. *E-mail:* sandro.bobrzyk@pucrs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6099116837274760>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7083-0518>; e Guilherme Schoeningher, Doutorando em Direito pela PUC/RS, Professor de Cursos de Especialização na Escola de Direito da PUC/RS. *E-mail:* schoeningher.guilherme@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3174494502335947>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-4337-1457>. Os tradutores agradecem ao autor, o Professor José María Porras Ramírez, pela autorização e pelo estímulo para esta tradução. Para efeitos de adequação aos padrões da presente Revista, os tradutores incluíram as seções “Resumo” e “Palavras-chave”, em língua portuguesa e em língua inglesa, que não existiam no original.

² *E-mail:* jmporras@ugr.es. Currículo: https://constitucional.ugr.es/pages/profesorado/j_porras/CVPorras. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1573-0738>.

caso em que se elucida o interesse superior de uma menor de idade, em relação aos direitos que, para garantir a sua educação, possuem os seus pais. A causa da controvérsia deriva da discordância no exercício da autoridade parental por parte dos pais divorciados, que têm a guarda conjunta da menor, e que têm crenças e convicções diferentes, o que afeta a educação que desejam para a sua filha. A conclusão obtida na decisão do caso é altamente discutível, sendo resultado de uma deturpação dos fatos provados que foram objeto da controvérsia e de uma ponderação reconstruída e tendenciosa que nega injustificadamente o valor, com base em novas premissas, daquele feito à jurisdição ordinária.

ABSTRACT: *The article analyzes a particularly controversial case that illustrates the current procedure of the Spanish Constitutional Court, according to which it considers itself competent to carry out a full review of judicial resolutions, to guarantee the rights that are the object of extraordinary protection. In a limited way, it examines a case in which the best interests of a minor are elucidated in relation to the rights of her parents to guarantee her education. The cause of the controversy stems from the disagreement in the exercise of parental authority by divorced parents, who have joint custody of the minor, and who have different beliefs and convictions, which affects the education they want for their daughter. The conclusion reached in the decision of the case is highly debatable, being the result of a misrepresentation of the proven facts that were the subject of the dispute and of a reconstructed and biased weighting that unjustifiably denies the value, based on new premises, of that made to the ordinary jurisdiction.*

PALAVRAS-CHAVE: criança; interesse superior; jurisdição constitucional; liberdade religiosa.

KEYWORDS: *child; superior interest; constitutional jurisdiction; religious freedom.*

SUMÁRIO: 1 O alcance ilimitado do recurso extraordinário de amparo no sistema de proteção jurisdicional de direitos; 2 A STC 26/2024, de 14 de fevereiro: o interesse superior da criança e o direito dos pais de garantir que seus filhos recebam uma educação de acordo com suas convicções; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *1 The unlimited scope of the extraordinary appeal for amparo in the system of jurisdictional protection of rights; 2 STC 26/2024 of february 14: the superior interest of the child and the right of parents to ensure that their children receive an education in accordance with their convictions; Conclusions; References.*

1 O ALCANCE ILIMITADO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE AMPARO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS

No sistema constitucional espanhol, o garantidor habitual e efetivo dos “direitos e interesses legítimos” (art. 24.1 da CE) é o “juiz ordinário predeterminado pela lei” (art. 24.2 da CE), que, no âmbito de um sistema difuso de proteção, deve atuar em sua defesa, com independência de ser reconhecido como tendo caráter fundamental e de merecer a proteção extraordinária do Tribunal Constitucional. Não é de se surpreender que o recurso a este último só seja possível (“no caso”), tendo, além disso, natureza subsidiária, ao exigir o esgotamento da via judicial disponível para esse fim (art. 53.2 da CE). Essa possível intervenção tem unicamente o objetivo de “restabelecer ou preservar” direitos fundamentais, expressos nos arts. 14 a 30 da Constituição, em ocasiões em que se considera que os juízes e tribunais não o fizeram de acordo com o texto constitucional. No entanto, mesmo assim, o recurso excepcional de referência tem um escopo limitado, ao restringir a sua missão de revisão a questões de constitucionalidade estrita, o que significa evitar o conhecimento de assuntos relacionados de legalidade ordinária, que são reservados para o exame de juízes e tribunais (art. 41.3 da LOTC) (CRUZ VILLALÓN, 1994: 11).

Como se sabe, a introdução do recurso de amparo, importado da Constituição alemã, justificou-se, à época, pela desconfiança causada por um Poder Judiciário não identificado, inicialmente, com o sistema de valores previsto na norma fundamental. Por isso, considerou-se adequado estabelecer um mecanismo privilegiado de controle que permitisse a revisão extraordinária da atuação dos Poderes Públicos, o que poderia resultar no esvaziamento de determinados direitos, da máxima relevância constitucional, carentes de reparação (RUBIO LLORENTE, 1995: 125). Hoje, no entanto, uma vez que os tribunais foram imbuídos desses valores e princípios, a proteção dos direitos tornou-se uma tarefa que eles realizam diariamente, fazendo uso da doutrina que o Tribunal Constitucional promoveu, revelando o seu verdadeiro significado. Isso explica por que o amparo acabou se tornando, até certo ponto, uma figura residual, como evidenciado pelo pequeno número de recursos que foram resolvidos favoravelmente (REQUEJO PAGÉS, 2001: 123). O reforço dos requisitos de admissibilidade para petições de amparo contribuiu para o seu caráter excepcional, que a reforma da LOTC estabeleceu em 2007, adotando a

prática alemã, inspirada, por sua vez, na doutrina anglo-saxônica do “*writ of certiorari*”. Esse requisito exige a rejeição de recursos que não tenham “especial significado constitucional” (art. 49.1 da LOTC). Desse modo, intensifica-se a dimensão objetiva do amparo extraordinário, pois já não basta que tenha havido lesão subjetiva a um direito fundamental, não reparada pelo Poder Judiciário, para que se admita o processamento de tal demanda (ATC 29/2011), mas sim que se demonstre “sua importância para a interpretação da Constituição, para sua aplicação ou para sua eficácia geral, e para a determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais” (art. 50.1 b) da LOTC) (PÉREZ TREMPES, 2018: 253)³.

Dessa forma, insiste-se na singularidade do amparo e, conseqüentemente, na atribuição à jurisdição ordinária de um papel principal na garantia dos direitos, em relação às afetações lesivas de sua dimensão subjetiva. Assim, pretende-se que o Tribunal Constitucional se limite a declarar a imagem principal daqueles direitos cujo conteúdo e escopo ainda estão em disputa (GARCÍA COUSO, 2012: 1557). Isso completa o redesenho do sistema de proteção jurisdicional dos direitos, estabelecendo dois circuitos diferentes: um para a proteção subjetiva dos direitos, no qual os juízes e tribunais comuns desempenham um papel de protagonistas e, subsidiariamente, o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo; e um dedicado, em essência, à sua proteção objetiva, que é confiada ao Tribunal Constitucional.

Um sistema de garantias jurisdicionais de direitos, como o descrito *supra*, não se coaduna com a doutrina jurisprudencial, adotada pelo Tribunal Constitucional, segundo a qual ele se considera competente para realizar uma revisão completa das decisões judiciais, a fim de garantir os direitos que são objeto de proteção extraordinária. Nesse sentido, o esforço de autocontenção do Tribunal Constitucional, inicialmente observado nos primeiros anos, deu lugar a uma forma de intervenção que frequentemente o levou a se exceder, indo além de sua competência definida, o que tem gerado conflitos bem conhecidos com o Tribunal Supremo. Assim, tem atuado como uma espécie de “tribunal de terceira instância” (OLIVER ARAUJO, 2003: 99), especialmente nas ocasiões em que o art. 24 da CE é invocado, um preceito que potencialmente permite uma espécie de controle geral das decisões de juízes e tribunais. Ao fazê-lo, interferiu em

³ A esse respeito, a STC 155/2009, de 25 de junho, em seu FJ 2, definiu o conceito de “transcendência constitucional especial” como um “requisito inevitável, de natureza substantiva”.

questões de legalidade ordinária, sob o pretexto de adaptar a norma jurídica aos mandatos da Constituição (PÉREZ SÁNCHEZ, 2009: 67; SERRA CRISTÓBAL, 2014: 371). E esse tem sido o caso, particularmente, quando a suposta violação de direitos fundamentais ocorreu no âmbito de relações entre particulares, acusando o órgão judicial competente de não ter garantido a correta reparação desses direitos, mas sim de ter validado, por meio de sua intervenção, sua diminuição ou violação (MEDINA GUERRERO, 2024: 469).

Tal prática torna necessário delimitar as respectivas esferas de competência das jurisdições ordinária e constitucional, uma questão que está sempre em aberto, dada a existência de assuntos em que ambas as jurisdições convergem. E o fato é que, como se advertiu logo no início:

(N)enhuma jurisdição ordinária pode, ao interpretar a Lei, esquecer a existência da Constituição, nem a jurisdição constitucional pode desconsiderar a análise crítica da aplicação que a jurisdição ordinária faz da Lei quando tal análise é necessária para determinar se algum dos direitos fundamentais ou liberdades públicas cuja salvaguarda lhe é confiada foi ou não violado. (STC 50/1984, FJ 3º)

De qualquer forma, para fins de estabelecer a necessária delimitação das esferas de atuação, fica claro que a apuração dos fatos cabe às instâncias ordinárias, sem possibilidade de alterá-los; ao mesmo tempo, cabe às instâncias ordinárias estabelecer a qualificação jurídica fundamentada da conduta julgada, selecionando e interpretando as normas aplicáveis; e, após isso, realizar a ponderação dos direitos e bens em conflito.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional evoluiu a ponto de reconhecer uma competência de revisão muito ampla ou quase total. Assim, considerou-se que o Tribunal Constitucional não só é responsável por verificar, uma vez considerada a transcendência constitucional especial do caso controvertido, se a jurisdição ordinária considerou devidamente a importância dos direitos fundamentais na resolução da controvérsia, verificando se os levou em consideração em seus argumentos, qualquer que seja o resultado de suas ações⁴; mas também por verificar, em termos materiais, se a ponderação

⁴ STC 120/1983.

realizada é constitucionalmente adequada, de acordo com os critérios de definição dos direitos, conforme expressos pelo próprio Tribunal, tendo em vista as circunstâncias do caso específico⁵.

Dessa forma, o que se ganha ao conseguir uma proteção mais intensa dos direitos perde-se, no entanto, ao gerar uma redução apreciável no âmbito de atuação dos juízes e tribunais ordinários, cujas decisões podem ser completamente retificadas pelo Tribunal Constitucional, nas frequentes ocasiões em que este realiza uma verificação total ou completa da controvérsia suscitada. Os excessos habituais em que incorre o Tribunal Constitucional, que muitas vezes o levam a ultrapassar os limites estabelecidos por sua própria Lei Orgânica, serão ilustrados pelo estudo de sua conduta em relação a um caso interessante. Ele se refere ao pedido de proteção dos melhores interesses de uma menor e dos direitos de seus pais em relação à sua educação. Um caso que constitui um excelente teste a esse respeito, pois nos levará, em relação à disputa levantada, a determinar a adequação do escopo da revisão realizada pelo Tribunal Constitucional.

2 A STC 26/2024, DE 14 DE FEVEREIRO: O INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E O DIREITO DOS PAIS DE GARANTIR QUE SEUS FILHOS RECEBAM UMA EDUCAÇÃO DE ACORDO COM SUAS CONVICÇÕES

A sentença em questão resolve um recurso de proteção (amparo) interposto contra ordens emitidas pelo Tribunal Provincial de Barcelona e por um tribunal civil dessa cidade, que decidiram sobre a escolarização de uma menor. A causa da controvérsia deriva da discordância no exercício da autoridade parental por parte dos pais divorciados, que têm a guarda conjunta da menor, e que têm crenças e convicções diferentes, o que afeta a educação que desejam para a sua filha (art. 27.3 da CE). A disputa foi resolvida pelos tribunais ordinários que, apelando para os melhores interesses da menor, concordaram com a sua matrícula em uma escola religiosa, com a condição de que ela não cursasse a disciplina de religião. Essa decisão foi objeto de recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional, e o ato judicial final, que pôs fim aos procedimentos ordinários, foi considerado uma violação do

⁵ Assim, desde a STC 6/1988.

direito fundamental da mãe, afetado por proteção insuficiente. Na sentença de amparo⁶, que recebeu duas posições dissidentes⁷, o Tribunal Constitucional reconheceu essa violação e, portanto, ordenou que, para obter a sua restituição, uma vez que o processo tenha retornado ao momento anterior à emissão da ordem pelo órgão judicial competente, este último ordenasse que a educação da criança ocorresse em um ambiente neutro, considerando que um centro educacional público, conforme solicitado pela mãe, deveria ser o que atendesse a esse requisito.

2.1 A DETERMINAÇÃO DOS FATOS COMPROVADOS, O OBJETO DA DISPUTA E SUA ALTERAÇÃO SUBSEQUENTE

Cabe destacar que, de acordo com o art. 44.1 b) da LOTC, o Tribunal Constitucional não é responsável, “em nenhum caso”, pelo exame dos fatos que deram origem ao processo de amparo, pois cabe aos tribunais ordinários estabelecê-los (art. 117.3 da CE). Portanto, os fatos declarados provados e seus efeitos sobre a esfera jurídica protegida daqueles que se consideram prejudicados por eles devem ser determinados pelo órgão judicial competente, que, dada a sua proximidade com o caso, tem o melhor conhecimento dos eventos e das circunstâncias que envolvem o litígio. Esses fatos constituem o ponto de partida inescapável para a ponderação dos direitos e bens conflitantes que tanto a jurisdição ordinária, em primeiro lugar, e, extraordinariamente, no amparo, quando apropriado, depois o Tribunal Constitucional, devem realizar para resolver a controvérsia⁸. Por isso, não podem ser revisados, questionados ou apresentados seletivamente pela primeira, alterando o seu alcance, já que o recurso de amparo não constitui, cabe reiterar, uma terceira instância, para esses efeitos. Portanto, deve assumi-los tal como lhe são apresentados (GARCÍA MURCIA, 2001: 717).

Essa cláusula que delimita a jurisdição do Tribunal Constitucional em amparo vai além da mera proibição de selecionar as questões factuais, ou seja, os fatos e as provas. Também implica que ele não deve aceitar novas

⁶ A magistrada que relatou a decisão foi Inmaculada Montalbán Huertas.

⁷ Uma, muito relevante, foi assinada pelos magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Concepción Espejel Jorquera e César Tolosa Triviño; e outra, concordando com a opinião da decisão, foi assinada pelo magistrado Juan Carlos Campo Moreno.

⁸ Inicialmente, isso foi estipulado na STC 171/1990, FJ 4º, e, mais recentemente, na STC 8/2022, FJ 4º.

contribuições, discrepantes dos fatos declarados provados. Os pressupostos factuais do julgamento de amparo não são constituídos por essas declarações, nem por quaisquer outros dados ou eventos alegados pelo recorrente, mas pelos antecedentes factuais do processo *a quo*, que são introduzidos no julgamento de amparo por meio do pedido de tramitação do processo original (art. 51 da LOTC). O Tribunal Constitucional deve acatá-las, pois são obrigatórias para ele. Para ir além, denunciar, quando for o caso, uma valoração desarrazoada da prova ou a falta de valoração de alguma prova implica agir contra os termos expressos contidos em sua Lei Orgânica reguladora, que, no máximo, só lhe dá poderes para realizar um controle externo da razoabilidade do discurso que conecta a atividade probatória com o relato fático resultante (ULLOA RUBIO, 2020: 525; GUTIÉRREZ GIL, 2020: 602).

Bem, o que acontece no caso em questão? Tendo constatado a discordância entre os pais no exercício da autoridade parental em relação à escolha da escola para a filha de quatro anos de idade, que está sujeita à guarda e à tutela compartilhadas após o divórcio, o pai solicitou a abertura de um procedimento de jurisdição voluntária⁹ para que o órgão judicial competente pudesse decidir sobre a questão. Para tanto, o tribunal teve que levar em conta o fato de que o pai propôs que a sua filha fosse educada em uma escola religiosa, sob um acordo com a administração regional de educação, localizada no mesmo bairro de sua residência, enquanto a mãe escolheu uma escola pública e, portanto, uma escola secular, embora localizada em um bairro distante daquele em que a criança vivia até então.

No Despacho nº 355/19 do Tribunal de Primeira Instância de Barcelona, julgou-se procedente o pedido do pai requerente com o fundamento de que a escolha da escola religiosa proposta por ele era do interesse superior da menor, uma vez que o juiz considerou que a escola proposta oferecia certas vantagens que faltavam à escola pretendida pela mãe, que, de acordo com a avaliação fundamentada, tinha certas desvantagens e deficiências. Assim, depois de realizar as verificações pertinentes, o juiz destacou que a localização da escola estava em um bairro no qual a menor não tinha raízes; que não cobria todas as etapas escolares; que tinha um programa educacional mais básico; que oferecia

⁹ Conforme previsto no art. 86 da Lei nº 15/2015, de 2 de julho, sobre jurisdição voluntária; e, também dispõem os arts. 236.11, Seção 4, e 236.13 do Código Civil da Catalunha.

uma gama reduzida de atividades extracurriculares; e que as suas instalações eram inferiores em termos de qualidade e variedade.

Pelo contrário, e depois de proceder também ao devido exame e avaliação, o juiz destaca as melhores condições para frequentar o centro educativo solicitado pelo pai, o que, na sua opinião, é do interesse da menor, uma vez que, segundo o seu critério, tem uma tradição escolar reconhecida; abrange todos os ciclos de formação, o que significa que a menor não necessita mudar de centro no final do Ensino Básico, se os pais não considerarem conveniente; garante a aprendizagem de uma segunda língua estrangeira, após o termo desse período; leciona diversas disciplinas em inglês; possui amplas instalações desportivas, que incluem a possibilidade de natação; está localizado em bairro seguro, onde a menor mora desde o seu nascimento, que fica próximo à casa paterna, o que facilita o apoio familiar que o pai tem; e implica um custo económico moderado, aceitável para ambos os progenitores.

O outro fato que o juiz avalia, que afeta e modula o alcance de sua decisão, é aquele pelo qual deve ser levado em consideração o desejo da mãe de que sua filha receba uma educação que não implique doutrinação religiosa. Aceitando esta exigência, o juiz de Primeira Instância ordena a inscrição da menor na matéria alternativa à religião. Em atenção ao que foi considerado, o órgão judicial rejeita a alegação da mãe de que a matrícula da menor deve necessariamente ocorrer, de forma a salvaguardar os seus direitos e os da mãe, em uma escola pública, pois pode ser garantido que a menor não frequentará, na escola proposta pelo pai, mais favorável, na sua opinião, em resposta ao superior interesse da menor, matéria da religião, podendo exercer, em vez disso, uma atividade diferente na companhia de outros menores que frequentem a mesma escola.

No recurso de apelação interposto pela mãe da menor perante o Tribunal Provincial de Barcelona, ela expressou o seu pedido de revisão do despacho proferido na Primeira Instância. Para tanto, fundamenta a sua argumentação insistindo na natureza religiosa do centro onde foi realizada a matrícula, fato que implica necessariamente, na sua opinião, que todas as suas atividades estejam impregnadas por ele, gerando uma clara violação tanto do seu direito fundamental à liberdade religiosa (art. 16 da CE), que inclui o direito de não professar nenhuma religião, quanto do seu direito de que a educação da filha seja desenvolvida de acordo com as suas convicções (art. 27.3 da CE). A genitora também denuncia a lesão do art. 24.1 da CE, considerando que o

despacho recorrido é impossível de cumprir nos seus próprios termos, por não existir alternativa disciplinar à religião na escola.

No Tribunal, o recurso é rejeitado, confirmando a decisão impugnada. Assim, sustentam-se as motivações do juiz que o levaram a optar, pela maior qualidade da oferta formativa e outras vantagens que o centro concertado de base religiosa apresenta, resolvendo-se no superior interesse da menor, pela sua matrícula naquele. E a alegação da mãe é refutada por meio de depoimento, prestado pelo diretor da escola, que comprova de forma fidedigna que a menor foi afastada da doutrinação que aquela disciplina implica, realizando atividade diferente na companhia de outros menores, respeitando, assim, os direitos da mãe invocados.

Além disso, insiste-se que o art. 24 da CE não foi violado, pois a motivação do magistrado da instância é suficiente e completa, “respeitados os parâmetros constitucionais e processuais mínimos”. Também é considerado exaustivo, ao esgotar a argumentação e a decisão sobre todos os fatos controversos, conforme registrados no depoimento do processo, que incorpora os fatos comprovados e as circunstâncias que dizem respeito ao caso, como a idade da menor, o regime de guarda compartilhada, o domicílio dos pais, a desigualdade, atentando-se à sua qualidade, a oferta educacional oferecida por ambos os centros e o mandato direcionado à escola para afastar a aluna da disciplina de religião. Estes fatos comprovados constituem os critérios de avaliação probatória que fundamentam a ponderação posterior. Assim, são confirmados pelo Tribunal Provincial de Barcelona, após declarar que, “embora o poder de revisão do Tribunal de Recurso seja total e cubra todas as questões controversas, não constitui um novo julgamento, nem autoriza o recurso para resolver questões ou problemas diferentes dos suscitados em primeira instância”, uma vez que o juiz responsável é quem deve apurar os fatos provados, tal como ocorreram.

No procedimento de amparo, o Tribunal Constitucional, como não poderia deixar de ser, recolhe esses fatos provados, tal como são apresentados pela jurisdição ordinária; mas faz uma questionável apresentação seletiva e parcial daqueles, o que, em última análise, supõe a sua alteração¹⁰. E acrescenta considerações factuais a respeito de fatos que a jurisdição ordinária rejeitou, não apresentando provas, que, portanto, não foram incorporadas nos autos

¹⁰ Conforme a relevante opinião divergente dos Juízes Enríquez, Espejel e Tolosa.

transferidos para o Tribunal Constitucional. Assim, especificamente, aceita as alegações feitas pela mãe no recurso, em relação à ideologia religiosa do centro, mas sem fornecer qualquer testemunho do qual se pudesse deduzir, segundo eles, que a menor havia sido forçada, devido a essa ideologia, a participar de qualquer ato de culto, oração ou qualquer outro que supusesse ou implicasse a sua doutrinação religiosa e estava, portanto, em prejuízo ou lesão ao direito de sua progenitora de exigir que a sua filha não recebesse qualquer formação religiosa no centro de ensino.

Assim, a sentença que resolve o recurso de amparo ignora a ausência dessa prova nos depoimentos prestados pela jurisdição ordinária e a acrescenta à análise do quadro fático, tornando-a principal, para justificar a sua decisão posterior. A referida “evidência” é constituída pelo texto ou “folheto”, de caráter informativo, em que a própria escola expõe a sua ideologia religiosa; este documento, que, vale insistir, mesmo tendo sido fornecido pela recorrente no procedimento seguido perante a jurisdição ordinária, em segunda instância, não obteve relevância probatória na decisão de segundo grau, que, por outro lado, o valorou diante do *e-mail* da diretora do centro que atestou que a aluna não estava cursando a disciplina de religião, nem participando de qualquer atividade de natureza confessional.

Mas foi o referido folheto informativo do centro, no qual informa genericamente sobre a sua ideologia religiosa, nos termos da lei, que foi tomado como prova, pelo acórdão do Tribunal Constitucional, para dele se deduzir a exposição contínua e involuntária da menor a um ambiente escolar em que se incentiva uma doutrinação religiosa indesejada e constante, manifestada na oração de início das aulas e na presença onipresente de símbolos. Ambiente, em suma, do qual, conforme posteriormente resolvido na sentença de amparo, ela deverá ser afastada, transferindo-a para uma escola neutra, para esses fins, atendendo, assim, à vontade da mãe recorrente, para que os seus direitos, como mãe, à liberdade religiosa (art. 16 da CE) sejam plenamente restaurados e para que a formação educacional de sua filha ocorra, de acordo com as suas convicções, livre de doutrinação indesejada (art. 27.3 da CE).

2.2 A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS CONDUTAS JULGADAS

Da mesma forma, cabe à jurisdição ordinária selecionar e interpretar as normas aplicáveis nas quais subsumir as condutas julgadas. As normas de

direito material, pertinentes ao caso, invocadas pela jurisdição ordinária, que afetam os direitos fundamentais, são, conseqüentemente, as que regulam e garantem: 1. O superior interesse da menor, neste caso, constituído pelos seus direitos, tanto à educação (art. 27 da CE) quanto à liberdade religiosa (art. 16 da CE); 2. E o direito dos pais de que a sua filha receba uma educação de acordo com as suas convicções (art. 27.3 da CE).

Ao Tribunal Constitucional compete examinar, no caso, se a interpretação que o juiz faz da norma aplicável, a fim de determinar qual é o melhor interesse da menor, respeita ou não os direitos fundamentais em jogo. A competência é assim atribuída para verificar, em relação a uma controvérsia resolvida pela jurisdição ordinária, em aplicação das regras que o ordenamento jurídico prevê, se houve impacto prejudicial ao direito do recorrente, como é o caso desta reclamação.

A) O interesse superior do menor, que compreende, no caso, o direito à educação (artigo 27 da CE) e o direito à liberdade religiosa (artigo 16 da CE)

O juiz de Primeira Instância e, posteriormente, o Tribunal Provincial de Barcelona, em recurso, identificam claramente a necessidade de fazer valer o interesse superior da menor, como exige a legislação civil¹¹. Certamente, a obrigação dos Poderes Públicos de fazerem o que for necessário para garantir que os menores vejam os seus direitos efetivamente protegidos decorre, em particular, do art. 39.4 da CE, que indica que aqueles “[...] gozarão da proteção prevista nos acordos internacionais que os asseguram...”. Entre essas normas, que funcionam como cânone de interpretação do direito interno, como o art. 10.2 da CE, destaca a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Reino de Espanha¹², em cujo art. 3.1 faz referência, nomeadamente, ao dever reforçado contraído pelos operadores jurídicos de atribuir “consideração primária” ao chamado “interesse superior do menor”; conceito jurídico indeterminado que foi progressivamente definido¹³, tanto pelo legislador, em matérias específicas, quanto pelos juízes e tribunais, que

¹¹ Art. 211-6 do Código Civil da Catalunha.

¹² BOE nº 313, de 31 de dezembro de 1990, p. 38897 a 38904.

¹³ A STC 127/2013, de 3 de junho, afirma que é “um princípio orientador e inspirador de todas as ações dos poderes públicos relacionadas com as crianças, tanto administrativas como judiciais”.

especificaram, em cada caso, os “critérios gerais” elencados no art. 2º da Lei Orgânica nº 1/1996, de 15 de janeiro, sobre a proteção jurídica de menores¹⁴. E isso aconteceu no caso em análise. Não é em vão que esta norma insiste que esse interesse superior “terá precedência... sobre qualquer outro interesse legítimo que possa surgir” em todas as ações e decisões adotadas pelos Poderes Públicos, em geral, e pelo legislador e pelos juízes e tribunais, em particular¹⁵.

Consequentemente, partindo, em primeiro lugar, do entendimento de que as limitações à capacidade de agir dos menores serão interpretadas de forma restritiva (DÍAZ REVORIO Y ESPARZA REYES, 2023: 73)¹⁶, e que os direitos a que eles são titulares como pessoas, e não como cidadãos, sendo “essenciais para a garantia da dignidade humana, nos termos do art. 10.1 CE”¹⁷, serão especialmente preservados, o juiz deve ter em consideração a proteção qualificada que a sua vida, o desenvolvimento, as necessidades, os desejos e a opinião, bem como o seu ambiente e a sua identidade, merecem, em garantia do “desenvolvimento harmonioso da sua personalidade”¹⁸. Esses critérios devem ser ponderados tendo em conta parâmetros como a idade e maturidade do menor, a necessidade de garantir a sua igualdade e não discriminação, a passagem do tempo no seu desenvolvimento, a necessidade de dar estabilidade às soluções adotadas para promover a sua integração social e minimizar os riscos que qualquer alteração da situação material ou emocional possa causar no seu desenvolvimento futuro, a preparação para a transição para a idade madura e qualquer outro elemento relevante, que, à luz do suposto caso, possa ser considerado¹⁹.

Isso exige, de forma muito especial, que a resolução judicial que afete o menor seja adotada garantindo no decurso do processo: os direitos daquele a ser informado, ouvido e escutado, se a sua maturidade o permitir; o acompanhamento de especialistas para determinar as suas necessidades; a participação dos pais, responsáveis e representantes legais ou do defensor e

¹⁴ BOE nº 15, de 17 de janeiro de 1996, amplamente reformada pela Lei Orgânica nº 8/2015, de 22 de julho; BOE nº 175, de 23 de julho de 2015.

¹⁵ Art. 2.4 da Lei nº 1/1996.

¹⁶ Art. 2.1 da Lei nº 1/1996.

¹⁷ STC 107/1984, FJ 31.

¹⁸ Art. 2.2 da Lei nº 1/1996.

¹⁹ Art. 2.3 da Lei nº 1/1996.

do Ministério Público, caso surja conflito de interesses, que estará presente quando a opinião do menor for contrária à medida adotada que lhe diga respeito ou representar restrição de seus direitos; e, ainda, assegurar que, na explicação oferecida pelo juiz, haja cumprimento e referência expressa aos critérios utilizados, com referência à ponderação de interesses realizada; e a previsão de recursos que permitam a revisão da decisão, caso se entenda que esta não valorizou como primordiais os melhores interesses do menor²⁰.

E dado que os direitos do menor a que se refere a lei são os reconhecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais de que o Reino de Espanha é parte²¹, devemos realçar, à luz do caso em apreço, a extraordinária importância do *direito à educação* (art. 27 da CE), que se integra decisivamente na formação do superior interesse do menor (VIDAL PRADO, 2017: 23). Não é em vão que a ação educativa tem um impacto decisivo na formação e no desenvolvimento integral das crianças, o que é, acima de tudo, dever e responsabilidade dos pais²². Vê-se, assim, como a preferência dada pelo ordenamento jurídico à garantia do superior interesse do menor teve um impacto decisivo na reforma do instituto do poder parental, que, de direito dos pais sobre a pessoa e os bens do menor, passou a ser um instrumento ou meio disponível para o cumprimento de um dever em relação com os menores. Por isso, deve ser sempre exercido em benefício daqueles, de acordo com a sua personalidade²³ e com respeito expresso aos seus direitos (ASENSIO SÁNCHEZ, 2013: 59). Dessa forma, conforme prevê, de forma análoga, o art. 222-37 do Código Civil da Catalunha e, adicionalmente, o art. 154.1 do Código Civil, o direito à educação está vinculado ao poder parental, ao constituir a sua realização uma obrigação para quem o desempenha.

Inicialmente, o direito à educação, em que se integram as dimensões cognitiva, afetiva e axiológica²⁴, implica o direito de toda pessoa poder

²⁰ Art. 2.5 da Lei nº 1/1996.

²¹ Art. 3 da Lei nº 1/1996.

²² Art. 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança: “[...] O interesse superior da criança deve ser o princípio orientador daqueles que têm responsabilidade pela sua educação e orientação; esta responsabilidade recai, em primeiro lugar, sobre os pais [...]”.

²³ O que deve ser levado em consideração quanto maior a idade do menor (art. 162.2.1 do CC).

²⁴ Tal como expresso no Preâmbulo da Lei Orgânica nº 2/2006, de 3 de maio, da Educação (LOE). BOE nº 106, de 4 de maio de 2006.

estudar em centro reconhecido para esse fim, seja público ou privado, e, se for o caso, de acordo com a Administração (art. 27.9 da CE), os ensinamentos que o legislador considera básicos. Direito que, ao afetar os filhos, deve ser considerado, ao mesmo tempo, um dever cuja realização deve ser assegurada pelos pais, em articulação com os Poderes Públicos, tendo em conta, ainda, a sua obrigatoriedade (art. 27.4 da CE), de acordo com a sua programação geral (art. 27.5 da CE)²⁵.

Ao mesmo tempo, deve-se indicar, em relação ao caso que nos interessa, que o direito à educação dos menores deve ser combinado com o reconhecimento constitucional da *liberdade de ensino* (art. 27.1 da CE), que, como projeção qualificada no campo educativo da liberdade ideológica e religiosa, e do direito de expressar e difundir livremente pensamentos, ideias e opiniões²⁶, implica a liberdade de criar centros educativos (art. 27.6 da CE), o que pode legitimamente implicar uma “ideologia” que lhes confere um “caráter próprio”, enquanto, ao mesmo tempo, a sua direção e gestão correspondem ao seu titular, no quadro da Constituição, no respeito pelos direitos garantidos por lei aos professores, pais e alunos.

Tal fato significa que este ideário, com a orientação educativa que implica, deve ser dado a conhecer a todos os membros da comunidade educativa, de forma clara e precisa, para que a escolha do centro pelos pais implique a aceitação da existência de um quadro ideológico que carrega uma determinada orientação axiológica, que se expressa em um projeto educativo coerente²⁷. Esse reconhecimento vincula-se tanto ao direito dos pais à livre escolha do centro educativo, “tanto público como não criado pelos poderes públicos”, quanto com o direito que, da mesma forma, os ajuda a educar os seus filhos de acordo com as suas próprias convicções (art. 27.3 da CE), que está, muitas vezes, intimamente ligado àquele (LÓPEZ CASTILLO, 2018: 983).

²⁵ Assim, como afirmou o Tribunal Constitucional, em sua STC 133/2010, FJ 7º, em relação à intenção de alguns pais de educarem seus filhos em casa (*homeschooling*), “há o dever de educar os filhos entre seis e dezesseis anos [...] o que constitui um limite incorporado pelo legislador que é constitucionalmente viável porque encontra justificativa em outras determinações constitucionais contidas no próprio art. 27 CE e por não gerar uma restrição desproporcional ao direito dos pais [...], ainda que a decisão de não mandar os filhos à escola tenha sido entendida... motivada por razões de ordem moral ou religiosa”.

²⁶ STC 5/1981, FJ 7º.

²⁷ Art. 115 da Lei Orgânica nº 2/2006, de 3 de maio, de educação.

Mas não se deve esquecer que o direito à educação, como direito fundamental de natureza complexa, ainda compõe um direito fundamental unitário, portanto, a liberdade de ensino, juntamente com os demais direitos derivados e as determinações complementares incorporadas no art. 27 da CE, em uma clara “relação de instrumentalidade recíproca”, lhe subordinam-se, contribuindo para a garantia do seu conteúdo essencial²⁸, que não é outro senão proporcionar educação, ou seja, competências, por meio da aquisição de conhecimentos e valores. Conceito que tem significado ou conteúdo mais rico do que qualquer um daqueles contribuídos singularmente, pois está orientado para o “pleno desenvolvimento da personalidade humana”. Assim, o seu reconhecimento constitucional é intercalado com referências ao “respeito pelos princípios democráticos de convivência e pelas liberdades fundamentais”, tal como expresso no art. 27.2 da CE, e desenvolve o art. 2º da LODE²⁹, pois tem como finalidade essencial assegurar a formação de cidadãos livres e iguais, conscientes dos seus direitos e deveres para com a comunidade política em que vivem (ALÁEZ CORRAL, 2017: 93).

Tal direito corresponde prioritariamente aos filhos, e não aos pais, pois são estes que devem fornecê-lo a eles, juntamente com os Poderes Públicos, tendo em conta a sua condição, não só do direito à liberdade, mas também, muito importante, do direito de prestação. Isso explica por que, nesse sentido, os direitos dos pais, que não são alterados pela dissolução do matrimônio, mantendo o caráter partilhado, razão pela qual devem ser exercidos, na medida do possível, em conjunto, ficarão subordinados, em qualquer caso, aos dos filhos. E isso será observado mesmo nos casos em que a falta de maturidade suficiente impeça o menor de participar no processo de decisão que, no exercício do seu direito à educação, lhe diz respeito, situação em que, inicialmente, nos termos da lei, serão os pais quem tomarão as decisões adequadas em benefício do menor.

Contudo, caso se constate a existência de discrepância entre os progenitores a esse respeito, o superior interesse do menor deve ser atendido, interpretado e concretizado pelo juiz, tornando-se um princípio determinante para a resolução dos conflitos que surjam no exercício do poder parental ou em

²⁸ SSTC 86/1985, de 10 de julho, FJ 3º, e 133/2010, de 2 de dezembro, FJ 7º, entre outras.

²⁹ Lei Orgânica nº 8/1985, de 3 de julho, que regulamenta o direito à educação; BOE nº 159, de 4 de julho de 1985.

relação a qualquer outra situação em que o menor esteja envolvido e seja causa de conflito (ROCA TRÍAS, 2018: 1286)³⁰. E isso acontece, especialmente, em relação à exigência de tornar efetivo o exercício do seu direito à educação, de forma a garantir o acesso ao sistema educativo, situação em que muitas vezes surgem controvérsias entre pais e filhos, entre os próprios pais, e entre os pais e a Administração Pública correspondente (ASENSIO SÁNCHEZ, 2013: 60).

No caso em apreço, dada a pouca idade da menor, sem maturidade suficiente, o litígio em relação à garantia pública de acesso e desfrute de uma vaga escolar surge entre pais divorciados, em regime de guarda compartilhada, que discordam sobre o modelo educativo que deverá ser escolhido para a sua filha menor de idade. E é claro que, em tal cenário, a intervenção judicial inicialmente solicitada por uma das partes, concretamente pelo pai da menor, em face do persistente desacordo com a mãe, deve basear-se na determinação do superior interesse da filha, com preferência sobre qualquer direito ou interesse manifestado pelos seus pais, que, ainda que deva ser tido em conta, deve estar subordinado ao primeiro, como o próprio Tribunal Constitucional tem expressa e reiteradamente proclamado³¹.

B) O direito dos pais a que a sua filha receba uma educação de acordo com as suas convicções (artigo 27.3 da CE)

Por sua vez, o juiz de Primeira Instância e, posteriormente, o Tribunal Provincial de Barcelona, em recurso, acolhem a invocação feita pela mãe da menor do direito que a assiste para garantir que a sua filha possa receber, tanto em centros públicos quanto em centros privados subsidiados, “formação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções” (art. 27.3 da CE); direito que está intimamente relacionado com as liberdades ideológicas e religiosas, contempladas no art. 16 da CE; mas, em todo caso, vale insistir, é um direito que decorre do dever de educar os filhos, conforme previsto no art. 39.3 da CE, interpretado de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Convenção de Roma para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, com referência ao art. 154.1 do CC. Portanto, participa do poder parental, ordenando-se a satisfazer uma

³⁰ Arts. 233-8 e 236-13 do Código Civil da Catalunha.

³¹ STC 176/2008, FJ 6º. Ultimamente, STC 2/2024, 15 de janeiro, FJ 2º.

obrigação dos pais conducente à efetividade do direito à educação do menor. É por isso que deve estar subordinado a ele. Assim, a extinção ou perda do poder parental implica para aqueles o do direito de referência (ASENSIO SÁNCHEZ, 2013: 66).

Consequentemente, o seu exercício no superior interesse do menor e, portanto, “em relação à educação” dele³² deve ser interpretado, essencialmente, como freio ou impedimento, e, portanto, como uma garantia contra os Poderes Públicos, para que evitem a doutrinação, isto é, a imposição de crenças ou ideias incompatíveis com as convicções dos seus pais (CÁMARA VILLAR, 2004: 439).

Ao mesmo tempo, e já de forma positiva, tal direito tem vindo a implicar, por força da lei, de um lado, a solicitação à administração educativa para a realização de uma oferta formativa, de acompanhamento gratuito e voluntário, tão plural quanto possível, que permita, se for caso disso, o ensino confessional e não regulamentado das diferentes opções religiosas aos alunos que as solicitem voluntariamente. E, por outro lado, a exigência do ensino de disciplinas alternativas ou do desenvolvimento de atividades para alunos alheios ao fato religioso que, no caso de ainda lhe estarem relacionadas, são desprovidas do caráter doutrinal e apologético que o ensino confessional acarreta.

Seja como for, e independentemente da sua articulação jurídica mais ou menos adequada, condicionada, até agora, pelos Acordos assinados com a Santa Sé, a verdade é que a Constituição não parece optar, decididamente, ou pelo menos é assim que tem sido interpretada até agora, por uma concepção estrita ou rigorosa do princípio da neutralidade da educação, o que implica o deslocamento dos programas educativos de todos os tipos de instrução religiosa. Assim, mesmo mantendo o compromisso com a neutralidade básica, o que implica a proibição de qualquer forma de doutrinação ideológica ou religiosa, imposta pelo Estado (STC 5/1981), e depois de exigir o respeito incondicional e a promoção ativa da difusão dos valores e princípios constitucionais, que são o pressuposto da coexistência pacífica na democracia e na liberdade (art. 27.2 da CE), prefere, antes, dar a essa exigência um sentido aberto, plural e, consequentemente, cooperativo, de acordo, finalmente, com as disposições do art. 2.º do Protocolo Adicional nº 1 da Convenção Europeia para a Proteção

³² Art. 4.1 c) da Lei Orgânica nº 8/1985, de 3 de julho, que regulamenta o direito à educação.

dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais³³, que determina que os Estados devem “respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais durante todo o programa de educação pública”.

Assim, não é incompatível com a natureza promocional do Estado (arts. 1.1 e 9.2 da CE) que este facilite a concretização da dimensão positiva do direito, prevista no art. 27.3 da CE, facilitando, em centros públicos e privados, o ensino, extracurricular e não avaliablel, de ensinamentos religiosos, de acompanhamento, em qualquer caso, voluntário, em resposta às exigências sociais existentes e de acordo com os acordos assinados com as confissões que fornecem tais ensinamentos (MOTILLA DE LA CALLE, 2024: 278). No entanto, como sublinhou o STC 166/1996, essa possibilidade não implica o reconhecimento de um direito fundamental do qual derivam as obrigações do Estado de satisfazer determinados e específicos benefícios, de forma indisponível (LÓPEZ CASTILLO, 2028: 997)³⁴.

Em todo o caso, e no que interessa agora, há que ficar claro que este direito dos pais, ligado ao exercício do poder parental e ordenado à satisfação do superior interesse do menor, ainda que seja um direito dos pais, não exercido, portanto, em representação dos filhos, pois tal representação não se enquadra em relação aos direitos fundamentais, dada a sua natureza personalíssima (ALÁEZ CORRAL, 2003: 45), deve ser entendido, em todo o caso, em um sentido instrumental, quando orientado para a realização do direito à educação dos seus filhos. Portanto, a formação que, no âmbito religioso e moral, aqueles escolhem para si deve, por um lado, contribuir para o desenvolvimento pleno e livre da sua personalidade³⁵, ajustando-se aos valores e princípios constitucionais; e, por outro lado, deve respeitar o direito à livre formação da sua consciência, ou

³³ Ratificado pelo Reino de Espanha. BOE nº 11, 12 de janeiro de 1991.

³⁴ Vale a pena insistir que a face positiva da disposição “não é um conteúdo diretamente operativo *ex constitucionale*, mas sim um conteúdo adicional resultante de um reconhecimento nos Acordos com a Santa Sé”, o que condicionou, dada a sua intensidade, a interpretação feita de tal direito. Assim, deu origem à oferta obrigatória pelos centros educativos de um ensino confessional de formação religiosa e moral cujo regime jurídico tem sido fonte contínua de conflitos, de acordo com a legislação mutável e sempre controversa em vigor, e a sua equalização, e a sua diferenciação curricular em relação a outras disciplinas. Conforme, a este respeito, o STC 31/2018, que valida a LOMCE, juntamente com as três opiniões divergentes relevantes que incorpora.

³⁵ Art. 27.2 da CE e art. 2.1 a) da Lei Orgânica da Educação.

seja, com a liberdade ideológica e religiosa do menor, reconhecida nos arts. 16 da CE e 6 da LOPJM (RODRIGO LARA, 2019: 351).

No caso específico analisado, uma vez que a menor carece de um grau de maturidade suficiente, dada a sua tenra idade, a liberdade de decisão dos pais, a esse respeito, parece maior, embora, com o passar do tempo, tal margem diminua ao mesmo tempo em que ela adquire um “direito de participação” cada vez mais significativo na adoção das decisões que a afetam³⁶. Será, então, a menor quem poderá autodeterminar, no final, o seu próprio interesse nessa área, extinguindo-se o direito dos pais³⁷.

Em qualquer caso, independentemente da natureza do centro educativo que o menor frequenta, mas, particularmente, se for público ou subsidiado³⁸, estando, portanto, em ambos os casos, sujeito a controles sobre a qualidade do ensino e a adequação, neste último caso, do seu ideário aos valores constitucionais, bem como aos demais requisitos que a lei estabelece³⁹, a opção promovida pelos pais deve ter em conta o direito dos filhos “a terem respeitadas a sua liberdade de consciência, as suas convicções religiosas e as suas convicções morais, em conformidade com a Constituição”⁴⁰.

Tal direito manifestará as suas dimensões, tanto positivas quanto negativas, no caso de ser exercido em escolas públicas, que carecem, por definição, de ideário próprio, embora permitam e facilitem a educação religiosa no quadro de relações de cooperação com as confissões. Mas só apresentará uma, ainda assim, faceta negativa relevante caso se desenvolva em centros subsidiados, de propriedade privada, dotados, estes sim, no seu caso, de ideário religioso, genuíno e concreto, ligado ao conteúdo essencial do direito à livre criação de centros educativos (art. 27.6 da CE) (STC 47/1985). Tal dimensão negativa implicará o direito do menor de ser separado de qualquer forma de doutrinação religiosa considerada indesejável (PORRAS RAMÍREZ, 2024: 56)⁴¹.

³⁶ Art. 211-6.2º do Código Civil da Catalunha.

³⁷ Art. 162.2.1 do Código Civil.

³⁸ Deverão ser credenciados pela administração autónoma com a assinatura e o acompanhamento do concerto, *ex art.* 116 da LO 2/2006, de 3 de maio, sobre educação.

³⁹ Arts. 116 e seguintes da Lei Orgânica nº 2/2006, sobre educação.

⁴⁰ Art. 6.3.f) da Lei Orgânica nº 8/1985, de 3 de julho, que regulamenta o direito à educação.

⁴¹ Mas, em qualquer circunstância, isto é, qualquer que seja a natureza do centro educativo em que se encontrem, o regulamento legal que desenvolve este direito deve também exprimir o dever específico

2.3 UMA PONDERAÇÃO TENDENCIOSA DOS DIREITOS, EM ATENÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO

O juízo de amparo impõe uma revisão da ponderação de direitos realizada pelo juiz para determinar se, em sua resolução, ele sacrificou indevidamente um em benefício de outro, à luz da Constituição. Dessa forma, contrai-se o enunciado constitucional à finalidade estrita de determinar se foi violado o direito fundamental considerado pelo recorrente objeto de violação.

Pois bem, é evidente que as duas decisões judiciais impugnadas procederam a uma ponderação dos direitos concorrentes, tendo em conta as circunstâncias do caso. Não em vão, tal funcionamento da lógica jurídica faz parte dos poderes inerentes ao poder de julgar, dos quais o art. 117.3 da Constituição confia aos juízes e tribunais⁴². Para isso, dispõem de uma margem de manobra considerável, que Medina Guerrero chamou com razão de “o domínio da apreciação subjetiva”. Mas, como o referido autor indica, a intensidade do controle levado a cabo pelo Tribunal Constitucional nos últimos tempos, convencido do seu direito de proceder a uma revisão completa, incluindo dos fatos relevantes para o caso analisado, a fim de corrigir as resoluções objeto de recurso de amparo, faz com que tenda a deslocar ou a anular essa margem de decisão de forma questionável. Dessa forma, ultrapassa as suas competências, apreciadas na própria Lei Orgânica reguladora, explicando a habitual presença de votos dissidentes, discrepantes com a decisão resolutiva assim alcançada (MEDINA GUERRERO, 2024: 489).

E, na verdade, é o que acontece quando o Tribunal Constitucional alega que o órgão judicial “não pondera as circunstâncias do caso com a intensidade exigida pela jurisprudência constitucional” (STC 35/2020 FJ 5º); ou, como se diz na decisão ora analisada, com maior ênfase: “Ignora o verdadeiro conflito de direitos fundamentais dos pais [...] não identificando corretamente o objeto do debate [...]” (STC 26/2024, FJ 5º). Essa afirmação leva-o a identificar circunstâncias novas, não tidas em conta, a seu ver, pelo órgão jurisdicional ordinário, que se recusou a atribuir-lhes relevância para a resolução do litígio,

que os estudantes se comprometem a “respeitar a liberdade de consciência, as convicções religiosas e morais, e a dignidade, integridade e privacidade de todos os membros da comunidade educativa” (art. 6.4 f) LO 8/1985, de 3 de julho, que regulamenta o direito à educação).

⁴² STC 76/1995, FJ 5º.

avaliando diferentemente os fatos provados. Além disso, revisa a avaliação feita pelos juízes, substituindo-a pela sua, considerando que é a única relevante. Dessa forma, efetua uma ponderação *ex novo*, desconsiderando a efetuada por aqueles, com base na sua maior proximidade, tendo em conta as circunstâncias do caso. Com isso, fecha a sua margem de atuação na aplicação concreta dos direitos fundamentais.

Mas a verdade é que, em ambas as resoluções judiciais recorridas, o juízo de ponderação é expresso. Identifica claramente todos os direitos em jogo e calibra a proporcionalidade da decisão adotada, que prioriza o interesse superior do menor sobre qualquer outra consideração. Dessa forma, é o seu direito à educação, tendo em conta as circunstâncias do caso, que prevalece, modulado de modo a não implicar um sacrifício dos direitos marcadamente instrumentais de qualquer um dos progenitores. Dessa forma, o juiz escolhe, em benefício do menor, tendo em conta os elementos factuais analisados, aquela que considera ser a melhor opção de escolarização proposta: a oferecida pelo centro subsidiado, inspirado em um ideário religioso, desejada pelo pai, tendo em vista as melhores condições e os benefícios que oferece; ao mesmo tempo, aceitando o direito da mãe, ordena a exclusão da menor da disciplina religiosa, instando-a a realizar atividades alternativas, alheias à doutrinação expressa que isso acarreta. Mediante essa solução, certamente equilibrada, são garantidos tanto o direito à educação quanto a liberdade religiosa negativa da menor; conciliando simultaneamente os direitos e as convicções de cada progenitor⁴³.

No entanto, a decisão do Tribunal Constitucional contesta a correção da ponderação efetuada pela jurisdição ordinária e centra o litígio na consideração quase exclusiva do direito de a mãe decidir sobre a formação religiosa e moral que, de acordo com as suas convicções, a sua filha deve receber. Direito ao qual, no final, atribui um valor primordial e cuja plena realização considera, a todo o custo, necessária, com consequências fortes para os demais interesses em jogo. Não em vão, recusa-se a acolher todos eles, por considerar incompatíveis as opções dos pais, circunstância que, na sua opinião, impede a conciliação dos

⁴³ Conforme, no mesmo sentido, o STEDH, *T.C. contra a Itália*, 19 de maio de 2022, par. 44.

direitos de ambos, em benefício da menor⁴⁴. Desse modo, ao confundir o direito da mãe com o superior interesse da filha, ignora a avaliação, propriamente dita, do seu superior interesse, tendo em conta as circunstâncias do caso. Dessa forma, o melhor interesse da menor fica subordinado ao direito do progenitor.

O novo juízo de ponderação promovido pelo Tribunal Constitucional, que substitui completamente o realizado pela jurisdição ordinária, manifesta-se, assim, como reconhece, em um “verdadeiro conflito de direitos fundamentais dos pais”, nos termos do art. 27.3 da CE. Um conflito que os juízes são acusados de não terem exposto, por não terem “identificado corretamente o objeto do debate”. De tal modo, se renuncia à procura de acomodação ou conciliação e opta-se pelo sacrifício desproporcional do direito do pai de participar, no interesse da filha, na escolha do centro educativo, o que é uma manifestação do direito à educação (art. 27.1 da CE). Dessa forma, o melhor interesse da menor passa a ser mera transcrição do interesse da mãe, cujo direito, previsto no art. 27.3 da CE, é considerado, como violado, merecedor de restituição total, mesmo às custas de qualquer outra pessoa. Assim o foco é colocado, não naquele, mas neste, iluminando uma solução que evita a ponderação efetiva de direitos.

CONCLUSÕES

Este trabalho analisa um caso particularmente controverso que ilustra o atual procedimento do Tribunal Constitucional, segundo o qual este se considera competente para efetuar uma revisão integral das resoluções judiciais, em garantia dos direitos que são objeto de proteção extraordinária. Assim, o esforço de autocontenção do Tribunal Constitucional, inicialmente notado nos primeiros anos, deu lugar a uma modalidade de intervenção que o levou frequentemente a excessos, indo além da sua tarefa declarada. Tem servido, assim, como uma espécie de “tribunal de terceira instância”, principalmente quando invocado o art. 24 da CE, disposição que permite potencialmente uma espécie de controle geral das decisões dos juízes e tribunais. Com isso, tem interferido em questões de legalidade ordinária, a pretexto de adequar a norma

⁴⁴ Sublinhando que o interesse da menor implica conciliar as opções educativas de cada um dos progenitores, tentando alcançar um “equilíbrio satisfatório” entre esses interesses, conforme, novamente, o STEDH de 19 de maio de 2022, *T.C. c. Itália*, par. 42 e 52.

jurídica aos mandatos da Constituição. E assim tem acontecido, sendo o órgão judicial competente responsabilizado por não ter garantido a correta reparação daqueles, mas, antes, por ter validado, por meio da sua intervenção, a sua diminuição ou perda. Tal prática exige a demarcação do respectivo âmbito de competência das jurisdições ordinária e constitucional, questão sempre em aberto, dada a existência de matérias onde ambas as jurisdições convergem.

Em qualquer caso, para efeitos de estabelecimento de uma necessária delimitação de âmbitos de atuação, é evidente que o apuramento dos fatos provados corresponde aos tribunais ordinários, sem margem para alteração; ao mesmo tempo, cabe à jurisdição ordinária estabelecer a qualificação jurídica fundamentada da conduta julgada, selecionando e interpretando as normas aplicáveis; e, em seguida, realizar uma ponderação dos direitos e bens em conflito, levando em consideração as circunstâncias do caso. No entanto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional evoluiu para considerar que tem uma competência revisora muito ampla ou quase total. Assim, tem considerado que ao Tribunal Constitucional não compete apenas verificar se a jurisdição ordinária teve devidamente em conta a consideração que os direitos fundamentais merecem na resolução da controvérsia, verificando se os levou em consideração na sua argumentação, qualquer que seja o resultado do seu procedimento; mas também verificar, materialmente, isto é, além da razoabilidade e motivação, se a ponderação realizada é constitucionalmente adequada, mediante a adesão aos critérios definidores dos direitos, expressos pelo próprio Tribunal.

Desse modo, com essa forma de atuar, consegue-se uma redução apreciável do âmbito de atuação dos juízes e tribunais ordinários, cujas decisões podem ser integralmente retificadas pelo Tribunal Constitucional, nas frequentes ocasiões em que este efetua uma verificação total ou integral da controvérsia surgida.

Os habituais excessos em que incorre o Tribunal Constitucional, que muitas vezes o fazem ultrapassar os limites que a sua própria Lei Orgânica prevê, têm sido ilustrados mediante o estudo do seu procedimento relativamente a um caso em que se elucida o interesse superior de uma menor, em relação aos direitos que, para garantir a sua educação, possuem os seus pais. A conclusão obtida na decisão é altamente discutível, sendo resultado de uma deturpação dos fatos provados que foram objeto da controvérsia e de uma ponderação

reconstruída e tendenciosa que nega injustificadamente o valor, com base em novas premissas, daquele feito à jurisdição ordinária.

REFERÊNCIAS

- ALÁEZ CORRAL, B. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003.
- ALÁEZ CORRAL, B. El ideário educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17: 91-129, 2011.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. El interés del menor como principio del sistema educativo: su incidencia en la libertad de enseñanza. *Anuario de Derecho de la Educación*, 57-78, 2013.
- CÁMARA VILLAR, G. Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el art. 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos. In: BALAGUER CALLEJÓN F. (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura*. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, 2004. p. 439-462.
- CRUZ VILLALÓN, P. Sobre el amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41: 9-23, 1994.
- DÍAZ REVORIO, F. J.; ESPARZA-REYES, E. El ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y sus límites: hacia una interpretación verdaderamente constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128: 73-98, 2023.
- GARCÍA MURCIA, J. Artículo 44. In: REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001. p. 695-732.
- GARCÍA COUSO, S. El recurso de amparo constitucional objetivo. In: VV.AA. *Constitución y Democracia: ayer y hoy*. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Madrid: Universitas, v. II, 2012. p. 1557-1575.
- GUTIÉRREZ GIL, A. J. Artículo 51. In: GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; GUTIÉRREZ GIL, A. J. (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Wolters Kluwer/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020 (1). p. 591-597.
- GUTIÉRREZ GIL, A. J. Artículo 52. In: GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; GUTIÉRREZ GIL, A. J. (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Wolters Kluwer/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020 (2). p. 598-606.
- LÓPEZ CASTILLO, A. Artículo 27. In: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.). *Comentarios a la Constitución española*. XL aniversario.

Madrid: Boletín Oficial del Estado/Wolters Kluwer/Ministerio de Justicia, t. I, 2028. p. 966-1002.

MEDINA GUERRERO, M. El control de constitucionalidad de las decisiones judiciales. In: DÍAZ REVORIO, F. J.; LÓPEZ GUERRA, L.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (dir.). *Constitución y control jurisdiccional del poder*. Estudios en homenaje a Eduardo Espín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024. p. 469-491.

MOTILLA DE LA CALLE, A. La enseñanza de la religión en los centros educativos. In: PORRAS RAMÍREZ, J. M^a (coord.). 11. ed. *Derecho de la Libertad Religiosa*. Madrid: Tecnos, 2024. p. 275-305.

OLIVER ARAUJO, J. El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales. *Revista de Estudios Políticos*, 120: 79-102, 2003.

PÉREZ SÁNCHEZ, G. Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 26: 67-91, 2009.

PÉREZ TREMP, P. La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional. Entre “morir de éxito” o “vivir en el fracaso”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41: 253-270, 2018.

PORRAS RAMÍREZ, J. M^a La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea. In: PORRAS RAMÍREZ, J. M^a (coord.). *Derecho de la Libertad Religiosa*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2024. p. 19-84.

REQUEJO PAGÉS, J. L. El recurso de amparo. In: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.; GÓMEZ MONTORO, A. J.; MEDINA GUERRERO, M.; REQUEJO PAGÉS, J. L. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 2001. p. 123-141.

ROCA TRÍAS, E. Artículo 39. In: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.). *Comentarios a la Constitución española*. XL aniversario. Madrid: BOE/Wolters Kluwer/Ministerio de Justicia, t. I, 2018. p. 1277-1288.

RODRIGO LARA, B. El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXV: 351-376, 2019.

RUBIO LLORENTE, F. El recurso de amparo constitucional. In: VV.AA. *La jurisdicción constitucional en España*. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979-1994). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 125-174.

SERRA CRISTOBAL, R. Las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿De las desavenencias a una relación dialogada? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18: 371-399, 2014.

ULLOA RUBIO, I. Artículo 44. In: GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; GUTIÉRREZ GIL, A. J. (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional*.

Madrid: Boletín Oficial del Estado/Wolters Kluwer/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. p. 518-527.

VIDAL PRADO, C. *El derecho a la educación en España: Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*. Madrid: Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2017.

Submissão em: 21.05.2025

Aceito em: 21.05.2025