

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP**

**Mike Luiz Sella da Costa**

**Contornos constitucionais da liberdade de ensinar na educação  
básica de crianças e adolescentes**

**Mestrado em Direito Constitucional**

**São Paulo  
2019**

**Mike Luiz Sella da Costa**

**Contornos constitucionais da liberdade de ensinar na educação  
básica de crianças e adolescentes**

**Mestrado em Direito Constitucional**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Sílvia Pimentel.

**São Paulo**

**2019**

**Banca Examinadora**

---

---

---

À Andrea, Manuella, Mercedes, Priscila e Zuleica, que atribuem significado aos meus dias e residem no ponto mais profundo do meu coração.

## **AGRADECIMENTOS**

À Silvia Pimentel, pela confiança, orientação e carinho durante todo o percurso do estudo.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialmente seus professores, pelo respeito e aprendizado.

À Juliana Cardoso Ribeiro Barros, pela oportunidade, incentivo e afeto.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por ter proporcionado a realização desse sonho. Um agradecimento especial à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e aos colegas da unidade Penha da Defensoria.

Aos meus amigos, que fazem a minha vida mais alegre.

À minha família, alicerce da minha vida.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte dessa caminhada, o meu muito obrigado.

*A educação do futuro deverá ser o ensino primeiro e universal, centrado na condição humana. Estamos na era planetária; uma aventura comum conduz os seres humanos, onde quer que se encontrem. Estes devem reconhecer-se em sua humanidade comum e, ao mesmo tempo, reconhecer a diversidade cultural inerente a tudo que é humano.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011, p. 43.

COSTA, Mike Luiz Sella da. **Contornos constitucionais da liberdade de ensinar na Educação Básica de crianças e adolescentes**. Mestrado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019.

## RESUMO

O presente estudo teve por objetivo analisar a liberdade de ensinar, tentando clarear os seus contornos constitucionais, no que tange à educação básica de crianças e adolescentes. Justifica-se a realização dessa pesquisa à medida que o tema específico é objeto de discussões acadêmicas e judiciais, carecendo, contudo, de um maior delineamento no direito brasileiro. Além disso, a temática se insere no campo da educação, cuja relevância para a sociedade parece indiscutível. Quanto à abordagem metodológica, o presente trabalho possui um enfoque predominantemente dogmático, em sua dimensão analítica. O desenvolvimento do texto foi dividido em quatro partes principais. As três primeiras tiveram a finalidade de apresentar as premissas para a discussão do tema principal na última parte. Na primeira parte, tratou-se sobre a teoria dos direitos fundamentais, abordando-se alguns de seus temas considerados essenciais para o objetivo da pesquisa, tais como: dignidade da pessoa humana; interpretação dos direitos fundamentais, sendo adotado o método hermenêutico-concretista; e suporte fático e restrições dos direitos fundamentais. Na segunda parte, abordou-se a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e as suas consequências. Na terceira parte, discutiu-se sobre o direito à educação, suas finalidades e seus princípios, além da definição de educação básica. Na parte final, foi estudada a liberdade de ensinar. Foi reconhecida a sua natureza de direito fundamental e foram adotadas a teoria de suporte fático restrito e a teoria externa de restrição a direitos. Discutiu-se também, dentre outros temas sobre a liberdade de ensinar, o seguinte: os seus titulares e destinatários; a diferenciação entre conceitos; a delimitação de seu âmbito de proteção; e alguns de seus limites. No que se refere aos limites, utilizou-se da interpretação dos direitos fundamentais e da aplicação, quando necessário, da regra da proporcionalidade. Por fim, realizou-se, a partir dos contornos debatidos, discussão envolvendo o projeto de lei do “Programa Escola sem Partido”, apresentando-se as suas inadequações.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à educação. Educação básica. Criança e adolescente. Proteção integral. Liberdade de ensinar.

COSTA, Mike Luiz Sella da. **Constitutional contours of the freedom to teach in basic education of children and adolescents.** Master in Constitutional Law. Pontifical Catholic University of Sao Paulo, 2019.

## **ABSTRACT**

This study aimed to analyze the freedom to teach, trying to clarify its constitutional contours, regarding the basic education of children and adolescents. This research is justified as the specific subject is the theme of academic and judicial discussions, but it needs further delineation in Brazilian law. In addition, the topic falls within the field of education, whose relevance to society seems unquestionable. As for the methodological approach, the present work has a predominantly dogmatic approach in its analytical dimension. The development of the text was divided into four main parts. The first three were intended to present the premises for the discussion of the main theme in the last part. In the first part, it dealt with the theory of fundamental rights, addressing some of its themes considered essential to the research objective, such as: dignity of the human person; interpretation of fundamental rights, adopting the hermeneutic-concretist method; and factual support and restrictions of fundamental rights. In the second part, the doctrine of integral protection of children and adolescents and its consequences was addressed. In the third part, we discussed the right to education, its purposes and principles, as well as the definition of basic education. In the final part, the freedom to teach was studied. Its fundamental right nature was recognized and the theory of restricted phatic support and the external theory of restriction of rights were adopted. Among other topics on freedom to teach, the following were also discussed: their holders and recipients; the differentiation between concepts; the delimitation of its scope of protection; and some of its limits. As regards the limits, the interpretation of fundamental rights and the application, where necessary, of the proportionality rule were used. Finally, based on the contours discussed, there was discussion involving the bill of the “School Without Party Program”, presenting its inadequacies.

**Keywords:** Fundamental rights. Right to education. Basic education. Child and teenager. Integral protection. Freedom to teach.

# SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>13</b>
1.1	<b>Terminologia e Conceito.....</b>	<b>13</b>
1.2	<b>Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>26</b>
1.3	<b>A dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>37</b>
1.3.1	Fundamento dos direitos fundamentais.....	38
1.3.2	Pessoa humana.....	43
1.3.3	Conteúdo, natureza e funções do princípio da dignidade da pessoa humana.....	45
1.4	<b>Interpretação dos direitos fundamentais.....</b>	<b>55</b>
1.4.1	Noções introdutórias e discussões doutrinárias.....	56
1.4.2	Interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.....	64
1.4.3	Métodos e princípios de interpretação constitucional.....	74
1.5	<b>Direitos fundamentais (âmbito de proteção, restrições e conflitos).....</b>	<b>84</b>
1.5.1	Teoria dos princípios.....	85
1.5.2	Suporte fático e âmbito de proteção.....	89
1.5.3	Restrições a direitos fundamentais.....	91
1.5.4	Noções gerais sobre ponderação.....	102
<b>2</b>	<b>DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....</b>	<b>105</b>
2.1	<b>Noções introdutórias e conceito.....</b>	<b>105</b>
2.2	<b>Pessoas em desenvolvimento.....</b>	<b>108</b>
2.3	<b>Direitos das crianças e dos adolescentes.....</b>	<b>109</b>
2.4	<b>Primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes.....</b>	<b>112</b>
<b>3</b>	<b>DIREITO À EDUCAÇÃO.....</b>	<b>116</b>
3.1	<b>Conceito de educação.....</b>	<b>116</b>
3.2	<b>Natureza jurídica.....</b>	<b>121</b>
3.3	<b>Finalidades da educação.....</b>	<b>124</b>
3.4	<b>Princípios da educação.....</b>	<b>130</b>

3.5	<b>Educação básica obrigatória e gratuita.....</b>	131
3.6	<b>Âmbito de proteção do direito à educação.....</b>	136
4	<b>LIBERDADE DE ENSINAR.....</b>	138
4.1	<b>Previsão constitucional e terminologia.....</b>	138
4.2	<b>Autonomia da liberdade de ensinar.....</b>	143
4.3	<b>Natureza jurídica da liberdade de ensinar.....</b>	150
4.4	<b>Titulares e destinatários da liberdade de ensinar.....</b>	158
4.5	<b>Conteúdo da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar.....</b>	164
4.5.1	Noções introdutórias e opções realizadas.....	164
4.5.2	Conteúdo da liberdade acadêmica.....	166
4.5.3	Conteúdo da liberdade de ensinar.....	175
4.5.4	Críticas à atuação do professor e o âmbito de proteção da liberdade de ensinar.....	192
4.6	<b>Limites à liberdade de ensinar.....</b>	194
4.6.1	Análise de limites à liberdade de ensinar em razão de críticas à conduta docente.....	196
4.6.2	Conteúdo essencial da liberdade de ensinar.....	217
4.7	<b>Análise de situação concreta.....</b>	218
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	231
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	235

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais parece simples a tarefa de justificar a necessidade de qualquer estudo envolvendo a temática educação. Sem que seja preciso ingressar em maiores discussões de cunho filosófico, ou na apresentação de dados estatísticos, existe certo consenso, ainda que haja divergência sobre as possíveis soluções, a respeito dos graves problemas que assolam a educação nacional.

Diuturnamente são apresentadas e debatidas situações que envolvem diretamente a situação educacional no Brasil. Um tópico que parece estar sempre presente na temática educacional refere-se a não prestação suficiente deste serviço. Entretanto, outros temas têm povoado o debate público sobre educação. Tais temas estariam mais afetos ao conteúdo do que se ensina e às liberdades envolvidas no processo educacional. São exemplos: a discussão sobre a inserção na educação formal de assuntos relacionados à identidade de gênero e o projeto “Escola sem Partido”.

Bastariam tais argumentos para se justificar as razões do presente estudo. Entretanto, cumpre registrar que as preocupações com a educação não estão restritas ao Brasil e a este período histórico. O tema educação foi tratado, dentre tantos outros, por autores como Platão, Aristóteles, Rousseau e Durkheim. Trata-se, portanto, de uma matéria cuja importância não encontra limites espaciais e temporais.

Dentro das possibilidades de pesquisa do tema maior educação, optou-se no presente trabalho pelo estudo da liberdade de ensinar, sob o enfoque de seu disciplinamento constitucional. A justificativa para essa escolha pode ser melhor entendida através das palavras de Amanda Costa Thomé Travincas que, ao se referir às razões de sua decisão de também estudar a liberdade de ensinar, assim se manifestou: “A multiplicidade de espaços em que o debate acerca da liberdade acadêmica ocorre, somada à turva definição quanto ao seu sentido e abrangência, servem de justificativa para essa investigação”<sup>1</sup>.

Busca-se traçar um delineamento constitucional deste princípio do direito à educação, utilizando-se da dogmática dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 20.

É possível também delimitar o tema no sentido de que se tratará sobre a educação formal, no nível de ensino da educação básica de crianças e adolescentes.

A **questão central** do trabalho é tentar clarear um pouco mais os contornos constitucionais da liberdade de ensinar, de modo a facilitar a sua aplicação e a solução de questões que a envolvam.

Em que pese parecer que a escolha do tratamento do princípio da liberdade de ensinar, nos termos da Constituição, poderia acarretar uma discussão apenas em abstrato do assunto, é importante registrar que a interpretação desse instituto jurídico necessita de sua relação com a situação concreta. Registre-se, assim, que serão debatidos alguns problemas concretos envolvendo a liberdade de ensinar, em razão da busca de interpretações sobre o tema proposto e como forma de tentativa de solução de certos problemas sociais. Além disso, na medida do possível, serão mencionados textos de tratados internacionais de direitos humanos e de Constituições estrangeiras, além de posições oriundas de outros Estados, pois possuem especial importância com relação à temática e sua interpretação.

Cumpra reafirmar que há a esperança de que o texto contribua para um melhor entendimento do regramento constitucional do instituto e, assim, auxilie na solução de problemas reais.

No que concerne à **abordagem metodológica**, o presente trabalho possui um enfoque dogmático, em sua dimensão analítica. Todavia, há também referências à dimensão empírica e normativa. Segue-se, nesse aspecto, a divisão trazida por Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup>, que, por sua vez, faz referência a Ralf Dreier e Robert Alexy.

O estudo se desenvolverá em quatro capítulos.

O **primeiro capítulo** terá por fim a matéria: direitos fundamentais, haja vista a sua posição de centralidade no texto constitucional e a inserção do direito à educação e, portanto, de seus respectivos princípios, em seu conteúdo. Tratar-se-á do conceito e fundamento dos direitos fundamentais, assim como de sua relação com a dignidade da pessoa humana, de sua interpretação e do conflito entre direitos fundamentais. Registre-se que foge às possibilidades do presente trabalho abordar toda a teoria dos direitos fundamentais. Assim, no estudo desta dogmática, foram

---

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 30-31.

realizadas opções de assuntos a serem abordados que pareciam ser os mais próximos do objetivo que se almeja, ao menos aos olhos do autor.

Superada essa etapa, abordar-se-á, no **segundo capítulo**, a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e as especificidades decorrentes de sua condição de sujeito de direitos em condição de desenvolvimento. A finalidade do tópico é desenvolver um pouco mais as peculiaridades que envolvem estes sujeitos de direito.

No **terceiro capítulo** serão versados alguns pontos do direito à educação. Pretende-se desenvolver o seu conceito e natureza jurídica, as suas finalidades, os seus princípios e o conteúdo e âmbito de proteção desse direito. Tudo de acordo com os enunciados da Constituição. Importante registrar que parte das discussões possíveis nesses capítulos foi transferida para o capítulo que cuida especificamente da liberdade de ensinar.

Por fim, o **quarto capítulo** tratará da liberdade de ensinar. Iniciar-se-á com um debate sobre a sua previsão constitucional e a sua terminologia para, em seguida, abordar-se a eventual autonomia da liberdade de ensinar e sua natureza jurídica. Logo após, haverá discussão sobre os titulares e destinatários da liberdade de ensinar. Será ainda tratado o conteúdo da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar, onde será abordado o seu âmbito de proteção. Também serão estudados os possíveis limites à liberdade de ensino. Lembre-se que estes pontos serão abordados, levando-se em consideração os sujeitos relacionados, a doutrina da proteção integral e as suas repercussões. Neste tópico também serão discutidas algumas questões práticas, envolvendo a liberdade de ensinar. Será estudado o projeto de lei que tem por finalidade instituir, em âmbito federal, o “Programa Escola Sem Partido”.

# 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Terminologia e Conceito

O estudo dos direitos fundamentais pode ser iniciado de diversas formas. Observa-se que é possível encontrar na doutrina as mais variadas formas de se começar um trabalho que trate sobre direitos fundamentais. Feitas as devidas explicações introdutórias e, especialmente, de ordem metodológica, é possível encontrar explanações sobre as diversas dimensões ou perspectivas que o tema pode ser abordado<sup>3</sup>, sobre o processo histórico de sua afirmação<sup>4</sup>, sobre a teoria dos princípios<sup>5</sup>, dentre muitas outras possibilidades.

Optou-se no presente trabalho por iniciar os estudos sobre os direitos fundamentais a partir de uma análise sobre as diversas terminologias que possuem relação com a temática e a utilização de um conceito possível de direitos fundamentais. Esta escolha baseou-se na esperança de que seja viável, a partir das discussões que serão trazidas neste tópico, começar o estudo já com a definição de parte do objeto do capítulo, que será aprofundado ao longo do texto. Portanto, o objetivo é, através da discussão das terminologias e de conceitos trazidos pela doutrina, debater variados temas envolvendo os direitos fundamentais, com a apresentação de um panorama desta parte do trabalho, que servirá de alicerce ao restante do mesmo.

Sublinhe-se que o estudo fará apenas uma concisa análise destes tópicos e não tentará formular um conceito próprio de direitos fundamentais, mas, tão somente, trabalhará sobre alguns conceitos doutrinários, cuja escolha tentou-se fundar em posições divergentes, ou complementares.

No que se refere à questão terminológica, adere-se ao mesmo posicionamento disposto por Ingo Wolfgang Sarlet de que, apesar de restar clara a predileção no texto do trabalho pela utilização da expressão direitos fundamentais, esta escolha não afasta a necessidade de justificação e de sucinta discussão sobre outras expressões que podem gerar confusão, em razão da ambiguidade e da

---

<sup>3</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2017.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014 e CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

ausência de consenso terminológico, inclusive quanto ao significado e conteúdo dos termos.<sup>6</sup>

Registre-se que a nossa Constituição não facilitou a tarefa de unificação da terminologia, haja vista que se utiliza de expressões diversas ao longo do texto.<sup>7</sup> Entretanto, como se verá, será possível a sua utilização no auxílio da justificação pela nomenclatura escolhida.

Partindo-se das terminologias que não serão utilizadas no presente trabalho, chegar-se-á às razões da utilização do termo direitos fundamentais e, em seguida a análise de conceitos específicos.

O primeiro termo que deve ser esclarecido refere-se aos direitos do homem. Anui-se aqui com parte da doutrina que relaciona essa expressão aos direitos naturais.<sup>8</sup> Entende-se que a expressão refere-se, especificamente, aos direitos reconhecidos ao homem, decorrentes de sua própria condição de ser humano. Trata-se de valores ligados à dignidade humana. Seriam direitos não positivados, o que os distancia dos direitos fundamentais, positivados na Constituição. Para André de Carvalho Ramos a expressão direitos do homem retrata a mesma origem jusnaturalista da proteção de certos direitos do indivíduo, no momento histórico de sua afirmação em face do Estado europeu, nas revoluções liberais. Observa-se que esse autor dá um tom de historicidade ao conceito.<sup>9</sup> Para o mesmo autor, a expressão possui certo caráter sexista, que pode sugerir a preterição da mulher<sup>10</sup>. Crítica com a qual se concorda.

Com relação às expressões direitos individuais e liberdades públicas, a censura que se faz é que as mesmas não abrangem toda a gama dos direitos fundamentais. Parcela daquilo que se considera direito fundamental ficaria de fora do conceito e do conteúdo dessas expressões, que se referem aos direitos de primeira geração ou dimensão.

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 27.

<sup>7</sup> Conforme os dispositivos da Constituição de 1988 a seguir elencados: o art. 4º, II, usa “direitos humanos”; o Título II utiliza a expressão “direitos e garantias fundamentais”; o art. 34 emprega o termo “direitos da pessoa humana”, e assim por diante.

<sup>8</sup> Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 30 e CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201.

<sup>9</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

Também não se mostra adequado o uso da expressão direitos públicos subjetivos, cuja característica é focar na posição jurídica subjetiva do indivíduo enquanto titular de direitos frente ao Estado. Tal expressão não se adéqua à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Além disso, é relevante a crítica trazida por José Afonso da Silva a essa expressão, haja vista que traz uma conotação de possibilidade de disponibilidade, renúncia, transferência, ou prescrição de direitos, o que seria incompatível com os direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Observa-se, portanto, que tais expressões não possuem a generalidade e a abrangência conferida à expressão direitos fundamentais.

Anote-se a observação trazida por Ingo Sarlet que, referindo-se à moderna doutrina constitucional, informa que esta tem, em regra, rechaçado o uso das expressões acima, haja vista que, segundo informa, divorciadas do estágio atual de evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado Social de Direito<sup>12</sup>.

A expressão que gera maior confusão, em razão de sua íntima relação de conteúdo com os direitos fundamentais, trata-se dos direitos humanos.

Para iniciar essa discussão, adota-se no presente trabalho a posição de que a expressão direitos humanos nomeia o conjunto de direitos essenciais, que decorrem da dignidade humana e estão positivados em documentos de âmbito internacional. A distinção, nesse ponto, foca-se nas fontes do direito. Enquanto para os direitos fundamentais é a Constituição, para os direitos humanos seria o Direito Internacional.

Outro aspecto de diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é trazido Ingo Sarlet, citando Pérez Luño. Segundo o autor catalão, o critério mais adequado para determinar esta diferenciação é o da concreção positiva. Por esse critério, o termo direitos fundamentais seria um conceito com sentido mais preciso e restrito, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, enquanto o termo direitos humanos tem contorno mais amplo e impreciso<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 178.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 28.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 31.

É possível também utilizar-se, como forma de demonstrar as divergências entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, do grau de eficácia e proteção que possuem os primeiros, face à existência de diversas garantias e de proteção judicial para a sua efetivação, o que não foi alçado, ainda, pelos últimos. Contudo, ainda que se entenda a existência de certa distinção na proteção, verifica-se uma crescente modificação das formas de tutela criadas para a proteção dos direitos humanos, o que lhes traz maior efetivação. Ademais, uma vez internalizado o tratado de Direito Internacional que preveja direitos humanos, este receberá proteção da ordem jurídica interna. De acordo com o STF os tratados internacionais de direitos humanos possuiriam *status* supra legal, prevalecendo, portanto, sobre a legislação ordinária<sup>14</sup>. Há, no entanto, importante doutrina no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados pelo Brasil com natureza de norma constitucional.<sup>15</sup>

Interessante a colocação de André de Carvalho Ramos no sentido de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito interno e o Direito Internacional no que se refere aos direitos humanos. Tal processo, segundo o autor, pode ser observado no processo de internalização do Direito Internacional dos direitos humanos, na proteção jurídica internacional conferida aos direitos humanos e na possibilidade de uniformização da interpretação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Neste ponto do trabalho é relevante tratar da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, no sentido atribuído por José Carlos Vieira de Andrade, haja vista a sua relação com o conceito e a terminologia dos direitos fundamentais, a depender da perspectiva adotada, e por melhor delimitar o enfoque escolhido, que será o referente à perspectiva constitucional.<sup>17</sup> O eminente jurista português entende

---

<sup>14</sup> BRASIL. STF. **RE 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso, P, j. 03.12.2008, DJE 104 de 05.06.2009.

<sup>15</sup> Nesse sentido, ressalta-se, por todos, a doutrina de Flávia Piovesan. A eminente jurista entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza de norma constitucional, mas ressalva que os tratados de direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004 são material e formalmente constitucionais, enquanto que os tratados posteriores a essa emenda, em razão do §3º, do art. 5º, da Constituição, são sempre materialmente constitucionais, mas somente serão formalmente se seguirem o procedimento previsto neste dispositivo. Conforme: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 160.

<sup>16</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53-54.

<sup>17</sup> Assim, concorda-se com as ponderações feitas na introdução da obra de Ingo Wolfgang Sarlet. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos**

que o estudo dos direitos fundamentais pode ser realizado de acordo com três perspectivas diversas.<sup>18</sup> A primeira perspectiva é a filosófica, ou jusnaturalista, segundo a qual os direitos fundamentais são entendidos como direitos naturais de todo ser humano em abstrato, independentemente do tempo e do lugar. Consubstanciar-se-iam em direitos absolutos, imutáveis e intertemporais, inerentes a qualidade humana de seus titulares e constituindo um núcleo restrito que se impõe às ordens jurídicas. Assim, seriam diretamente decorrentes da dignidade humana e anteriores e superiores ao próprio legislador constituinte.<sup>19</sup>

Outra perspectiva é a internacionalista ou universalista. De acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais seriam os direitos essenciais do ser humano concreto em um determinado tempo, mas em todos os espaços, ou grande parte desses. Não seriam todos os direitos, mas aqueles que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, sem os quais o indivíduo perde essa qualidade. Formam o patrimônio comum da generalidade dos Estados.<sup>20</sup>

Por fim, há a perspectiva ou dimensão constitucional positiva, que se refere aos direitos mais importantes para as pessoas em determinado tempo e lugar, o Estado. Nos termos do autor, essa seria a dimensão mais ampla de direitos.<sup>21</sup> As dimensões anteriores estariam ligadas direta ou indiretamente à dignidade da pessoa, enquanto que essa, além de poder abranger as outras, prevê outros direitos, aspectos da personalidade, ou do bem estar dos cidadãos.<sup>22</sup> Os direitos fundamentais desta dimensão, entende o autor, possuem mais algumas especificidades. Devem ser interpretados no quadro geral da Constituição, seriam

---

Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 22.

<sup>18</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 15.

<sup>19</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 19.

<sup>20</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 36-37.

<sup>21</sup> Para Vieira de Andrade há uma tendência de que as dimensões de direitos fundamentais formem círculos concêntricos. A dimensão mais ampla seria a constitucional e a mais restrita a filosófica, pois mais diretamente ligada à dignidade humana. Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 36-37.

<sup>22</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 37.

mais concretos e específicos e possuem uma juridicidade específica, por estarem na Constituição.<sup>23</sup>

Encerrando esta temática, o autor ainda traz à baila o debate sobre a relação entre as diversas dimensões e, em especial, as influências sobre a dimensão constitucional.<sup>24</sup>

Importante também lembrar, ainda que não seja possível no presente texto desenvolver uma discussão sobre o assunto, da teoria do Direito Constitucional Internacional.<sup>25</sup>

Realizadas estas observações, que demonstram as diferenças existentes entre as expressões que podem ser encontradas e já assinalam parte das razões de escolha do termo direitos fundamentais, cabe, neste momento, realçar tais razões.

Em primeiro lugar, relembre-se que foi dito que a própria Constituição se utiliza de diversos termos em seu texto e isso pode levar a confusões. Tal afirmação permanece. Entretanto, ela necessita ser complementada, isto é, se é verdade que, em algum sentido, a Constituição pode acarretar confusão, também é verdade que a disposição das expressões no texto dela pode também ser utilizada como critério interpretativo para auxílio na escolha de terminologia adequada. Verifica-se, como exemplo, que o Título II da Constituição é intitulado dos direitos e garantias fundamentais, enquanto seu Capítulo I é dos direitos e deveres individuais e coletivos e o seu Capítulo II, dos direitos sociais. Tem-se, desta maneira, que, corretamente, a Constituição colocou como termo genérico direitos fundamentais, dos quais fazem parte os direitos individuais e os direitos sociais, além dos direitos políticos, também dispostos nesse título. Portanto, a própria Constituição reconhece a abrangência da expressão direitos fundamentais e a utiliza.

Outro ponto definidor do uso da expressão direitos fundamentais, como dito, refere-se à fonte em que tais direitos estão positivados. Os direitos fundamentais seriam aqueles dispostos como tais no texto da Constituição, enquanto os direitos

---

<sup>23</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 38.

<sup>24</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 39 e ss.

<sup>25</sup> A professora Flávia Piovesan, ao delimitar e esclarecer o seu objeto de estudo, afirma que o Direito Constitucional Internacional seria o ramo do direito em que se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de resguardar o valor da primazia da pessoa humana. Ocorreria uma concorrência na mesma direção e sentido. Conforme: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 94-95.

humanos estariam positivados em documentos internacionais. A doutrina tende à utilização desse critério. Ademais, mais uma vez a Constituição pode auxiliar nesta justificação. Como informado, a Constituição utiliza o termo direitos e garantias fundamentais em seu título II, que dá início ao seu catálogo de direitos reconhecidos. Em contrapartida, a própria Constituição adota a expressão direitos humanos em seu art. 4º, II, que trata, especificamente, dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais.

Diante de tais ponderações e pelo fato do presente estudo ter metodologicamente um enfoque dogmático e por base principal a Constituição, optou-se pelo termo direitos fundamentais.<sup>26</sup> Todavia, nunca é demais lembrar a importância do estudo e apropriada aproximação aos documentos internacionais e a interpretação trazida pelos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos, como forma de maior proteção à pessoa humana.

Feitas estas ponderações sobre a terminologia adotada, imprescindíveis para o passo seguinte, passa-se à análise de tentativas de conceituação de direitos fundamentais.

O primeiro autor a ser citado, seja por sua relevância, seja pela forma como abordou o assunto, é José Afonso da Silva. O autor, em seu capítulo II, que cuida da Teoria dos Direitos Fundamentais, incluiu o tópico 3 sobre o conceito de direitos

---

<sup>26</sup> Apesar do uso do termo: direitos fundamentais, o estudo reconhece a existência de diferenças entre direitos e garantias fundamentais. Como bem explanado por Jorge Miranda: “Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos, por um lado, e garantias, por outro lado.” O mesmo autor acentua a diferenciação, afirmando que os direitos são principais e representam certos bens, e as garantias, acessórias, asseguram condições para a fruição desses. Além disso, os direitos se inserem, direta ou indiretamente, nas esferas jurídicas e as garantias somente nelas se projetam em razão do nexos com os direitos. Os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se. Contrapondo-as em relação aos direitos de liberdade, o autor afirma que as garantias têm função instrumental e derivada. O mesmo autor ainda afirma que possui posição mitigada no sentido de se reconhecer as garantias como direitos fundamentais, admitindo a existência de garantias que não são direitos, já que distante a possibilidade de invocação autônoma pelos cidadãos, e garantias em que ocorre a *atribuição ou a projeção subjetiva*, como se houvesse o desdobramento do direito em um elemento primário (direito propriamente dito) e um elemento secundário, a garantia. Conforme: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 129-132. Em sentido semelhante, Ingo Sarlet informa que as garantias possuem um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, atuando como instrumentos de efetivação dos direitos que elas protegem. O autor ressalta a dificuldade de se distinguir na prática um direito fundamental de uma garantia, pois ambos os elementos podem estar contidos na mesma norma definidora de direito fundamental, apontando a existência da categoria dos direitos-garantia, isto é, garantias fundamentais, que possuem função instrumental e podem ser considerados direitos subjetivos. Por fim, adverte que as garantias fundamentais possuem o mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais propriamente ditos. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 185-190.

fundamentais. No mencionado tópico, após informar sobre a dificuldade de se definir um conceito sintético e preciso e sobre a inadequação de diversas terminologias adotadas para designá-los,<sup>27</sup> traz uma discussão sobre vários termos para, então, afirmar a nomenclatura que entende mais apropriada, qual seja, direitos fundamentais do homem, justificando-a sem, contudo, apresentar um conceito próprio de direitos fundamentais. Tal fato demonstra duas ocorrências.

Primeiramente, é realmente difícil a realização de uma conceituação precisa dos direitos fundamentais, uma vez que envolve temática que possui grande complexidade, em especial em razão de seu objeto, que abrange direitos com funções muito distintas. Em segundo lugar, há clara relação de pertinência entre a terminologia adotada e o conceito que se busca adequado.

Retornando a José Afonso da Silva, cumpre informar suas razões para a escolha do termo direitos fundamentais do homem, uma vez que podem ser considerados indícios de eventuais elementos que poderiam compor um conceito. Em princípio, verifica-se a importância de se focar a sua qualidade de direitos positivos e sua relação com a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Além disso, o autor se utiliza da palavra princípios para se referir àqueles que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento. Há também menção expressa de que essa nomenclatura designaria as prerrogativas e instituições, concretizadas em garantias de uma convivência digna, livre e igual. Por fim, referindo-se ao qualificativo fundamentais, entende que nesse se encontra a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza e que devem ser a todos não somente igual e formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivadas.<sup>28</sup>

Do informado acima se pode extrair que, em primeiro lugar, os direitos fundamentais referem-se, sob o aspecto formal, ao direito positivado em documento que expresse a concepção de mundo e a ideologia política, isto é, a Constituição. Ademais, a relação específica com esses elementos denota a historicidade dos

---

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 177.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 180.

direitos fundamentais e sua relação com o tipo de Estado, atualmente Estado Democrático de Direito.<sup>29</sup>

Também chama a atenção a utilização do termo princípios, ainda que se reconheça que este, nesse ponto, não possui a mesma significação que será adotada no presente texto.

Adentrando-se a um aspecto mais próximo do conteúdo, observa-se que o autor faz referência de que tais direitos aludem a uma convivência digna, livre e igual e são fundamentais no sentido de serem imprescindíveis à realização do ser humano. Assim, há uma aproximação entre o conceito de direitos fundamentais, e seu conteúdo, e a busca pela realização do ser humano, além de sua convivência com os demais. Haveria uma preocupação de que os direitos fundamentais deveriam ser os essenciais para o desenvolvimento humano e que garantam sua convivência. Some-se a isso a expressa relação estabelecida entre os direitos fundamentais e os valores da dignidade, liberdade e igualdade. Para finalizar, há um enfoque no sentido material da efetivação de tais direitos, para além de seu mero reconhecimento formal, o que se insere na discussão do seu regime jurídico.

Registre-se que o mesmo autor, logo adiante em sua obra, ao tratar da natureza das normas sobre direitos fundamentais, atribui, sem nomear desta forma, um conceito aos direitos fundamentais do homem. Diz que estes “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.”<sup>30</sup> Verifica-se que o dito conceito está em consonância com as formulações anteriores do autor, mas houve um acréscimo no que se refere à inclusão das situações objetivas, o que demonstra o vislumbre de uma perspectiva além das posições subjetivas dos titulares dos direitos. Registre-se que o autor já havia citado as prerrogativas e instituições, concretizadas em garantias, o que já demonstrava essa preocupação com o aspecto objetivo.

---

<sup>29</sup> Neste ponto é importante relembrar o pensamento de Ingo Sarlet, que faz uma relação entre conceito de direitos fundamentais e seu conteúdo material, para demonstrar necessária ligação entre eles e uma ordem constitucional concreta. Segundo o autor, qualquer conceituação de direitos fundamentais que tenha por objetivo abranger de forma definitiva, completa e abstrata o conteúdo material dos direitos fundamentais está fadada a uma certa dissociação da realidade. Portanto, afirma o autor, um conteúdo satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 77.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 181.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também trouxeram uma definição para os direitos fundamentais. Segundo esses autores:

Direitos fundamentais são direito público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>31</sup>

Segundo os mesmos autores, essa definição traz alguns elementos básicos, quais sejam: os sujeitos da relação, a finalidade da relação, que se consubstanciaria na limitação do poder para preservar a liberdade, e a sua posição de supremacia no sistema jurídico, ou fundamentalidade formal. Os autores discutem alguns tópicos que foram enunciados em sua definição. Neste ponto do texto interessa tratar de dois tópicos em especial, o problema da historicidade e as aporias da definição.

Com relação ao problema da historicidade, os autores são categóricos em afastar a teoria de que os direitos fundamentais seriam anteriores ao seu reconhecimento pelo Estado, que seria obrigado a reconhecê-los por serem, além de direitos naturais, condições de legitimação do Estado.<sup>32</sup> Entendem que direitos não podem ser deduzidos da natureza humana e que o direito só existe juridicamente a partir de sua positivação.<sup>33</sup>

Os autores trazem também aporias à sua própria definição. O primeiro ponto mencionado refere-se à utilização do termo direitos de indivíduos e a questão dos direitos de titularidade coletiva, além dos direitos das gerações futuras, dos animais e da natureza, que também não estariam contemplados pela definição. Outro ponto levantado diz respeito ao sujeito passivo, que aparentaria ser somente o Estado. Por fim, os autores mencionam a questão das fontes de direitos fundamentais que, para eles seria somente a Constituição, e a questão da conformação infraconstitucional, isto é, a concretização dos direitos por normas infraconstitucionais, que não ofende o direito e não precisaria de justificação, e a intervenção na liberdade, que necessita

---

<sup>31</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43.

<sup>33</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45.

ser justificada constitucionalmente com base na dogmática dos limites dos direitos fundamentais e do critério da proporcionalidade.<sup>34</sup>

A partir da definição e das informações trazidas pelos autores, é possível, respeitosamente, fazer algumas análises. Em primeiro lugar, cumpre registrar que se trata de uma definição sintética e, como dito, definir sinteticamente os direitos fundamentais é complicado, em razão da complexidade e abrangência da matéria. É interessante verificar que os próprios autores já justificam algumas escolhas de sua definição, especificamente a questão dos titulares e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que afasta a necessidade de se alegar qualquer crítica ao conceito nesse sentido.

A definição apresentada traz menção expressa à sua titularidade, bem como à sua finalidade, qual seja limitar o poder do Estado. No que se refere à finalidade, cumpre dizer que a definição parece não abranger outras funções dos direitos fundamentais e, portanto, parece não comportar outras gerações ou dimensões de direitos, que não sejam os direitos de primeira geração.<sup>35</sup> Os direitos fundamentais albergam outras funções, além da função de defesa, que está mais ligada à limitação do poder estatal.

Outro ponto a ser mencionado é a referência expressa à natureza dos direitos fundamentais como direito público-subjetivos. Diversamente de José Afonso da Silva, os autores não tratam no conceito da dimensão objetiva, contudo, abrem capítulo para discutir essa dimensão.

---

<sup>34</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45-46.

<sup>35</sup> O trabalho não adentrará o estudo do tema das gerações dos direitos fundamentais, entretanto alguns conceitos relacionados à temática serão utilizados, como agora, em partes do texto. Assim, faz-se necessária uma sucinta abordagem. Optou-se pela utilização de alguns esclarecimentos dados pela doutrina de Paulo Bonavides, haja vista a sua clareza e objetividade, reconhecendo-se que se trata de tema que pode ser encontrado em farta doutrina, inclusive com algumas divergências. O autor informa que os direitos fundamentais passaram a manifestar-se em três gerações sucessivas, em um processo cumulativo e qualificativo. Os direitos de primeira geração (liberdade) têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Têm por característica a subjetividade e valorizam o homem das liberdades abstratas. São direitos de resistência. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos. Estão intimamente ligados ao princípio da igualdade. Esses direitos exigem do Estado determinadas prestações materiais. Os direitos de terceira geração, assentados sobre o princípio da fraternidade, são dotados de alto grau de humanismo e universalidade e tem por destinatário principal o gênero humano. São exemplos desta geração o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente. O autor ainda discute direitos de uma quarta e quinta geração e afirma a vantagem lógica e qualitativa pela utilização do termo dimensão no lugar de geração, caso este último induza ao entendimento de uma sucessão cronológica, onde a geração anterior caduca com a chegada da posterior, o que é equivocado. Esta classificação geracional, como informa o autor, baseia-se na lição de Karel Vasak. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Por fim, o conceito formulado pelos autores já deixa claro a sua posição a respeito da fundamentalidade dos direitos fundamentais. Tema que também será tratado à frente.

Vidal Serrano Nunes Júnior, após fazer uma ponderação sobre a adjetivação fundamental à palavra direito, que, segundo o autor, expõe a inerência de tais direitos à condição humana<sup>36</sup>, apresenta o seguinte conceito de direitos fundamentais:

Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).<sup>37</sup>

Diferentemente do conceito anterior, trata-se de conceito analítico, que aborda uma série de aspectos dos direitos fundamentais. Cumpre verificar os elementos trazidos no conceito, ressaltando que alguns deles serão melhor estudados no decorrer do trabalho. O primeiro elemento refere-se ao tratamento dos direitos fundamentais como um sistema. Entende o autor que os direitos fundamentais constituem um sistema, haja vista que as suas normas estão em constante interação, tendo por objeto a proteção do ser humano. Acrescenta, ainda, que um direito fundamental implica e influencia o conteúdo de outro.<sup>38</sup>

A seguir, em seu conceito, o autor afirma que os direitos fundamentais constituem-se de um sistema aberto de princípios e regras. Com relação à abertura do sistema, o próprio autor esclarece o seu sentido, que está ligado à interpretação das normas, que não podem se distanciar do contexto político, econômico e social em que se inserem. Deve haver integração da realidade na interpretação

---

<sup>36</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 14.

<sup>37</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

<sup>38</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

constitucional, para a busca do significado, alcance e sentido da norma. Utiliza-se o autor, primeiramente, do magistério de Peter Haberle.<sup>39</sup>

Ainda sobre essa questão, cumpre informar que Ingo Wolfgang Sarlet, após trazer críticas fundadas em Konrad Hesse à possibilidade de existência de um sistema fechado de direitos fundamentais,<sup>40</sup> também conclui pela possibilidade de se reconhecer a existência de um sistema aberto e flexível de direitos fundamentais, receptivo de novos conteúdos e desenvolvimentos e integrado ao restante da Constituição, além de aberto ao mundo que o cerca. O autor cita, inclusive, que a própria Constituição, de acordo com a doutrina, pode ser considerada um sistema aberto de regras e princípios.<sup>41</sup> Cumpre ainda registrar que, para o autor, a existência de, no mínimo, uma relativa unidade de conteúdo, somada à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e à sua proteção reforçada contra modificações, podem ser considerados elementos da existência de um sistema de direitos fundamentais, caracterizado por abertura e relativa autonomia do restante do texto.<sup>42</sup>

Ao tratar sobre princípios e regras, o autor se insere na discussão sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, que podem ser divididas em regras e princípios<sup>43</sup>. O tema será analisado em momento posterior.

Em seguida, o conceito preocupa-se em demonstrar que abrange tanto a dimensão subjetiva, no sentido de conferir posições subjetivas a seus titulares, como a dimensão objetiva, ao conformarem a forma de ser e de atuar do Estado.

---

<sup>39</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** - Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 16.

<sup>40</sup> Entende o autor que no Brasil, assim como alertou Konrad Hesse na Alemanha, seria inviável a existência de um sistema fechado de direitos fundamentais, separado do restante da Constituição, em razão de conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado na Constituição, da diversidade de conteúdo do catálogo de direitos, da existência de direitos que não decorrem diretamente do princípio da dignidade humana, da impossibilidade de se identificar a ideologia dominante na Constituição e, por fim, da necessária relação existente entre os direitos fundamentais e o restante do texto, em especial os princípios fundamentais. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 72-73.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 73.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 74.

<sup>43</sup> Dentre outros autores, cabe aqui referência à teoria da estrutura das normas de direitos fundamentais de Robert Alexy. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Por fim, o conceito também traz a finalidade dos direitos fundamentais, que seria a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, bem como apresenta uma classificação dessas dimensões, inspirada pela teoria das gerações dos direitos fundamentais e no ideal revolucionário do século XVIII, (liberdade, igualdade e fraternidade)<sup>44</sup>.

Feitas essas análises sobre as posições e conceitos trazidos, cumpre, antes de encerrar esse tópico, fazer algumas ponderações. Em primeiro lugar, reitera-se o respeito às posições dos autores mencionados e reafirma-se o reconhecimento da dificuldade de realização de um conceito que seja, ao mesmo tempo, sintético, preciso e completo, face à complexidade da teoria dos direitos fundamentais.

Além disso, a utilização das posições enunciadas não teve por objetivo realizar uma crítica às mesmas, mas, ao contrário, apresentar parte da matéria a ser estudada através do posicionamento doutrinário, bem como demonstrar divergências entre esses posicionamentos.

## 1.2 Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais

A fundamentalidade dos direitos fundamentais é o que lhes dá o traço distintivo dos demais direitos que compõe o ordenamento jurídico. O seu estudo divide-se em fundamentalidade formal e fundamentalidade material. Ambas serão debatidas no presente tópico, com especial atenção à fundamentalidade material, em razão de a sua ligação com o valor da dignidade da pessoa humana, que será brevemente estudado.

Inicia-se pela análise da fundamentalidade formal. A fundamentalidade formal decorre diretamente da positivação dos direitos no texto da Constituição, isto é, são considerados direitos formalmente constitucionais aqueles previstos na Constituição<sup>45</sup>. Como consequência dessa positivação, segundo Ingo Sarlet, resultam os seguintes aspectos: os direitos fundamentais situam-se no ápice do

---

<sup>44</sup> Registre-se que, como assinala o professor Fábio Konder Comparato, em nota de rodapé, o triplico só veio a ser proclamado oficialmente com a Constituição republicana de 1948. Conforme: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

<sup>45</sup> Luís Roberto Barroso expressamente inclui na noção de positivação, ao tratar da definição de direitos fundamentais, a previsão expressa ou implícita de direitos no bloco de constitucionalidade, que decorreria do art. 5º, §3º da Constituição. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 492.

ordenamento jurídico; esses direitos passam a ser submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional e, também, adquirem aplicabilidade direta, em razão da previsão do art. 5º, §1º da Constituição.<sup>46</sup> Assim, como decorrência da positivação, passam a ostentar um regime jurídico diferenciado.<sup>47</sup>

É importante trazer à baila o posicionamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Os citados autores entendem que o que define um direito como fundamental é a sua previsão em norma de hierarquia constitucional. Assim, bastaria a positivação constitucional para que seja verificada a fundamentalidade, ainda que tais direitos não possuam alcance ou relevância social. A questão do conteúdo, isto é, da fundamentalidade material, não deve ser considerada como critério único definidor dos direitos fundamentais.<sup>48</sup> Esta não é a posição adotada por este estudo.

A fundamentalidade material, em contrapartida, relaciona-se ao conteúdo desses direitos. Decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.<sup>49</sup> Ingo Sarlet entende que uma conceituação meramente formal é insuficiente também para o caso brasileiro, uma vez que a Constituição de 1988 admite a existência de outros direitos fundamentais, além dos previstos em seu Título II.<sup>50</sup>

Entretanto, ressalte-se que Ingo Sarlet bem lembrou que a noção do que é fundamental pode variar entre os Estados, sendo lapidar a advertência feita pelo autor:

(...) no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75-76.

<sup>47</sup> Em posição semelhante, Canotilho cita que associadas à constitucionalização surgem quatro dimensões. São elas, resumidamente: as normas consagradoras de direitos fundamentais são colocadas no grau superior da ordem jurídica; essas normas encontram-se submetidas a procedimentos agravados de revisão; podem constituir limites materiais da própria revisão e são dotadas de vinculação imediata dos poderes públicos, constituindo-se parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

<sup>48</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42-43.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 76.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 76.

daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.<sup>51</sup>

Observa-se, assim, que é essencial se verificar as opções feitas pela Constituição em concreto, especialmente no que tange à atribuição de regime jurídico-constitucional a determinado direito.

Ainda sobre a fundamentalidade material, um tema que se insere nessa discussão é o que trata do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Para entender esse conceito, no âmbito da Constituição do Brasil, há que se analisar o art. 5º, §2º da Constituição de 1988<sup>52</sup> <sup>53</sup>. De acordo com essa norma, há direitos fundamentais que, mesmo fora do catálogo constitucional, por seu conteúdo, são considerados integrantes da Constituição material. Desta maneira, o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição é considerado como não taxativo.<sup>54</sup>

Ainda, seguindo os ensinamentos de Ingo Sarlet, são necessárias algumas ponderações. Em primeiro lugar, no que tange às espécies de direitos fundamentais quanto à sua fundamentalidade, verifica-se que é possível se encontrar direitos formal e materialmente constitucionais, assim como direitos apenas materialmente constitucionais, ou seja, sem assento na Constituição.<sup>55</sup> Entretanto, há controvérsias sobre a existência de direitos apenas formalmente constitucionais. José Carlos Vieira de Andrade<sup>56</sup> entende pela sua existência,<sup>57</sup> enquanto Jorge Miranda tem

---

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 77-78.

<sup>52</sup> Concorde-se com a posição de Ingo Sarlet no sentido de que a norma do art. 5º, §2º da Constituição não é a única porta de entrada de direitos fundamentais, o que não retira a sua importância. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 87.

<sup>53</sup> A Constituição portuguesa possui norma análoga no número 1, do seu art. 16, que prevê que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

<sup>54</sup> O professor Canotilho utiliza as expressões cláusula aberta ou princípio da não tipicidade, mas prefere o termo *fattispecie* aberta. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82.

<sup>56</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 75.

<sup>57</sup> Esta também é a posição de Daniel Sarmento que, concordando com Oscar Vilhena, entende que a mera posição de um dispositivo no âmbito da parte correspondente aos direitos fundamentais não deve atribuir-lhe, quando não guardar conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, o regime jurídico de direito fundamental. Entretanto, entende que essa posição atribui presunção de

posição no sentido de que todos os direitos formalmente fundamentais também devem ser considerados materialmente fundamentais,<sup>58</sup> com o que concorda Ingo Sarlet<sup>59</sup>. Nesse ponto, ousa-se discordar de Ingo Sarlet por se entender que, enquanto categoria, é possível a existência de direito apenas formalmente fundamental, ainda que se reconheça a presunção de que os direitos formalmente fundamentais sejam também materialmente fundamentais, o que alteraria o ônus argumentativo.<sup>60</sup> Todavia, se está de pleno acordo com a sua afirmação no sentido de que ainda que se aceite a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, o regime jurídico desses deve ser idêntico aos formal e materialmente constitucionais. Ademais, o presente texto também segue o entendimento do autor quanto à equivalência de aplicação aos direitos apenas materialmente fundamentais do regime jurídico-constitucional dos direitos formalmente fundamentais.<sup>61</sup>

O segundo ponto a ser destacado atine à abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, de acordo com a interpretação a ser dada ao art. 5º, §2º da Constituição. Aqui, mais uma vez, se socorre da doutrina de Ingo Sarlet para entender que a abertura do catálogo abrange, além dos direitos individuais, os direitos sociais e políticos.<sup>62</sup>

Neste ponto, cumpre fazer uma observação essencial. Aceitar a importância de um conceito aberto de direitos fundamentais, com base no art. 5º, §2º, da Constituição, é admitir, como de resto parece ser a posição correta, que o conteúdo dos direitos fundamentais pode definir a sua fundamentalidade para todas as

---

fundamentalidade material ao dispositivo. Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 86.

<sup>58</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 11.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82.

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 86.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82.

<sup>62</sup> O autor utiliza como argumentos para esta conclusão, dentre outros, os seguintes: a expressão genérica direitos e garantias expressas nesta Constituição, prevista no próprio art. 5º, §2º do texto; a previsão constitucional dos direitos sociais; a norma do art. 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais básicos, se encerra com a expressão na forma desta Constituição, o que abriria a possibilidade para inclusão de outros direitos sociais dispostos no corpo da Constituição, em especial na parte referente às ordens econômico e social. Além disso, a própria natureza do Estado brasileiro é de Estado Social e Democrático de Direito, cujos contornos básicos se encontrariam no preâmbulo do texto, nos seus princípios fundamentais, pela previsão de direitos sociais e políticos, e da Ordem Econômica e Social, além de outros dispositivos. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 83-84.

situações não previstas no catálogo constitucional. Assim, a partir da verificação da substância do direito, dentro das hipóteses previstas na cláusula de abertura constitucional, é possível a aplicação a esses do regime jurídico previsto para os direitos formalmente fundamentais.

Além dessas questões, que por si só já demonstram a relevância do tema, duas outras tem importância basilar. A primeira refere-se ao delineamento das hipóteses aceitas pelo art. 5º, §2º da Constituição para a admissão de direitos materialmente fundamentais. A segunda refere-se aos contornos de um conceito material de direitos fundamentais, o que possui íntima ligação com o valor da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento dos direitos fundamentais.

Nos termos das hipóteses de abertura trazidas pelo art. 5º, §2º da Constituição é didática a classificação de Ingo Sarlet. O autor divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos. São eles os direitos escritos, ou expressamente positivados, e os direitos não escritos. No grupo dos direitos escritos incluem-se a categoria dos direitos positivados no catálogo dos direitos fundamentais, ou em outra parte do texto da Constituição e os direitos fundamentais positivados em tratados internacionais.<sup>63</sup> No segundo grupo estão os direitos fundamentais implícitos, ou seja, as posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e os direitos fundamentais decorrentes de seu regime e de seus princípios.<sup>64</sup>

Ao tratar sobre os direitos fundamentais não escritos implícitos, o autor elenca duas possibilidades de sua existência. Primeiramente, os direitos fundamentais implícitos deduzidos do catálogo de direitos fundamentais expressos e, em seguida, os direitos implícitos que decorrem da extensão do campo de proteção de direitos fundamentais já positivados.<sup>65</sup> Estes seriam diversos dos direitos decorrentes que,

---

<sup>63</sup> Ingo Sarlet não admite a existência de direitos expressos em normas infraconstitucionais, apesar de entender razoável a sua defesa. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 89.

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 88. Em posição um pouco diversa, Flávia Piovesan defende que os direitos fundamentais, à luz deste dispositivo, podem ser divididos em três grupos distintos: os direitos expressos na Constituição; os direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e os direitos expressos em tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Conforme: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.

<sup>65</sup> Anote-se que para Ingo Sarlet a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema constitucional, tornando prescindível a aplicação do art. 5º, §2º da Constituição. Conforme: SARLET,

de acordo com o disposto no art. 5º, §2º da Constituição, seriam deduzidos do regime e dos princípios da própria Constituição, não estando previstos expressa ou implicitamente.<sup>66</sup>

Chama-se a atenção, em razão do objeto e da finalidade do presente trabalho, para os direitos fundamentais escritos fora do catálogo e para os positivados em tratados internacionais. Com relação aos primeiros, como já informado, eles também se encontrariam no corpo da Constituição, ainda que de forma dispersa, e, assim, teriam a natureza de direitos formal e materialmente constitucionais, sendo-lhes aplicado o regime jurídico-constitucional dos direitos do catálogo. A dificuldade que se encontra, e que depende de densificação doutrinária e jurisprudencial é a identificação desses direitos fundamentais no corpo da Constituição.<sup>67</sup>

No que se refere aos direitos fundamentais positivados em tratados internacionais cabem algumas observações muito breves, que auxiliarão o desenvolver do estudo. Contudo ressalva-se que em razão da abrangência dessa discussão, que demandaria um estudo próprio, somente será possível elencar alguns apontamentos, em especial sobre pontos controvertidos.

Primeiramente, verifica-se que o art. 5º, §2º, da Constituição utiliza a expressão tratados internacionais. Entretanto, em outros momentos, a Constituição se utiliza de outras expressões como, por exemplo, o §3º, do mesmo art. 5º, que usa a expressão tratados e convenções internacionais e o art. 49, I, da Constituição que, por sua vez, adota a expressão acordos internacionais. Desta forma, a interpretação que parece ser mais coerente é de se adotar as mencionadas expressões como sinônimas, assim como enunciado no art. 2º, 1, a da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.<sup>68</sup>

---

Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 93.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 90-91.

<sup>67</sup> Há decisão do STF, reconhecendo limitações constitucionais ao poder de tributar, a exemplo do princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, da Constituição), como autênticos direitos e garantias fundamentais. Conforme: BRASIL. STF. ADI 939-7. Rel. Min. Sydney Sanches, data do julgamento: 15.12.1993, RTJ vol. 00151-03 PP 00755.

<sup>68</sup> Nesse sentido o posicionamento de: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 495.

Outro ponto a ser mencionado, refere-se à incorporação dos tratados internacionais no Brasil. Flávia Piovesan entende que o Brasil teria adotado um sistema misto, com regime aplicado aos tratados internacionais tradicionais e outro regime, diferenciado, aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos.<sup>69</sup> Aos tratados de direitos humanos, para a citada autora, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, atribuem-se a hierarquia constitucional e a incorporação automática, ou seja, produzem efeitos na ordem internacional e interna a partir da ratificação (teoria monista)<sup>70</sup>. Os tratados tradicionais possuiriam hierarquia infraconstitucional e se submeteriam à sistemática da incorporação legislativa, isto é, depois de ratificado, tem que passar pela fase do decreto presidencial de promulgação para valer internamente.<sup>71</sup>

Adentrando-se à discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, registre-se que há quatro correntes doutrinárias sobre o tema: a hierarquia supraconstitucional destes tratados; a hierarquia constitucional; a hierarquia supralegal e a hierarquia de lei ordinária.<sup>72</sup>

Para Flávia Piovesan aos tratados internacionais de direitos humanos deve ser atribuída hierarquia de norma constitucional, aplicando-lhes o regime de direitos fundamentais e compondo o bloco de constitucionalidade. A mencionada autora fundamenta-se no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição e em uma interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em razão da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos e orientadores, além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.<sup>73</sup> O STF, até a decisão do RE 466.343-1, tinha posição majoritária no sentido de entender que os tratados internacionais incorporados pelo Brasil, de direitos humanos ou não, possuíam hierarquia de lei ordinária. A partir desta emblemática decisão judicial, passou-se a

---

<sup>69</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

<sup>70</sup> Apesar do apontamento, não será possível, em razão do espaço, realizar discussão específica sobre as divergências entre as teorias monista e dualista e suas respectivas subdivisões.

<sup>71</sup> O professor André de Carvalho Ramos ressalva a posição do STF no sentido de que todos os tratados deveriam passar pelas quatro fases de incorporação, o que inclui o decreto de promulgação. Conforme: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 506-507.

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-70.

entender que os tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente dos demais tratados, possuem hierarquia supralegal.<sup>74</sup>

Registre-se que o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser recepcionados com hierarquia de norma constitucional e se lhes aplicando o mesmo regime dos demais direitos fundamentais componentes do texto do catálogo, parece ser a decisão mais correta, em razão de adequada interpretação da cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição.

Ademais, há ainda o debate gerado a partir da inserção, pela Emenda Constitucional 45 de 2004, do § 3º, do art. 5º, da Constituição. O mencionado dispositivo, que teria motivado a mudança de posicionamento do STF a respeito dos tratados de direitos humanos, trouxe um procedimento similar ao de emendas à Constituição, que, uma vez aprovado, faz com que os referidos tratados sejam equivalentes às emendas. Assim, observado o procedimento, que não seria obrigatório nos termos do dispositivo, os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional. Para o STF, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos podem ser incorporados com hierarquia supralegal, ou, se observado o procedimento do § 3º, do art. 5º, da Constituição, com hierarquia constitucional.

Contudo, esta não é a exegese aceita, dentre outros autores, por Flávia Piovesan. Para a referida autora, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45 de 2004 devem ser considerados formal e materialmente constitucionais. Os tratados de direitos humanos posteriores a ela, mas que não foram aprovados pelo procedimento do §3º, do art. 5º, da Constituição, devem ser considerados como materialmente constitucionais, no sentido trazido pelo §2º, do art. 5º, da Constituição. Por outro lado, caso haja a sua incorporação seguindo o procedimento do §3º, do art. 5º, os direitos previstos no tratado internacional de direitos humanos serão considerados formal e materialmente constitucionais.<sup>75</sup>

Por fim, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos acarreta a possibilidade de um controle de convencionalidade<sup>76</sup> em face da legislação interna.

---

<sup>74</sup> BRASIL. STF. RE 466.343-1. Rel. Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 03.12.2008, RTJ vol. 00210-02 PP 00745.

<sup>75</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

<sup>76</sup> Como bem enuncia André de Carvalho Ramos, o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais. O autor também traz duas subcategorias do controle. O controle de convencionalidade de matriz internacional, ou controle de convencionalidade autêntico, que é realizado por órgãos internacionais. Há também o controle de

Feitas estas exposições, chega-se a um ponto capital para o presente tópico do estudo e para qualquer explanação a respeito de uma teoria geral dos direitos fundamentais. Trata-se do estudo dos contornos e critérios para um conceito material dos direitos fundamentais, que ingressa, portanto, no estudo do conteúdo e do próprio fundamento dos direitos fundamentais.

Para ser possível chegar-se a um conceito de direito materialmente fundamental, entende Ingo Sarlet que os direitos fundamentais em sentido material deverão ser aqueles que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos direitos constantes do catálogo<sup>77</sup>. Assim, segundo o autor, tratar-se-ia de princípio constitucional implícito, deduzido do art. 5º, §2º da Constituição que determina, sejam direitos escritos ou não escritos, implícitos<sup>78</sup> ou decorrentes, deverão equivaler, em seu conteúdo e dignidade, aos direitos do catálogo.<sup>79</sup> Entende, assim, que se aplicaria ao direito brasileiro também a noção de direitos fundamentais análogos.<sup>80</sup>

Essa preocupação de equiparação aos direitos fundamentais expressos possui uma clara razão. Os direitos fundamentais componentes do catálogo traduzem a importância dada a certa matéria, para determinada comunidade, em um momento histórico específico. Assim, os critérios de substância e relevância apontados por Ingo Sarlet e Canotilho têm que ter relação com algo, ou seja, o conteúdo e a relevância têm por base os direitos fundamentais do catálogo. Nas

---

convencionalidade de matriz nacional, que se trata do exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, que é realizado pelos juízes do próprio Estado. Ressalta o autor, entretanto, a importância de que haja um diálogo entre o controle de convencionalidade de matriz nacional e a interpretação internacionalista dos direitos humanos. Lembra, ainda, que os direitos humanos no Brasil possuem uma dupla garantia. O controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Conforme: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 522-528.

<sup>77</sup> Assim também o posicionamento de Canotilho, para quem a tendência é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis em objeto e importância aos formalmente constitucionais. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404.

<sup>78</sup> O autor ressalva que esses direitos, por estarem subentendidos nas normas de direitos do catálogo, independeriam da equiparação. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 93.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 92.

<sup>80</sup> Esta noção, segundo o mesmo autor, está expressamente prevista no art. 17 da Constituição portuguesa de 1976. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 92.

palavras do autor, trata-se da: “(...) dimensão axiológica dos direitos fundamentais, expressando valores consensualmente reconhecidos no meio social, (...).<sup>81</sup>

A determinação da fundamentalidade material de direitos fora do catálogo, mas expressos na Constituição, depende da análise, segundo essa posição, da importância e do conteúdo, de acordo com as disposições constitucionais. Buscar-se-ia o sentido jurídico dominante no texto, bem como os elementos comuns ao conteúdo dos direitos fundamentais previstos no catálogo, e não de um direito isolado.<sup>82</sup>

No que tange aos direitos decorrentes é preciso elucidar também, ainda que de forma excepcionalmente superficial, o significado das expressões regime e princípios, dispostas no art. 5º, §2º da Constituição. Para Ingo Sarlet a densificação dessas expressões encontra-se no Título I da Constituição, que trata dos princípios fundamentais e onde também se encontra o delineamento do Estado social e democrático de Direito, que define o regime democrático.<sup>83</sup>

Em sua explanação, Ingo Sarlet afirma que os direitos fundamentais integrantes do catálogo, ou não integrantes, bem como os demais direitos, escritos ou não, guardam alguma relação com os princípios fundamentais da Constituição. Dentre os princípios fundamentais, escolheu o autor examinar o princípio fundamental da dignidade humana.<sup>84</sup>

Vieira de Andrade segue caminho diverso quanto à definição de critério para delinear a matéria dos direitos fundamentais. Não há como discutir todas as peculiaridades de sua posição, mas uma breve verificação de seu arranjo se faz necessária. Entende o autor que é possível a criação de um sistema de direitos fundamentais, com autonomia relativa, se para ele forem descobertas: estrutura, função e intenção próprias. Com relação a sua estrutura, em razão da importância do seu radical subjetivo, é constituída por posições jurídicas subjetivas

---

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 93-94.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 94.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 95.

<sup>84</sup> Além da relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, o autor também reconhece a relação com outros princípios, a exemplo do princípio democrático e o direito a voto. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 95-96.

fundamentais, e atribuídas a todos os indivíduos. A função dos direitos fundamentais, por sua vez, é a proteção e a garantia de certos bens jurídicos, ou de posições e relações, consideradas essenciais. Finalmente, a intenção refere-se à explicitação de uma ideia de homem, de acordo com a cultura de cada sociedade e que, no âmbito da cultura portuguesa, se manifestaria no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>85 86</sup>

Além da utilização do critério acima, que se subdivide em três partes, Vieira de Andrade entende que devem ser observadas também fronteiras de intensidade<sup>87</sup>, ou seja, ao elemento intencional, relacionado com a dignidade da pessoa humana, deve se somar o fato de que somente os direitos mais básicos e essenciais devem ser tidos por fundamentais.<sup>88</sup>

Somada às posições acima, cumpre trazer o pensamento de Daniel Sarmento, que entende que, dentre as funções da dignidade da pessoa humana se encontra a de critério para a identificação de direitos fundamentais e de fonte de direitos não enumerados. Para o autor, a dignidade é o principal critério para a identificação de direitos fundamentais não incluídos no catálogo.<sup>89 90</sup> Além disso, como dito, pode ser utilizado para o reconhecimento de direitos não enumerados e,

---

<sup>85</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 79-80.

<sup>86</sup> Canotilho critica a escolha desses critérios. Entende que eles, dentre outras críticas, decorrem de uma pré-compreensão típica do subjetivismo axiológico e de um individualismo metodológico, expulsando do catálogo os direitos que não possuem o radical subjetivo, isto é, não pressupõem a ideia-princípio de dignidade da pessoa humana. Afirma que o resultado é o exemplo de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

<sup>87</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 92.

<sup>88</sup> Partindo deste critério, o professor Vieira de Andrade entende que é possível a existência de direitos apenas formalmente constitucionais, desde que esses, apesar de previsão constitucional, não os preencham. Entretanto, reconhece o subjetivismo e dificuldade de se estabelecer o que seria básico em termos de direitos fundamentais. Assim, entende que os direitos contidos no texto da Constituição devem ser considerados presumidamente fundamentais. Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 92-93.

<sup>89</sup> Entende o autor que este critério justifica reconhecer, por exemplo, o meio ambiente como direito fundamental (art. 225, CF). Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 85.

<sup>90</sup> Neste ponto, registre-se a objeção feita por Jorge Reis Novais que, em sua nota 109, objeta expressamente esse posicionamento de Daniel Sarmento. Afirma que a dignidade não deveria ser tratada por fonte exclusiva de abertura do elenco constitucional a novos direitos fundamentais. Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 76. Observa-se, contudo que Daniel Sarmento utilizou-se da expressão principal critério, não exclusivo.

como exemplo, o autor relembra que o STF reconheceu o direito fundamental de conhecer a sua origem genética.<sup>91</sup>

A seguir será feito um conciso estudo sobre a dignidade da pessoa humana.

### 1.3 A dignidade da pessoa humana<sup>92</sup>

Inicia-se este tópico com uma explicação. Não é possível tratar no presente trabalho a dignidade da pessoa humana com a profundidade que o tema merece. Entretanto, não parece crível discutir sobre direitos fundamentais sem adentrar a alguns dos aspectos da dignidade humana, ainda que de forma sucinta. A dignidade da pessoa humana permeia praticamente todos os pontos de estudo da teoria dos direitos fundamentais. Assim, tentar-se-á fazer um recorte que seja suficiente para a justificação das escolhas realizadas no presente estudo.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> BRASIL. STF. RE 363889, Rel. Ministro Dias Toffoli, julg. 02.04.2011.

<sup>92</sup> No texto dar-se-á preferência pelo uso da expressão dignidade da pessoa humana, mas, em razão de sua utilização por parte da doutrina, também será usado, de forma indistinta, a expressão dignidade humana. Todavia, cumpre registrar que se reconhece a possibilidade de distinção. Segundo informa Ingo Sarlet, é possível distinguir a noção de dignidade da pessoa humana como a que constitui atributo da pessoa humana, individualmente considerada e não de um ser em abstrato. A dignidade humana, por sua vez, poderia se referir à humanidade como um todo. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62.

<sup>93</sup> Um dos temas que não será abordado refere-se às origens e evolução da dignidade da pessoa humana. Em que pese a sua importância para a atual definição do que se considera esse princípio, trata-se de tema complexo por envolver perspectiva religiosa, histórica e filosófica. Apenas de forma ilustrativa, mencionam-se alguns de seus marcos fundamentais. Em primeiro lugar, do ponto de vista religioso, foi relevante a contribuição do cristianismo, assim como do monoteísmo hebraico, no sentido da criação do conceito de homem à imagem e semelhança de Deus, dentre outras. Cabe, todavia, ressaltar que a igreja, enquanto instituição agiu em momentos históricos em desacordo com a dignidade da pessoa humana. No sentido filosófico, há diversos autores e momentos que poderiam ser trazidos, optou-se por ressaltar, além da filosofia estoica, a contribuição de Giovanni Picco, senhor de Mirandola e Concordia, que em discurso acadêmico de 1486, utilizou-se do termo dignidade do homem, justificando a sua importância e trazendo o homem, assim como a razão, para o centro do mundo. Outro pensador, cuja contribuição filosófica foi decisiva foi Immanuel Kant, que, dentre outras coisas, trouxe a ideia de ser humano como um fim em si mesmo, nunca um meio. Além disso, este pensador também trouxe conteúdo para o termo dignidade, que estaria ligado à ideia de seres racionais, que possuem dignidade e não preço, e que são dotados de autonomia para agir de acordo com as leis universais que eles mesmos editam. Filosoficamente houve muitas outras contribuições desde então, enfatiza-se a filosofia contemporânea e o conceito de ser humano histórico e mutável. Por fim, no sentido histórico, ressaltam-se como marcos para a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana a democracia ateniense e a república romana, a independência americana e a revolução francesa e o fim da segunda guerra mundial, que trouxe o reconhecimento jurídico interno e internacional à dignidade. Reafirma-se que o conceito de pessoa e de dignidade é muito mais complexo que as breves palavras acima, assim como a história deste termo atravessa a própria história humana. Portanto, reconhece-se que o que foi dito se trata de mera ilustração, com todas as suas lacunas. Para maiores aprofundamentos: COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 e BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A**

### 1.3.1 Fundamento dos direitos fundamentais

O começo desta abordagem da dignidade da pessoa humana pode ser, justamente, através da ideia de fundamento para, em seguida, discutir-se sobre algumas justificações apresentadas pela doutrina para reconhecer a dignidade da pessoa humana como o fundamento dos direitos fundamentais. Feitas essas colocações, será analisado o princípio da dignidade da pessoa humana propriamente dito.

Em primeiro lugar, interessantes são as disposições trazidas por Fábio Konder Comparato, em artigo que debate o fundamento dos direitos humanos, mas que pode ser inteiramente aplicável aos direitos fundamentais. O autor afirma que a Constituição possui o seu fundamento no poder constituinte, mas esse, por sua vez, possui o seu fundamento último em um fato (ato de força), ou em um princípio ético, isto é, uma razão justificativa de conduta, que transcende o poder constituinte. Ressalva o autor, entretanto, que a organização social baseada na força não tem condições de subsistir, por ausência de justificativa ética, que pacifique a consciência social.<sup>94</sup>

Em seguida, o mesmo autor faz uma brevíssima introdução histórica. Segundo expõe, até a Idade Moderna, o fundamento transcendente do direito era a divindade, ou a natureza. No século XVII, iniciou-se na Europa Ocidental a busca de uma justificativa ética terrena para a validade do direito. Dois caminhos teriam sido percorridos. Em primeiro lugar o jusnaturalismo, que funda o direito positivo no direito natural, e o antinaturalismo, que é a matriz do positivismo jurídico. Segundo essa corrente, o fundamento do direito não seria transcendental, encontrando-se no pressuposto lógico de que as leis são válidas e devem ser obedecidas, quando editadas segundo processo e autoridade definidas e aceitas. Essa explicação formal do positivismo é criticada, pois lhe falta o elemento transcendente, além de também

---

Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

<sup>94</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.); ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 16.

ausência de princípio ético superior. Sob tais condições positivistas, poderia haver justificativa para regimes totalitários.<sup>95</sup>

Feitas essas ponderações, Comparato conclui que, atualmente, o fundamento dos direitos humanos, deva ser a dignidade da pessoa humana. São suas palavras:

Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.<sup>96</sup>

Analisando-se as disposições trazidas, verifica-se que Comparato parte da ideia de fundamento do direito, enquanto algo transcendente às normas postas, para chegar à formulação que vê no homem e, em especial em sua dignidade, o elemento que deve ser utilizado como fundamento dos direitos fundamentais. Em sentido aproximado, isto é, admitindo a dignidade como atributo intrínseco da pessoa humana e que, por se tratar de um valor supremo, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, está José Afonso da Silva<sup>97</sup>. O mesmo autor ressalva que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, mas um dado preexistente, como a própria pessoa humana, que é reconhecido pela Constituição. Trata-se de proposta sedutora e que traz consistência à matéria de direitos fundamentais, além de densificar o conceito de dignidade humana. Cabe, entretanto trazer outras formulações que também justificam a utilização da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais.

Em linha aproximada, Daniel Sarmento entende que uma das funções do princípio da dignidade da pessoa humana seria, justamente, o de servir de fundamento da ordem jurídica e da comunidade política.<sup>98</sup> Para o autor, a noção de fundamento seria desdobrada em dois planos. O primeiro seria o da legitimação

---

<sup>95</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.); ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 16-18.

<sup>96</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.); ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 20.

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.

<sup>98</sup> Observe-se que o autor fala em fundamento da ordem jurídica, que abrange os direitos fundamentais, além dos demais campos do ordenamento jurídico. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 77.

moral, que determina que a dignidade da pessoa humana atribua legitimidade moral à ordem jurídica e ao Estado, uma vez que esses existem em razão da pessoa humana. Além disso, enquanto fundamento da ordem jurídica, cabe à dignidade a função hermenêutica do ordenamento jurídico e, em especial dos direitos fundamentais.<sup>99</sup> Tema que será retomado.

O princípio da dignidade humana, de acordo com a doutrina de Vieira de Andrade pode ser entendido também como elemento unificador de sentido do sistema de direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º da Constituição portuguesa, se caracterizaria como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e atribui unidade de sentido aos direitos fundamentais.<sup>100</sup>

Vieira de Andrade afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser interpretado com relação a cada pessoa (individual), a todas as pessoas (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre). A seguir, elucida e reafirma que o princípio da dignidade da pessoa humana (individual) está na base de todos os direitos fundamentais e que esta se projeta no indivíduo, enquanto ser autônomo ou membro de uma comunidade.<sup>101</sup> Com esta afirmação, resta claro o seu posicionamento no sentido de que a dignidade da pessoa humana não é somente base dos direitos, liberdades e garantias, mas também dos direitos políticos e sociais. Entretanto, entende que alguns direitos, especificamente os exemplos fornecidos que correspondem a direitos, liberdades e garantias, seriam explicitações de primeiro grau do valor da dignidade da pessoa humana. Outros direitos decorreriam dos primeiros, ou seriam explicitações de segundo grau, dentre os quais são exemplificados alguns direitos sociais.<sup>102</sup>

Há, nos termos de Vieira de Andrade, uma ordem, ou sistema de direitos fundamentais que possui fundamento em um princípio axiológico, que lhes dá coerência, o que repercute em sua interpretação e aplicação. Ressalte-se que o autor ressalva que a descoberta de uma unidade em sentido cultural, não se trata do

---

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 78-79.

<sup>100</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 94.

<sup>101</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 97.

<sup>102</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 98.

reconhecimento de uma ordem de valores hierárquica, abstrata e fechada. Ao contrário, seria uma ordem pluralista e aberta.<sup>103 104</sup>

Cumprir enfatizar a aproximação do tema da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento dos direitos fundamentais e como elemento essencial para a conceituação material dos direitos fundamentais. Como visto, a doutrina tende a relacionar, ainda que com divergências de formulação, o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento essencial para se encontrar um conceito materialmente fundamental de direitos fundamentais. Em sentido mais genérico, mas que repercute no conceito material de direitos fundamentais, buscou-se um elemento de conteúdo que pudesse servir de razão justificativa ética e axiológica para o ordenamento e assim para os direitos fundamentais. Este fundamento é a dignidade da pessoa humana.

Para o professor Jorge Reis Novais, ao tratar do princípio da dignidade como fundamento de direitos fundamentais, há uma concepção bidirecional<sup>105</sup> da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais, o que projeta uma série de consequências, que poderão ser identificadas com as funções da dignidade da pessoa humana, como se observará. Em primeiro lugar, a dignidade humana seria elevada a fonte de interpretação dos direitos fundamentais, além de critério para a solução de conflitos. Além disso, a dignidade humana tornar-se-ia critério de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, traria reforço à ideia de indivisibilidade dos direitos fundamentais e, por fim, reciprocamente, faz dos próprios direitos fundamentais critérios de interpretação do sentido normativo que deve ser reconhecido à dignidade da pessoa humana.<sup>106</sup>

Dois últimas observações sobre a doutrina de Jorge Reis Novais a respeito da dignidade como fundamento de direitos fundamentais são imprescindíveis. Primeiramente, o autor ressalta que a dignidade da pessoa humana constitui o

---

<sup>103</sup> Não há, por conseguinte, hierarquia entre os direitos fundamentais. A harmonização entre os valores deverá ser buscada no caso concreto, sem exclusão “a priori” de valores. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 103.

<sup>104</sup> Daniel Sarmiento, ao tratar sobre os contornos da dignidade da pessoa humana, entende que este princípio também deva ser aberto, pois envolve a proteção da pessoa frente a riscos que nem sempre podem ser antecipados. Ademais, tratar-se-ia de uma “porta de entrada” da moralidade pública no âmbito do direito. Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 70.

<sup>105</sup> A dignidade da pessoa humana influencia a interpretação dos direitos fundamentais, assim como esses influenciam a interpretação da dignidade da pessoa humana.

<sup>106</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 76.

fundamento não só dos direitos fundamentais, mas de todo o Estado de Direito e, assim, de bens e valores que podem, eventualmente, estar em confronto com os direitos fundamentais. Neste caso, a dignidade da pessoa humana seria chamada para desempenhar um papel de princípio, de programa e de parâmetro dos direitos fundamentais em um Estado de Direito.<sup>107</sup>

Ademais, e este é um ponto essencial que estabelece a ligação entre a teoria do autor e a dignidade da pessoa humana, a concepção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais em um Estado de Direito é a teoria dos direitos fundamentais como trunfo contra maioria<sup>108</sup>, que se sustentaria no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, como afirma o autor, a construção do Estado de Direito se assentaria na ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos. Seria um domínio furtado à decisão democrática, ainda que esse não fosse o interesse da maioria. Essa formulação teria como base a dignidade da pessoa humana, haja vista que é com base nessa que se reivindica a delimitação de uma esfera de autonomia e de liberdades individuais, que o poder não poderá dispor livremente e, ao contrário, terá que respeitar, proteger e promover.<sup>109</sup>

Cumprir fazer o registro das palavras do autor nesse particular:

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento material da concepção dos direitos como trunfos porque é dessa igual dignidade de todos que resulta a dita indisponibilidade e supremacia material dos direitos fundamentais perante as opções da maioria política.<sup>110</sup>

Feitas estas exposições teóricas, cabem algumas observações de ordem positiva. O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 79.

<sup>108</sup> No presente texto não será feito um estudo aprofundado sobre esta teoria, salvo algumas ponderações e explicações necessárias ao seu entendimento, ainda que superficial, para fins de compreensão do objeto deste trabalho.

<sup>109</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 177-178.

<sup>110</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 179.

<sup>111</sup> Há dispositivo semelhante em outros textos constitucionais. Conforme: art. 1º da Constituição portuguesa de 1976; art. 10, nº 1 da Constituição espanhola de 1978, art. 1º, nº 1 da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, entre outras.

Verifica-se que por expressa disposição constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um fundamento para o ordenamento jurídico e para o Estado.<sup>112</sup>

No plano internacional também se entende que a dignidade da pessoa humana seria o fundamento dos direitos humanos. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 reconhece em seu preâmbulo e em seu art. I que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que lhes é inerente, o que denota o caráter de universalidade à dignidade. Ainda no âmbito do sistema global, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>113</sup>, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, preveem em seus preâmbulos o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana.

### 1.3.2 Pessoa humana

Feitas essas ponderações sobre a função de fundamento dos direitos fundamentais, cabe ingressar em outros aspectos da dignidade da pessoa humana. O primeiro a ser observado refere-se à noção de pessoa humana. A tarefa de se discutir as diversas concepções de pessoa está além das possibilidades do presente texto.<sup>114</sup> Desta maneira, optou-se pela adoção de uma concepção específica, fundada em abalizada doutrina.

Como se observa dos ensinamentos de Daniel Sarmento, uma ordem jurídica se funda em algumas premissas e o ordenamento jurídico brasileiro está fundado na premissa antropológica<sup>115</sup>, necessária para a definição dos contornos da dignidade

---

<sup>112</sup> Ressalte-se que, segundo a doutrina de Jorge Reis Novais, com o que se concorda, o nº 2, do art. 1º, da Lei Fundamental da Alemanha, reconhece que a dignidade da pessoa humana constitui, do ponto de vista lógico, a referência genética originária do sistema de direitos fundamentais. Conforme a sua nota 117. Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 80.

<sup>113</sup> No preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos está expresso que os direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

<sup>114</sup> Sobre a elaboração teórica do conceito de pessoa ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>115</sup> Para Fábio Konder Comparato a teoria fundamental sobre os direitos do homem funda-se numa antropologia filosófica. Conforme: COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.); ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 20.

da pessoa humana. Por essa premissa antropológica humanista entende o autor que:

Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional, mas também sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma “ilha” separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade.<sup>116</sup>

Para aclarar um pouco mais o conceito de pessoa concreta cabe algumas brevíssimas observações. Primeiramente, a ideia de pessoa concreta está em oposição ao conceito abstrato de pessoa, que predominou no Estado Liberal. O conceito abstrato de pessoa, além da dificuldade de sua definição, contém uma dimensão prescritiva, que enaltece uma imagem idealizada de pessoa, que privilegia determinados traços em detrimento de outra parcela da população, notadamente os pertencentes a grupos vulneráveis.<sup>117</sup>

O conceito concreto também valoriza uma compreensão mais complexa de ser humano formado por sua razão, sentimentos e corpo. Observe-se que esses elementos são todos componentes do todo ser humano e não devem ser separados.

Além disso, o conceito aborda a discussão sobre a “fórmula do fim em si mesmo”. Esta ideia se origina no pensamento de Immanuel Kant. Para o filósofo, o ser humano, assim como todo ser racional, deve ser considerado como um fim em si mesmo, nunca um meio. Ademais, todo ser racional deve considerar-se sempre como legislador universal no reino dos fins, através da liberdade da vontade. Neste reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode ser substituído por equivalente. O que não possui preço e não pode ser substituído, possui dignidade.<sup>118</sup> A partir dessas premissas, afirma expressamente o pensador sobre a moralidade e a dignidade:

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Portanto a moralidade, e a

---

<sup>116</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 70.

<sup>117</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 75.

<sup>118</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 80-82.

humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.<sup>119</sup>

Por fim, registre-se que Kant assevera que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.<sup>120</sup>

Neste ponto, feita essa alusão à autonomia em Kant e seguindo-se nas observações sobre o conceito de pessoa concreta trazido, verifica-se que o mesmo também faz referência ao respeito que deve ser dado à autonomia da pessoa.

O conceito ainda ressalva que a pessoa não deve ser considerada uma ilha, mas sim um ser social, ou seja, o ser humano depende da sociedade para desenvolver as suas potencialidades. O ser humano também necessita ser reconhecido no outro e do suprimento de suas necessidades básicas, o que se vincula com a existência de direitos sociais.

Feita esta exposição sobre o conceito de pessoa, passa-se a analisar o conteúdo, as funções e a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, abrange a noção de pessoa humana já abordada.

### 1.3.3 Conteúdo, natureza e funções do princípio da dignidade da pessoa humana

A tarefa de definição de um conceito para o princípio da dignidade da pessoa humana é tão difícil quanto à busca por uma concepção de direitos fundamentais, haja vista o seu enorme âmbito de incidência e as suas diferenciadas funções. Observa-se, entretanto, que essa amplitude de incidência, bem como as suas funções, decorre diretamente da íntima ligação da dignidade da pessoa humana e a própria ideia de ser humano, fundamento moral do sistema, além de sua finalidade principal, qual seja, a tutela da pessoa humana concreta em todas as suas dimensões. Portanto, é da natureza da dignidade humana possuir a abrangência necessária para o exercício de sua finalidade de integral proteção e promoção do ser humano.

Ademais, como lembra Daniel Sarmiento, a busca pela definição do conteúdo material do princípio da dignidade da pessoa humana, em que pesem as suas

---

<sup>119</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 82.

<sup>120</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 84.

dificuldades apontadas, trata-se de tarefa legítima e urgente. Para que seja possível que o referido princípio exerça as suas funções, primeiro é necessário que se tenha noção de seu conteúdo, sob pena de sua interpretação e aplicação equivocadas, sua trivialização, bem como a imposição heterônoma de modelos de virtude e de vida boa.<sup>121</sup>

Para a discussão sobre o conteúdo essencial e eventual conceito de dignidade da pessoa humana, cumpre trazer à baila alguns posicionamentos doutrinários.

Daniel Sarmiento inicia a sua posição sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, ressaltando a necessária conexão entre esse princípio e a concepção de pessoa humana adotada pela ordem constitucional brasileira, guiada pela moralidade crítica.<sup>122</sup> Concorde-se com esta observação do autor. Como já informado, a ideia de ser humano e, em especial a compreensão que se tem deste ser humano é fundamental na definição do conteúdo da dignidade. Assim, lembre-se que foi adotada uma concepção de ser humano concreto, visto como um fim em si, cujas características foram anotadas acima.

A partir desta compreensão de ser humano, Daniel Sarmiento formula os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento.<sup>123</sup> Tais componentes devem manter uma relação de complementação e sinergia, pois convergem para a proteção integral da pessoa.<sup>124</sup>

A exceção da igualdade, que o autor declara que não trataria como elemento da dignidade da pessoa humana, haja vista que a mesma está inteiramente compreendida no princípio da isonomia (art. 5º, da Constituição),<sup>125</sup> seguem-se as suas observações sobre os demais componentes da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 90.

<sup>122</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 92.

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 92.

<sup>124</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 93.

<sup>125</sup> O autor entende que todos os outros componentes da dignidade são tutelados parcialmente e de modo fragmentário, pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Assim, entende que a tutela da igualdade já é realizada pelo importante princípio da isonomia, não sendo metodologicamente adequado tratá-lo como elemento da dignidade. Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 92-93

Primeiramente, o valor intrínseco da pessoa, que não possui direito constitucional específico, veda a sua instrumentalização, isto é, que sejam consideradas como um meio e não um fim em si. O elemento da autonomia, cuja previsão de direito constitucional estaria dispersa por dispositivos que cuidam da liberdade, possui uma dimensão privada, conectada à autodeterminação, e uma dimensão pública, que se relaciona à democracia. O mínimo existencial, que se encontra disperso pelos direitos sociais, tem por fim garantir as condições materiais indispensáveis a uma vida digna. Por último, o reconhecimento, que se caracteriza por uma proteção constitucional adequada ao respeito à identidade individual e coletiva das pessoas em suas relações subjetivas, pode ser encontrado em alguns dispositivos criados para a proteção de certas populações, a exemplo dos indígenas, mas que são insuficientes.<sup>126</sup>

Luís Roberto Barroso, que menciona a dificuldade de se elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, devido à variedade de circunstâncias históricas, políticas e religiosas, apresenta um conteúdo mínimo para o conceito, devendo ser aceita uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural.<sup>127</sup> A concepção de dignidade do autor se identifica com os seguintes elementos: o valor intrínseco de todos os seres humanos<sup>128</sup>; a autonomia de cada indivíduo<sup>129</sup>; e a limitação por restrições legítimas, decorrentes do valor comunitário<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 92-93.

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 72.

<sup>128</sup> O valor intrínseco, para o autor, está ligado à natureza do ser (elemento ontológico), ao conjunto de características inerentes a todos os seres humanos e que lhes conferem um *status* especial e superior, o que não autorizaria a indiferença pelos outros seres. Difere-se do valor instrumental. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 76.

<sup>129</sup> Trata-se do elemento ético da dignidade humana, o fundamento do livre arbítrio, que permite buscar, nos seus termos, o ideal de viver bem e de vida boa. Ligada à noção de autodeterminação. O autor se utiliza do conceito de autonomia pessoal, que seria valorativamente neutro e corresponderia apenas ao núcleo essencial da liberdade, que possui um alcance mais amplo e pode ser limitada. Ademais, entende que o mínimo existencial está inserido no elemento autonomia, haja vista que para ser autônomo o indivíduo deve ter supridas as suas necessidades. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 81 a 85.

<sup>130</sup> Este seria o elemento social da dignidade. A dignidade como heteronomia. Os contornos da dignidade humana seriam definidos pelas relações dos indivíduos com terceiros e com o mundo. Assim, a dignidade como valor comunitário refere-se ao papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos, em razão de certa concepção de vida boa. No que se refere às restrições sobre a autonomia pessoal, há três objetivos que legitimam o

Cumprir notar que, segundo Barroso, pode haver colisão entre os elementos da dignidade da pessoa humana. Destarte, pode, por exemplo, haver colisão entre a dignidade enquanto autonomia de um lado e a dignidade enquanto valor intrínseco de outro.<sup>131</sup> Em termos práticos esse tipo de colisão pode ocorrer em discussões a respeito da prostituição.

Ingo Sarlet<sup>132</sup> também dedicou parte de sua obra ao conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. Inicialmente o autor também aponta as dificuldades de se estabelecer um conceito. Lembra o autor que se trata de uma categoria axiológica aberta, que não poderá ser conceituada de maneira fixista em razão do pluralismo e da diversidade de valores em sociedades democráticas, além de ser conceito em permanente construção.<sup>133</sup>

O autor faz referência à doutrina para informar que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana, cuja matriz subjaz a Kant, permanece na autonomia e no direito à autodeterminação da pessoa. Feita tal afirmação, o autor traz importante questão. Esta autonomia seria considerada em abstrato, isto é, a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta, não dependendo da efetiva realização. Assim, através dessa autonomia em abstrato, estaria abrangido pela dignidade da pessoa humana também o absolutamente incapaz.<sup>134</sup> Ainda nessa perspectiva de proteção dos absolutamente incapazes, o autor informa entendimento que se sustenta uma dupla dimensão da dignidade que se manifesta enquanto expressão da autonomia da pessoa humana, assim como da necessidade de sua proteção (assistência) pelo Estado e comunidade. Desta forma, a dignidade em sua perspectiva assistencial poderia

---

valor comunitário. São eles: a proteção dos direitos e a dignidade de terceiros; a proteção de direitos e a dignidade do próprio indivíduo; e a proteção dos valores sociais compartilhados. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 87-88.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 83.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 50.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 54-55. Este é também o posicionamento de Jorge Reis Novais. Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 67.

prevalecer em face da perspectiva autônoma para, por exemplo, proteção dos incapazes.

O autor enuncia o caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, abordando a sua dimensão ontológica<sup>135</sup>, histórico-cultural<sup>136</sup>, defensiva, prestacional, social<sup>137</sup>, dentre outras<sup>138</sup>.

Feitas tais ponderações, além de outras, Ingo Sarlet informa o seu conceito que, segundo suas palavras, seria uma proposta em processo de reconstrução:

*Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*<sup>139</sup> (“Destaque no original”)

Desta maneira, além das observações já realizadas sobre o pensamento do autor, cumpre chamar a atenção no conceito por ele elaborado a alguns pontos. Em primeiro lugar, verifica-se uma preocupação com a inclusividade, ao se inserir na noção de qualidade intrínseca a ideia de distintiva, além de ressaltar o igual respeito e consideração. Também está prevista a dimensão de defesa e prestacional no conceito, como se observa na noção de assegurar contra atos de cunho degradante e desumano, assim como no que se refere à garantia de condições existenciais

<sup>135</sup> Atributo intrínseco da pessoa humana. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 51-53.

<sup>136</sup> Nesta perspectiva, o autor relaciona a noção de dignidade da pessoa humana com o contexto histórico-cultural de cada comunidade. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 66-67. Este debate remete ao universalismo e ao relativismo cultural.

<sup>137</sup> Interessante a discussão neste ponto da obra, pois, além de abordar a questão da intersubjetividade, o autor traz à pauta a dimensão política, o reconhecimento e a natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62-65.

<sup>138</sup> Ressalta-se neste ponto que o autor traz o conceito de dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, que apontaria para a existência de deveres para com a natureza não humana. Este conceito não será desenvolvido no presente trabalho. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70-71.

mínimas. Ainda, pode ser encontrada a dimensão social e até ecológica, no sentido de vida em comunhão com os demais seres humanos e respeito aos demais seres que integram a vida.

Neste ponto cumpre uma ressalva, o autor, após trazer o conceito, afirma que é da relação dinâmica e recíproca entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que o conteúdo de ambos, que não são idênticos, serão concretizados.<sup>140</sup>

Ingo Sarlet afirma também que a definição do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana depende da análise do caso concreto. Em seguida, informa que a doutrina e a jurisprudência já se encarregaram de algumas posições que integrariam o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. Resumidamente estariam abrangidos: o respeito e a proteção à integridade física; o direito a uma existência materialmente digna; a garantia da isonomia de todos os seres humanos; e a garantia da identidade pessoal do indivíduo, que se concretiza, dentre outros direitos, pelas liberdades, direito à privacidade, direito ao desenvolvimento da personalidade e autodeterminação.<sup>141</sup>

Ainda sobre a questão do conteúdo, é interessante trazer o posicionamento de Jorge Reis Novais, no sentido de que quando as Constituições acolhem o princípio da dignidade da pessoa humana, elas não estariam criando um conceito novo, mas dando vestes jurídicas a algo cujo conteúdo tinha uma carga histórica já sedimentada. Para o autor, a recepção jurídico-constitucional causa uma reconfiguração do princípio, mas o legado decorrente dos planos teológico, filosófico, ético e político, não deveriam ser ignorados pelo intérprete.<sup>142</sup>

O autor define, na mesma obra citada, o que para ele seria o núcleo caracterizador da dignidade da pessoa humana. Este núcleo seria composto, pelo menos, do seguinte: a ideia de um valor próprio, supremo e inalienável atribuído à pessoa só pelo fato de o ser; a ideia de igual respeito e consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar; a ideia da pessoa como fim e não como instrumento de interesses alheios; e a ideia de que é a

---

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 71.

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 104-105.

<sup>142</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 26-27.

pessoa individualmente considerada, e não como membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista, a exemplo da família, classe, casta, ou outros, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade.<sup>143</sup>

Sobre esse núcleo trazido por Jorge Reis Novais, cumpre chamar a atenção para a importância que foi dada à noção de pessoa, como valor moral supremo reconhecido pelo fato de o ser, independentemente de características específicas, comportamentos, ou de contextos relacionais.<sup>144</sup> Observa-se que o autor ressalta que esta pessoa deve ser considerada em sua singularidade. Além disso, o autor entende que a autonomia pessoal implica a consideração da pessoa como sujeito capaz de determinar o sentido de sua própria dignidade.<sup>145</sup>

Uma última observação a ser feita sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana também pode ser extraída de sua doutrina. O autor abriu um tópico em sua obra para discutir a dignidade como conteúdo dos direitos fundamentais. Neste tópico, o autor informa que uma alternativa encontrada para superar as dificuldades de delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana seria a sua perfeita identificação com o conteúdo dos direitos fundamentais. Apesar de não considerar tal equiparação errônea, afirma que ela seria dogmaticamente problemática.<sup>146</sup> Entende que existe uma interdependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e que, à medida que os direitos fundamentais são decorrências da dignidade da pessoa humana, a sua violação será uma violação daquela. Entretanto, é mais fácil discutir-se a violação direta do direito fundamental, que da dignidade da pessoa humana, não havendo assim ganho, além de mero efeito retórico, em se discutir diretamente a violação desta.<sup>147</sup>

Some-se a isso, o fato de que o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana e o dos direitos fundamentais é potencialmente diverso, ou seja, é possível se encontrar violações à dignidade da pessoa humana, cuja situação não esteja protegida por um direito fundamental específico. Assim como é possível que haja

---

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 62.

<sup>144</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 63.

<sup>145</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 65.

<sup>146</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 82 e 83.

<sup>147</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 84.

situação que viole direito fundamental, sem ofender a dignidade da pessoa humana.<sup>148</sup>

Tratada a questão do conteúdo, o debate será focado em dois outros aspectos sobre a dignidade da pessoa humana. O primeiro aspecto atine sobre a problemática de saber se a dignidade humana pode ser considerada um direito fundamental ou se possui outra natureza. O segundo aspecto tem por objetivo verificar se a dignidade humana possui um caráter absoluto ou relativo.

Discute-se na doutrina se o princípio da dignidade humana teria a natureza de um direito fundamental, ou de fonte de direitos fundamentais específicos. Entre os defensores da primeira corrente se encontra Oscar Vilhena que, apesar de reconhecer à dignidade o atributo de ser multidimensional, isto é, de estar ligada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, atribui a ela a natureza de direito fundamental que pode, inclusive, em alguns casos concretos, estar em colisão com outros direitos.<sup>149</sup>

De outro lado, entendendo que o princípio da dignidade possui natureza de fonte de direitos fundamentais mais específicos, encontra-se Daniel Sarmiento. Nos termos do autor, esta é a melhor posição, haja vista que se o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais, seria contraditório concebê-la com um direito autônomo.<sup>150</sup>

Em posição semelhante, o Ministro Barroso entende que a melhor abordagem também não seria se considerar a dignidade da pessoa humana como um direito autônomo, mas sim como princípio constitucional. Todavia, o mencionado autor traz mais algumas nuances ao tema. Primeiramente, entende que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais são categorias intimamente ligadas,

---

<sup>148</sup> Neste caso, para o autor, pode haver situação que ofenda direito fundamental, que só muito remotamente ofenderia a dignidade da pessoa humana. Ademais, há ofensas menos graves ou a aspectos marginais de direitos diretamente decorrentes da dignidade da pessoa humana, que não poderiam ser consideradas violações a essa. Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 85.

<sup>149</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60.

<sup>150</sup> Além disso, e em razão desta posição enunciada, o professor Daniel Sarmiento ressalva a necessária medida de cautela para o reconhecimento de direitos não enumerados, pois, em razão de seu regime jurídico-constitucional, poderão criar deveres ao Estado e limites à deliberação das maiorias políticas. Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 88-89.

ambas são uma abertura do sistema jurídico ao sistema de filosofia moral.<sup>151</sup> Em seguida, afirmando que a dignidade humana seria o alicerce de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e fonte de parte de seu conteúdo essencial, assevera que seria contraditório considerar a dignidade humana como um direito autônomo, sendo parte de diferentes direitos. Somado a isso, argumenta que ao se considerar a dignidade enquanto princípio constitucional, esta não seria ponderada com outros direitos, mas poderia ser com outros princípios constitucionais ou metas coletivas. No caso dos direitos fundamentais em colisão, ela atuaria como parâmetro externo.<sup>152</sup>

Diante das argumentações apresentadas pela doutrina pronunciada e o que já foi discutido no presente texto, entende-se que a melhor posição é apreender o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e fonte dos direitos fundamentais.

Cumpra, entretanto, trazer à baila o interessante posicionamento de Jorge Reis Novais que se utilizando do pensamento de Hanna Arendt, entende que através do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a pessoa se torna sujeito jurídico e que mais do que um direito, ou mais do que uma garantia, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada um “direito a ter direitos”.<sup>153</sup>

Analisa-se agora a problemática sobre o caráter absoluto ou relativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Como nos esclarece Daniel Sarmento, que alterou a sua posição a esse respeito<sup>154</sup>, há diversos autores que defendem a posição de um caráter absoluto à dignidade, que coincidiria com a filosofia de Kant. Além disso, o autor afirma que esta seria a posição adotada pela jurisprudência constitucional alemã, fazendo referência à decisão BVerfGE 115, 118 (2006) do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.<sup>155</sup> Entretanto, ressalva o autor que ao se considerar o princípio da dignidade humana como absoluto, a Corte alemã

---

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 67.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 67-68.

<sup>153</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 75.

<sup>154</sup> Em sua dissertação de mestrado o autor sustentava a natureza absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 94.

<sup>155</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 94-95.

acabou por reduzir em muito o seu âmbito de incidência, pois, por ser absoluto, não pode ser limitado. A limitação seria uma violação a um direito absoluto. Portanto, o que é protegido por um direito absoluto deve ser bem definido e estreito.<sup>156</sup>

Concordando com a crítica feita à posição da Corte alemã, Daniel Sarmento entende que é preferível a opção por um amplo âmbito de incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que seja a sua natureza relativa. Ademais, ressalva a existência de problemas práticos na escolha da natureza absoluta.<sup>157</sup>

No mesmo sentido, ou seja, reconhecendo a natureza relativa do princípio da dignidade humana se encontra Luís Roberto Barroso<sup>158</sup>. Esta também é a posição de Alexy, com algumas especificidades<sup>159</sup>.

Ainda nesta temática, Daniel Sarmento reconhece que há algumas concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana que possuem natureza absoluta, a exemplo da proibição da tortura, que jamais poderia ser justificada.<sup>160</sup> Luís Roberto Barroso, utilizando-se da imagem dos círculos concêntricos<sup>161</sup>, entende que a proibição da tortura se insere no círculo interno, que contém o conteúdo essencial do princípio, e, assim, gera diretamente direitos e deveres, ainda que não houvesse previsão específica.

Por fim, relevante a advertência de Daniel Sarmento, no sentido de que mesmo não sendo de natureza absoluta, o princípio da dignidade humana, em

---

<sup>156</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 95.

<sup>157</sup> Para o autor, a consideração da natureza absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana deveria gerar, por exemplo, a imediata soltura, ou o não encarceramento de pessoas, não importa o crime ou a periculosidade, se não houvesse locais de aprisionamento em condições condignas. Assim não agindo, estar-se-ia aceitando a ponderação entre a dignidade humana dos presos e o interesse social da segurança pública. Conforme: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 96-97.

<sup>158</sup> O citado autor entende que apesar de ser razoável entender que a dignidade humana deva prevalecer, há situações em que ela terá que ceder, ainda que parcialmente. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 64.

<sup>159</sup> Para Alexy há uma distinção entre o princípio da dignidade humana, que é relativo e pode ser sopesado, e a regra da dignidade humana, conteúdo do sopesamento. Assim, não seria o princípio absoluto, mas a regra. Além disso, a impressão de ser o princípio absoluto também decorre da existência de uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá sobre os demais. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113 e 114.

<sup>160</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 98.

<sup>161</sup> Barroso se utiliza, como reconhece, da imagem de círculos concêntricos de Ana Paula de Barcellos, para demonstrar a sua posição. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 65-66.

decorrência de sua importância moral e importância no ordenamento jurídico deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesses.<sup>162</sup>

Encerrada esta explanação, cumpre trazer, apenas a título ilustrativo, as funções desempenhadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Adota-se, assim, a divisão de funções da dignidade humana apresentada por Daniel Sarmento. Segundo o autor, as funções mais relevantes são: fator de legitimação do Estado e do Direito; norte para a hermenêutica jurídica; diretriz para ponderação entre interesses colidentes; fator de limitação de direitos fundamentais; parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares; critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.<sup>163</sup>

Como se observa, algumas das funções trazidas pela doutrina já foram objeto de estudo e outras serão estudadas em capítulos subsequentes, mas sem a preocupação de se exaurir a temática. Assim, as funções de legitimação do Direito, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados já foram debatidas, mesmo que brevemente.

Ressalta-se que, dentre as funções da dignidade, também é possível incluir a função de ser aplicada diretamente e gerar obrigação para o Estado ou particular, na ausência de direito específico. Sem aprofundar essa discussão, cabe lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não possuir natureza de direito fundamental, segundo o entendimento deste texto, compõe o ordenamento jurídico e deve possuir força vinculante. Assim, é possível se admitir a sua aplicação direta para a salvaguarda de pessoa, na ausência de direito fundamental específico.

#### **1.4 Interpretação dos direitos fundamentais**

O presente tópico tem por finalidade estudar, ainda que de forma sumária, o processo de interpretação do direito e, em particular, a interpretação dos direitos fundamentais e suas especificidades. Observa-se que a discussão sobre a interpretação dos direitos fundamentais tornou-se matéria essencial para o entendimento dos próprios direitos. Além disso, trata-se de tema que se insere no

---

<sup>162</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 98.

<sup>163</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 77.

âmbito de boa parte do debate constitucional contemporâneo. Registre-se que não será possível abordar todos os aspectos que envolvem a matéria.

#### 1.4.1 Noções introdutórias e discussões doutrinárias

Para iniciar esta discussão, cumpre trazer um conceito tradicional de interpretação. Para Carlos Maximiliano, que reconhece a distância entre o texto abstrato e o caso concreto, interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Tratar-se-ia da busca pela fixação do verdadeiro sentido da regra positiva e, logo após, o seu respectivo alcance. Acrescenta, ainda, que a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.<sup>164</sup>

Observando-se a sua conceituação, cumpre registrar a sua clareza e objetividade, bem como a sua utilidade como primeira aproximação ao assunto. Contudo, há muitos pontos que não estão abrangidos pelo mencionado conceito, que envolvem, inclusive, questões de ordem filosófica.

A forma de interpretação considerada clássica está direcionada no sentido de que caberia ao intérprete revelar a vontade contida na norma jurídica. Sendo que essa vontade poderia ser considerada a vontade do legislador histórico, ou a vontade autônoma da lei.<sup>165</sup> Utiliza-se nesta forma tradicional do método de subsunção, que se trata de uma operação lógico-formal de silogismo, pelo qual o intérprete verifica se os fatos informados identificam-se com a hipótese de incidência da lei.<sup>166</sup>

Entretanto, essa noção clássica de interpretação, que confiava na racionalidade do legislador e restringia a atuação do intérprete vem se modificando, especialmente em decorrência de influências da filosofia<sup>167</sup>.

Considera-se que houve duas mudanças importantes no campo filosófico que influenciaram o debate contemporâneo sobre a interpretação jurídica. Tais

---

<sup>164</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 1.

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 474-475.

<sup>166</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 396.

<sup>167</sup> O presente trabalho não tem a pretensão de discutir as influências que a Filosofia acarretou sobre a interpretação do Direito. Tal discussão demandaria um profundo estudo, o que supera os objetivos e limites do presente texto. Contudo, é importante que sejam feitos alguns breves apontamentos, que podem auxiliar no desenvolvimento do trabalho, ainda que se reconheça a superficialidade na abordagem deste complexo tema.

mudanças foram a virada Kantiana e o giro linguístico. A virada Kantiana surge na segunda metade do século XX, em contraposição ao relativismo ético, segundo o qual o conceito de justiça não poderia ser definido de forma objetiva. Para evitar que experiências como o nazismo se repetissem, houve uma preocupação por estabelecer princípios de justiça e uma aproximação entre o Direito e a Moral.<sup>168</sup>

Com relação ao giro linguístico, o foco da filosofia, que se centrava na consciência do sujeito, se transfere à comunicação intersubjetiva, cuja mediação é feita pela linguagem. Há uma cisão com o modelo de separação entre sujeito e objeto. As duas principais correntes que se formam nesta filosofia são a analítica e a hermenêutica. Tratando-se especificamente da corrente hermenêutica, anote-se que esta foca na discussão da interpretação. Esta interpretação seria realizada por seres que compartilham valores, tradições e preconceitos. A interpretação jurídica, nestes termos, não se resumiria à extração do real alcance e sentido do texto, uma vez que manifesta a pessoa do intérprete, inserido em determinada comunidade.<sup>169</sup>

Nos termos dos ensinamentos de Lenio Streck, o giro linguístico corresponde a uma ruptura com a filosofia da consciência, fundada no paradigma da subjetividade. Trata-se, segundo informa, da invasão da linguagem no campo da filosofia, que transfere o conhecimento para o âmbito da linguagem. É na linguagem que se dá a ação e o sentido, e não na consciência.<sup>170</sup>

Ainda neste sentido filosófico, é bem interessante trazer os posicionamentos de Inocêncio Mártires Coelho. O mencionado autor inicia o seu texto tratando sobre as contribuições trazidas pela hermenêutica filosófica contemporânea, segundo a qual a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento, ou de uma situação pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se pretende compreender. Além disso, informa que o ser do intérprete é o seu modo de estar no mundo, isto é, o intérprete, como homem, está historicamente datado, o que torna a sua cosmovisão parcial, uma vez que restrita à sua própria perspectiva. Assim, uma análise realista do processo de interpretação e aplicação do direito, exigiria uma análise de elementos e de fatores constitutivos da personalidade dos sujeitos da

---

<sup>168</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 400-401.

<sup>169</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 401.

<sup>170</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Ver. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 14-15.

interpretação.<sup>171</sup> Portanto, a realidade sempre se apresentará para o intérprete em perspectiva e o ponto de vista individual é o único a partir do qual o ser humano pode ver o mundo. O intérprete está impregnado de elementos sociais e culturais, que guiarão a sua compreensão sobre a matéria.<sup>172</sup>

Diante disso, verifica-se que na compreensão, elemento necessário à interpretação, há a influência da pré-compreensão que se tem sobre a matéria. No mesmo sentido, há a influência dos elementos componentes da personalidade e de fatores sociais, culturais e históricos do próprio intérprete o que, ao final, gera apenas a realidade sobre a perspectiva de cada um. Desta constatação, o autor assume que através de uma relação intersubjetiva de diálogo em condições discursivas ideais, em que os interlocutores sejam tratados como sujeitos livres e iguais, sendo reconhecidos democraticamente todos os argumentos, são formas genuínas de busca pela verdade.<sup>173</sup>

Diante do que foi dito, constata-se a importância dada pela hermenêutica ao conceito de pré-compreensão. Este conceito reconhece que o intérprete é um ser inserido na cultura e na história da comunidade da qual faz parte, o que influenciaria, inclusive, a sua própria concepção de mundo. Reconhece também que o intérprete leva para o processo hermenêutico esta bagagem e tenta antecipar a solução do problema que lhe é apresentado, com fundamento em sua pré-compreensão.<sup>174</sup>

A pré-compreensão, desta forma, seria o ponto de partida para o círculo hermenêutico<sup>175</sup>, isto é, o processo de testar a antecipação da solução para o

---

<sup>171</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 15-16.

<sup>172</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 17-18.

<sup>173</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 21-22.

<sup>174</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 421.

<sup>175</sup> Gadamer, trabalhando sobre o pensamento de Heidegger a respeito do círculo hermenêutico, enfatiza que cabe ao intérprete deixar-se determinar pelas coisas elas mesmas. A compreensão do texto partiria de um projeto prévio, que deve ser constantemente revisado à medida que se avança no sentido. Seria no reprojeter que se encontra o movimento de sentido do compreender e do interpretar. Os projetos, enquanto antecipações, devem ser confirmados nas coisas. Conforme: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 401-402.

problema, levando-se em consideração elementos como o texto da norma, o sistema, as consequências práticas da decisão e outras. A antecipação da solução pode, ou não, ser confirmada na concretização da norma, mas é importante que o intérprete esteja aberto aos elementos normativos e concretos, e que não se recuse em rever a sua pré-compreensão.<sup>176 177</sup>

Ressalte-se que Konrad Hesse, após informar que o intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, o que traria um primeiro esboço de solução, necessitando de uma análise mais profunda, afirma que a tarefa de fundamentação da pré-compreensão é uma tarefa de teoria constitucional.<sup>178</sup>

Feitas estas observações, que reforçam o papel e a importância da pré-compreensão para a hermenêutica, cabe neste momento trazer os argumentos de Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento, que fazem uma crítica à ideia de fidelidade à pré-compreensão, como caminho para a melhor resposta à interpretação e recusa a recurso metódico. Para estes autores, em primeiro lugar, em sociedades plurais há diferentes concepções de mundo, o que acarreta a existência de diversas pré-compreensões e dificulta a defesa da fidelidade. Além disso, chama-se a atenção para o fato de que as tradições e práticas sociais que compõem a pré-compreensão podem estar impregnadas de opressão e assimetria. Assim, a pré-compreensão deve ser submetida ao crivo da razão crítica. Por fim, o uso do método é relevante, em função de ser instrumento de controle do arbítrio do intérprete.<sup>179</sup>

Retomando a abordagem de Inocêncio Mártires Coelho, o autor inclui o direito como um fenômeno cultural, que exigiria para o seu conhecimento de um método empírico-dialético. Por esse método de compreensão, ocorre um movimento circular de volta ao início, que vai progressivamente enriquecendo o objeto com novas

---

<sup>176</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 421-422.

<sup>177</sup> Gadamer destaca que o que importa é tomar consciência das próprias antecipações, para que o texto possa se apresentar e seja possível o confronto entre as verdades deste e as opiniões prévias. Conforme: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 405.

<sup>178</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-110.

<sup>179</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422.

interpretações, que superam e, ao mesmo tempo, conservam e absorvem os significados anteriores. De acordo com o jurista, é um dialético levar adiante.<sup>180</sup>

Inocêncio Mártires Coelho, assim como já havia se observado em Carlos Maximiliano, reconhece a dificuldade da interpretação que decorre da distância entre a generalidade e abstração da norma e a singularidade da situação concreta. A partir disso, o autor caminha em sua argumentação no sentido de que somente através de sua aplicação concreta é que se revela o conteúdo de uma norma, sendo esta aplicação concreta feita por um operador situado historicamente e condicionado por ideias e valores. Some-se a isso que a cada concretização, os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, tornando-se precedentes, que poderão ser alterados em um processo dialético da compreensão como uma atividade infinita, uma vez que, em momento histórico posterior, poderá surgir uma nova interpretação que se mostre mais adequada.<sup>181</sup>

Chama a atenção a observação feita pelo autor no sentido de que a criatividade do intérprete, que pode criar novas leituras sobre os enunciados normativos<sup>182</sup>, acarreta uma solução muito mais rápida aos conflitos de interesse que a resposta dada pelo Legislador. Além disso, no que se refere à jurisdição constitucional, o exercício criativo não conheceria limites, haja vista que, dentre outros fatores, a atividade interpretativa se desenvolveria, em sua maior parte, sobre enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos e os membros das Cortes Constitucionais seriam os intérpretes finais da Constituição, podendo ser considerados variantes do poder legislativo.<sup>183</sup>

Cumprir fazer algumas ressalvas a partir das afirmações do autor. Em primeiro lugar não se pode deixar de atentar para o fato de que a criatividade de

---

<sup>180</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 52-55.

<sup>181</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 55-57.

<sup>182</sup> Esse processo informal de modificação da Constituição recebeu o nome de mutação constitucional, ou transição constitucional. Muda-se o sentido, sem mudar o texto. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228.

<sup>183</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57-58.

intérpretes constitucionais encontra limite na necessária legitimação democrática das decisões. Ademais, entendem-se pertinentes as críticas feitas sobre a afirmação de que a Corte Constitucional daria a última palavra na interpretação constitucional, haja vista que, dentre outros fatores, a própria Corte pode modificar o seu entendimento, que não está petrificado, além da possibilidade da ocorrência de diálogos interinstitucionais.<sup>184</sup> Destarte, o texto constitucional em si deve ser considerado um limitador a certas interpretações.

O autor entende que é uma exigência ontogenosiológica, que é inerente ao ser e ao conhecer da realidade jurídica, a fusão como momentos distintos, mas complementares, da produção, da interpretação e da aplicação do direito. E conclui que é através da hermenêutica do ajustamento entre normas e fatos, o que inclui a compreensão, interpretação e aplicação do direito, que o juiz reduz a distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto. O juiz criará a norma

---

<sup>184</sup> De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, a interpretação da Constituição não cabe somente ao Supremo Tribunal Federal, podendo a atividade interpretativa ocorrer em diálogo permanente entre a corte suprema e outros órgãos do Poder Judiciário, além do Parlamento, do governo, da sociedade e da academia. Trata-se, portanto, da doutrina da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle. No caso brasileiro, podem ser considerados como atos que indiquem um direcionamento no sentido da mencionada doutrina, o aumento dos legitimados para a propositura de ações de controle de constitucionalidade e a utilização nestes processos da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, o que aumenta a participação da sociedade na tomada de decisão. Os mesmos autores lembram, e isso é fundamental, que é através da interpretação fora da corte e da permeabilidade da interpretação e da decisão judicial às expectativas normativas da esfera pública que se gera a sua legitimidade democrática. Ainda dentro desta temática, os autores trazem ao debate a questão dos diálogos interinstitucionais e sociais e da última palavra. Os autores afirmam que o entendimento convencional é de que cabe ao STF, dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. Em seguida, posicionam-se no sentido de discordância a esta premissa, com fundamento sob o ângulo descritivo e prescritivo. Do ponto de vista descritivo, entendem que a premissa é equivocada, pois em muitos casos, não há sequer que se falar em última palavra. Há a possibilidade que reações contrárias à interpretação sejam suficientes para alterar a posição da Corte. Podem ser citadas como possibilidades de reação à posição da Corte a aprovação de emendas à Constituição em sentido contrário; a nomeação de novos Ministros com posicionamento diferente e a mobilização da opinião pública para influenciar os magistrados a reverem o seu posicionamento. Assim, para os autores a decisão da Corte Constitucional tem grande relevância no diálogo, mas pode não encerrar o debate constitucional sobre uma questão controversa. Na perspectiva prescritiva não seria mais adequado dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional a um órgão, haja vista a possibilidade de equívocos. Assim, melhor seria permitir a possibilidade de correções, com base no diálogo. Ressaltam que em uma democracia qualquer decisão dos poderes públicos permite discussão e crítica. Trata-se, desta forma, de uma linha tênue entre permeabilidade de subserviência. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 403-406. Seguindo caminho um pouco diverso, mas com a mesma finalidade, isto é, trazer maior legitimidade democrática para a interpretação e solucionar a questão da última palavra, Paulo Bonavides entende que há a necessidade da introdução dos direitos fundamentais de quarta geração, que abrangem a democracia, a informação e o pluralismo. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 664.

concreta.<sup>185</sup> O processo hermenêutico se daria, através da relação existente entre os horizontes do texto normativo e do intérprete, o que enriqueceria a perspectiva deste último.<sup>186</sup>

Feitas essas ponderações, verifica-se que elas demonstram a importância do intérprete e do processo de interpretação para a aplicação do direito ao caso concreto e se somam ao reconhecimento de que o intérprete carrega no ato de interpretar uma pré-compreensão do que há de ser compreendido, na qual se inserem seus próprios elementos enquanto pessoa historicamente datada. Além disso, assumindo-se que o ato de interpretar, além de ato de compreensão é também um ato de vontade, constata-se a necessidade de se buscar mecanismos para que a interpretação e a aplicação do direito não se tornem mero subjetivismo.<sup>187</sup>

Diante desse ponto de vista apresentado, verifica-se a grande importância da busca por mecanismos e critérios para que a interpretação seja racional, objetiva e controlável, como forma de se garantir legitimidade, assim como o respeito à ideia de Estado de Direito.<sup>188</sup>

Para que seja possível o controle das decisões que realizam a interpretação e a aplicação do direito são sugeridos alguns caminhos por Inocêncio Mártires Coelho. Um primeiro refere-se à utilização de critérios de interpretação objetivos e racionais. Além disso, há especial preocupação quanto à fundamentação destas decisões, haja vista que é a motivação que assegura a sua racionalidade, somada à relevância do respeito ao princípio do devido processo legal. No mesmo caminho, observa-se, que o aplicador do direito não é autorizado a dar significado arbitrário aos enunciados normativos, isto é, não cabe a este ir além do sentido linguisticamente

---

<sup>185</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 62-64.

<sup>186</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 68.

<sup>187</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 70.

<sup>188</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 68-69.

possível, concebido ou fixado pela comunidade. Trata-se de um limite objetivo à interpretação. A letra da lei é o ponto de partida para o intérprete, assim como o seu limite. Por fim, deve ser considerado o caráter unitário do processo de interpretação, ou seja, as suas fases devem ser tidas por uma unidade de compreensão com a aplicação de todos os métodos de interpretação de forma integrada e complementar.<sup>189 190</sup>

Para Konrad Hesse o processo de concretização, que será vinculado pela norma, se dá por uma atuação tópica, ou seja, através da utilização e prova de pontos de vista que fundamentem a decisão mais convincente. Tais pontos de vista devem se relacionar ao problema concreto, estando o intérprete vinculado a elementos de concretização e diretrizes contidas na Constituição. Para a compreensão do texto podem ser utilizados os métodos tradicionais de interpretação, a dogmática e os precedentes. Além dessa compreensão, que se insere no programa normativo, o intérprete também deve se atentar para os dados do âmbito normativo em relação ao problema.<sup>191</sup> Finalmente, afirma que em situações de relação entre várias normas, como no caso de delimitação de direitos fundamentais, seria possível uma solução fundada na coordenação objetiva das relações ou âmbitos vitais e exposição dos pontos de vista que sustentam essa coordenação.<sup>192</sup> Cabendo registrar que para o mesmo autor o objetivo da interpretação constitucional, que se confunde com a concretização, é chegar ao resultado constitucionalmente correto, pelo uso de procedimento racional e controlável, cujo resultado deve ser fundamentado da mesma maneira, o que acarretaria certeza e previsibilidade jurídica.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 69-82.

<sup>190</sup> Gadamer reconhece o processo hermenêutico como um processo unitário em que se inserem a compreensão, a interpretação e a aplicação. Conforme: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 460.

<sup>191</sup> Sublinha-se que a noção de programa normativo e âmbito normativo serão abordados em nota de rodapé à frente.

<sup>192</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111-113.

<sup>193</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

Ressaltando-se que o processo de concretização é unitário, é importante trazer a distinção entre alguns conceitos básicos, quais sejam: interpretação, aplicação e concretização. Interpretar, como adiantado, consiste em atribuir sentido, significado ao texto normativo com a finalidade de decidir problemas concretos.<sup>194</sup> A aplicação de uma norma jurídica, por sua vez, é o momento final do processo interpretativo.<sup>195</sup>

Por fim, a concretização, segundo Canotilho, seria o processo de densificação de regras e princípios constitucionais, que vai do enunciado normativo até a norma de decisão para a solução do problema, passando pela norma jurídica. Para este autor, a concretização não é igual à interpretação da norma.<sup>196</sup> Posição diversa é adotada por Konrad Hesse, no sentido de identificar a interpretação constitucional com a concretização.<sup>197</sup>

Realizadas essas avaliações de ordem mais genérica sobre a mudança de perspectiva da hermenêutica. Caminha-se para a discussão do tema no âmbito do direito constitucional e em especial dos direitos fundamentais. Também nesta seara é importante iniciar pelo novo olhar publicista que recebeu o processo interpretativo.

#### 1.4.2 Interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais

Como bem esclarece Paulo Bonavides, a interpretação da Constituição não era uma questão até o final da primeira metade do século XX. Até aquele momento histórico, utilizavam-se na interpretação da Constituição das técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame do texto normativo. Tratava-se da metodologia do positivismo, fundada no dedutivismo formalista, aplicado, sobretudo ao Direito Privado. As principais críticas do autor a esse modelo referem-se, em primeiro lugar, ao fato de que ele equiparava a Constituição à lei e não a tinha como direito, o que embargava a sua normatividade e dificultava a sua juridicidade. Ademais, o modelo excluía da hermenêutica a consideração dos princípios e

---

<sup>194</sup> Neste sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.200.

<sup>195</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 263.

<sup>196</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.201.

<sup>197</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

valores, tecido material e substrato estrutural da Constituição e dos direitos fundamentais, sem os quais não haveria concretização por falta de pré-compreensão.<sup>198</sup>

Como se observa, os métodos tradicionais de interpretação faziam sentido nas Constituições normativas do século XIX, que fundavam o Estado de Direito individualista e liberal, onde prevalecia o dualismo entre Estado e sociedade. De acordo com este modelo de Estado constitucional mostrava-se possível o uso de método lógico, que considerava a Constituição no sentido formal, pois estaria de acordo com a ideologia liberal.<sup>199</sup>

A partir da segunda metade do século XX, surge a Nova Hermenêutica, que seria a própria teoria material da Constituição e que teria por matéria-prima valores e princípios. As consequências desta nova hermenêutica seriam, dentre outras: a reconstrução do Direito Constitucional; a formação de uma teoria material da Constituição; a elaboração de uma teoria hermenêutica de interpretação da Constituição, mais ampla, e de outra de interpretação dos direitos fundamentais; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional; o reconhecimento da eficácia dos princípios gerais de direito, convertidos em princípios constitucionais e a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais.<sup>200</sup>

Tratar-se-ia de uma hermenêutica pensada para um novo tipo de Estado social, onde se encontra uma interpenetração entre Estado e sociedade. Segundo afirma, a interpretação não se volta mais para a vontade do legislador ou da lei, entregando-se à vontade do intérprete.<sup>201</sup>

De acordo com o desenvolvimento de seu pensamento, Paulo Bonavides entende que com o declínio do positivismo jurídico, o antigo direito Constitucional, que tinha o seu vetor de estudos centrado na parte organizacional e, em específico, na separação de poderes, passa a ter um objeto de estudo substancial, isto é, os

---

<sup>198</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 613.

<sup>199</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 475-477.

<sup>200</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 613-615.

<sup>201</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 488.

direitos fundamentais.<sup>202</sup> Trata-se de mudança paradigmática que situa a pessoa humana e seus valores no centro do sistema jurídico.

Outro ponto a que o autor chama a atenção refere-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Esta dimensão objetiva, segundo entende, teria modificado a relação direta, exclusiva e unidimensional existente entre pessoa e Estado, que teria característica de subjetivismo individualista, para uma relação mais ampla, com característica pluridimensional, plurifuncional e de *status positivus*, que reconciliaria cidadão, sociedade e Estado. Desta nova dimensão resultaria uma série de consequências, entre as quais, destacam-se as seguintes: a irradiação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito; a elevação de tais direitos à categoria de princípios; a aplicação de regime jurídico diferenciado; a dimensão axiológica dos direitos fundamentais; o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante e a introdução da noção de pré-compreensão.<sup>203</sup>

Dentro desta modificação, resultante da Nova Hermenêutica, haveria, nos termos do autor, normas constitucionais que se interpretam e normas que se concretizam. Enquanto na Velha Hermenêutica positivista havia a subsunção, a Nova Hermenêutica, pós-positivista e fundada na teoria material de valores, trouxe o conceito de concretização utilizado para a interpretação de direitos fundamentais e demais preceitos amplos, vagos e maleáveis.<sup>204</sup>

Os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, lógico, sistemático e histórico), oriundos da hermenêutica de Savigny, são considerados inadequados para a interpretação dos direitos fundamentais. Estes métodos têm a pretensão de ser valorativamente neutros em sua aplicação, seguindo regras formais estabelecidas. Destarte, os direitos fundamentais possuem peculiaridades que não conseguem ser observadas por tais métodos, o que demanda a criação de técnicas e meios específicos.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 616.

<sup>203</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 619-620.

<sup>204</sup> Além do disposto acima, destaca-se a seguinte afirmação do autor: “Em suma, o pós positivismo, de raízes manifestamente axiológicas, elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional.” Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 622-623.

<sup>205</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 624.

Sem negar a necessidade da criação de meios específicos para a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, entende-se que os elementos que compõem o método clássico de interpretação não devem ser descartados, pois permanecem relevantes no campo constitucional, mas com certas peculiaridades.<sup>206</sup>

Seguindo em seu raciocínio jurídico, Paulo Bonavides reconhece, assim como já se observou em Inocêncio Mártires Coelho, a importância da pré-compreensão para a interpretação. Nos termos do autor, há uma pré-compreensão individual dos aplicadores do direito e, concorrendo para a eficácia da Constituição, há uma pré-compreensão social. Nesta residem elementos fáticos e preestruturais, necessários à concretização dos direitos fundamentais. Destarte, o autor traça a relação entre essas noções e um conceito de Constituição aberta, que torna possível desenvolver o que este designou de conceito de inconstitucionalidade material, decorrente de leis formalmente adequadas, mas que podem violar valores, princípios, elementos e bens jurídicos oriundos da dignidade humana.<sup>207</sup> Nessa mesma linha, ressaltando a gravidade da inconstitucionalidade material, são as palavras do autor:

Os direitos fundamentais são as bússolas das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.<sup>208</sup>

Arremata o autor dizendo que não há constitucionalismo sem direitos fundamentais e que não há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material, cujo norte leva ao princípio da igualdade.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Este é o entendimento de Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento, que, dentre outros exemplos de peculiaridades na interpretação constitucional, lembram que a interpretação gramatical, no campo constitucional possui duas singularidades. Em primeiro lugar, em razão de a Constituição ter preceitos vagos e abertos, há uma demanda por uma atuação construtiva do intérprete. A segunda singularidade relaciona-se com o fato de que as palavras na Constituição devem ser como regra, interpretadas em seu sentido comum. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 413.

<sup>207</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 632.

<sup>208</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 633.

<sup>209</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 633.

Registre-se que o presente texto segue o entendimento de que, para a correta interpretação dos direitos fundamentais, é preciso analisá-los como um sistema, cujo fundamento principal, e neste ponto se discorda de Paulo Bonavides, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste momento é importante trazer, como foi ressaltada pela doutrina de Paulo Bonavides, a relação existente entre a teoria de direitos fundamentais escolhida e a hermenêutica constitucional. O jurista, apoiando-se nos autores alemães e, em específico na classificação de Ernest-Wolfgang Böckenförde, traça um panorama das teorias de direitos fundamentais e da sua utilização como pré-compreensão para a interpretação constitucional. Informa, inclusive, da possibilidade de utilização combinada ou isolada das teorias. Registre-se que Bonavides, citando Böckenförde, afirma que a aplicação de cada teoria de direitos fundamentais gera consequências de amplo alcance, que podem implicar em mudança de conteúdo, ou transformação material da ordem constitucional.<sup>210</sup>

Utilizando-se da classificação de Böckenförde como base, Paulo Bonavides trabalhou com as seguintes teorias dos direitos fundamentais: a teoria liberal, a teoria institucional e a teoria dos valores. Entretanto, ressalva que toda teoria dos direitos fundamentais é, em si, uma teoria dos valores.<sup>211</sup>

A teoria liberal desenvolveu-se a partir dos valores do Estado liberal. Esta teoria tem por base jurídica a posituação dos princípios de direito natural. Baseou-se na ideia de limitação de poderes do Estado e participação na vontade soberana. Um de seus traços característicos é a colocação do centro de gravidade dos direitos fundamentais na pessoa de seu titular, o indivíduo livre, fazendo a sociedade e o Estado estarem a sua volta. O indivíduo seria o valor primário e referencial da sociedade. A liberdade do indivíduo, por sua vez, seria indefinida e subjetiva, um atributo da personalidade. Essa liberdade seria, em tese, juridicamente ilimitada, enquanto a intervenção estatal sofreria limites e controle. Neste ponto, o autor relembra a importância do princípio da proporcionalidade como controle a limitações

---

<sup>210</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 640-641.

<sup>211</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 645.

feitas aos direitos fundamentais. Portanto, quem se utiliza da concepção liberal de direitos fundamentais, deve interpretá-los a partir destas teses.<sup>212</sup>

A teoria institucional, formulada no sentido de superação da ideia subjetiva dos direitos de liberdade, caminha no sentido da concepção da dimensão objetiva desses direitos e, assim, de novas gerações de direitos fundamentais. A adoção desta teoria teria trazido algumas consequências. Em primeiro lugar, teria alargado o círculo medular da normatividade de proteção desses direitos. A lei deixa de ser instrumento de limitação de direitos e passa a servir como mecanismo de sua promoção. A lei confere conteúdo à liberdade, pois se considera que esta se constitui e se concretiza na instituição. Assim, a lei não restringe a liberdade na acepção individualista, pois tais limitações são construtivas e já pertencem ao próprio conceito de liberdade. A segunda consequência jurídica mencionada diz respeito ao conceito de liberdade, que ficaria gravado de teor finalístico, afastando-se do conceito genérico e abstrato da concepção anterior. Trata-se da liberdade dirigida a um determinado fim, que possui relação com a realidade. O conceito de direitos fundamentais em si se legitima não na subjetividade individual, mas na objetividade material e social.<sup>213</sup>

Ainda neste contexto da teoria institucional dos direitos fundamentais, o autor informa a existência de duas fases. A primeira fase se inspira na doutrina de Carl Schmitt. A segunda fase da teoria institucional, considerada contemporânea, está especialmente associada aos ensinamentos de Häberle.<sup>214</sup> Nos termos da concepção de Häberle, a construção do modelo institucional comunicar-se-ia com a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, o que dissolveria a antinomia entre as dimensões individual e institucional dos direitos de liberdade. Sua teoria se assentaria sobre relações mútuas entre o lado subjetivo-individual e o lado objetivo-institucional. Desta aproximação e de sua equiparação valorativa surge a essência do direito fundamental. Há na teoria de Häberle, segundo Bonavides, uma

---

<sup>212</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 646-648.

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 651-652.

<sup>214</sup> Enquanto para Schmitt a liberdade e os direitos fundamentais eram incluídos na instituição, que possuía um paralelo com a lei e permitia uma ação legislativa limitativa de direitos fundamentais. Para Häberle, a limitação à atuação restritiva dos direitos fundamentais não se limitaria às cláusulas de intangibilidade do texto da Constituição, conforme entendimento positivista, consistindo também no emprego do princípio da proporcionalidade. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 653-655.

preponderância do elemento objetivo, mas não se suprime ou se questiona o elemento subjetivo, que é defendido. Assim, permaneceria o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais inserido no objetivo.<sup>215</sup>

Por fim, chega-se à análise da teoria dos valores. Nos termos de Bonavides, a teoria valorativa dos direitos fundamentais, que estaria tomando lugar da teoria institucional, passa por dois períodos constitutivos em sua formação. O primeiro teórico e abstrato, cujo norte se encontraria em inquirir nos valores a essência dos comportamentos humanos e sociais. O outro, que decorreria de concepções extraídas da realidade jurídica, isto é, dos valores que formam o espírito e a unidade do ordenamento positivo, captados pela jurisprudência dos tribunais.<sup>216</sup> Chegando-se à seguinte conclusão: “[...] só os direitos fundamentais como ordem valorativa legitimam o poder do Estado”.<sup>217</sup>

O primeiro período compreenderia o momento filosófico e o jurídico. No filosófico, fundado pela ética material dos valores, os direitos fundamentais constituiriam a expressão de valores objetivos. O momento jurídico que se baseia, neste tempo, nos debates da Constituição de Weimar, teve como figura destacada, o autor Rudolf Smend. Com base em postulados axiológicos, este autor criou o método científico-espiritual de integração da Constituição, criando um conceito novo de Constituição e de direitos fundamentais. Além disso, sua conceituação serviu como ponto de partida para as novas correntes metodológicas de interpretação.<sup>218</sup> Para Rudolf Smend, os direitos fundamentais inserem-se no processo integrativo da ordem estatal, pois são sempre os direitos fundamentais de uma coletividade, relacionados aos valores que compõem a expressão integrativa do ordenamento

---

<sup>215</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 655-656.

<sup>216</sup> É interessante ressaltar que estes valores corresponderiam à “moralidade positivada”, trazida por Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Para os autores, esta seria diversa da “moralidade crítica”, que problematizaria os valores positivados, para apurar se são justos. Encerram, afirmando da importância de ambos. A moralidade positivada por corresponder à identidade política e cultural de um povo e a moralidade crítica por seu efeito emancipatório. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 433.

<sup>217</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 657.

<sup>218</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 658.

jurídico-espiritual. Em razão disso, não se identificam com a versão genérica, abstrata e universalista dos direitos humanos.<sup>219</sup>

O segundo período da teoria axiológica dos direitos fundamentais inicia-se em razão da contribuição da jurisprudência constitucional. Observa-se que a partir das contribuições jurisprudenciais aos direitos fundamentais desenvolveu-se a obra de autores como Robert Alexy e Friedrich Müller, que trouxeram diversos progressos interpretativos.<sup>220</sup> Esta contribuição jurisprudencial, denominada jurisprudência dos valores, desenvolveu-se na Alemanha, após a II Guerra Mundial. O Tribunal Constitucional alemão trabalhou sobre a concepção de que a Constituição não seria valorativamente neutra. Seria, em verdade, uma ordem de valores que possui no seu centro a dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada, promovida e garantida.<sup>221</sup>

A teoria dos valores, ligada à ideia de um sistema abstrato de valores, foi objeto de críticas, dentre as quais se encontram a alegação de falta de democracia e os riscos de autoritarismo judicial.<sup>222</sup> Para Böckenförde, nos termos de Bonavides, apesar das críticas, a teoria dos valores auxilia para a solução de problemas que envolvem colisão de direitos fundamentais, mútuo entrelaçamento interferencial e determinação de seus limites.<sup>223</sup>

De acordo com Paulo Bonavides, é o sistema de valores que faz a unidade da Constituição. O princípio da unidade da Constituição é a esfera onde se movem os direitos fundamentais. Todavia, os problemas da enunciação de um sistema de valores se encontrariam no seguinte: o estabelecimento de uma hierarquia desses valores; a sua compatibilização na dimensão objetiva e a sua aplicação ao caso concreto, tornando-os exequíveis e resolvendo as dificuldades do binômio valor e

---

<sup>219</sup> Além disso, Paulo Bonavides acrescenta, sobre este posicionamento, que o direito fundamental seria valor e não norma no sentido do positivismo normativista, e sua função seria legitimar o poder do Estado, haja vista ser ordem objetiva de integração. O direito fundamental adquire sentido com conteúdo valorativo, que deve orientar a interpretação. Surge o método científico-espiritual e hierárquico-valorativo, segundo o qual os direitos fundamentais são tratados como valores. Também se modifica o conceito de Constituição em Smend, que seria um sistema de valores. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 658-659.

<sup>220</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 660.

<sup>221</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 431.

<sup>222</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 432.

<sup>223</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 660.

norma. Por se tratar de interpretação de direitos fundamentais, questiona o autor se eles são valores ou normas. Em resposta, o autor traz a posição de Friedrich Müller, para quem os direitos fundamentais são normas, devendo os juristas interpretá-los como tal.<sup>224</sup>

Seguindo um mesmo sentido, é informada a posição de Böckenförde, para quem não há fundamento racional para o uso de valores no processo de interpretação, assim como para a criação de uma hierarquia destes. Ato contínuo, entende que as decisões de conflitos entre direitos fundamentais, baseadas em ponderações de valores, também carecem de fundamentação. Tudo isto, nas observações do autor, encobriria o decisionismo dos juízes. Aumentam-se as possibilidades de subjetivismo da pré-compreensão do intérprete o que pode afetar a segurança jurídica.<sup>225</sup>

Para Paulo Bonavides, apesar das críticas apresentadas à teoria dos valores, estas poderiam ser removidas pelo emprego de “[...] técnicas legitimadoras de racionalidade política, de fundo democrático”.<sup>226</sup> Para isto, menciona que haveria a necessidade de uma reforma de conceitos como direitos fundamentais, Constituição, separação de poderes e interpretação, o que ocorreria no terceiro período da teoria dos valores. Esse novo período, preocupado com a legitimação do poder, já se encontra em andamento, conforme as correntes que qualificam os direitos fundamentais como princípios.<sup>227 228</sup>

Neste ponto de sua obra, Paulo Bonavides questiona qual a teoria de direitos fundamentais deveria prevalecer e continua com uma exposição dos elementos que entende necessários para uma hermenêutica adequada. Inicia, então, retomando a teoria dos valores.

---

<sup>224</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 660-661.

<sup>225</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 661-662.

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 662.

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 662-663.

<sup>228</sup> Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento informam as seguintes maneiras de minimização do risco de interpretações arbitrárias: a primeira é a adoção da ideia de sociedade aberta de intérpretes constitucionais e a segunda refere-se à cobrança do rigor metodológico na interpretação constitucional. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 434.

A teoria dos valores e, mais especificamente os próprios valores, receberam grande importância e normatividade à medida que estes foram qualificados como princípios e colocados no topo da hierarquia constitucional.<sup>229</sup> Desta forma, os valores foram transformados em normas. Estabelecida a equiparação entre valor e norma, através da qualificação dos valores como princípios, isto acarretaria o fim das normas programáticas. Assim, a Constituição, nesta nova perspectiva, seria considerada um sistema de princípios superiores, dotados de supremo teor normativo, o que os torna um guia para a interpretação dos direitos fundamentais.<sup>230</sup>

No que atine à hermenêutica, verifica-se, portanto, a inclusão da dimensão objetiva e valorativa, esta última através dos princípios, o que teria transferido a interpretação privatista de subsunção, de metodologia dedutivista, para a hermenêutica constitucional, indutiva, onde se aplica o princípio da proporcionalidade, e que acarreta conceitos como: concordância prática, pré-compreensão e concretização.<sup>231</sup> Saliente-se que, pelo quanto informado, concretizar é algo mais que interpretar. Em suas palavras seria interpretar com acréscimo, criatividade. Ocorrendo, também, uma ponderação entre os princípios.<sup>232</sup>

No que se refere à pré-compreensão o autor afirma que seria tarefa da teoria constitucional estabelecer os fundamentos da compreensão prévia, que, como já foi ressaltado neste trabalho, deve ser revista e corrigida a cada caso concreto.<sup>233</sup> Com relação a este posicionamento de Paulo Bonavides é importante ressaltar um ponto. Constata-se que ele inclui na pré-compreensão, além da concepção pessoal de mundo, dos valores e dos fatores culturais e históricos do intérprete, a teoria dos direitos fundamentais. Assim, os elementos teóricos e suas consequências, conforme as teorias escolhidas, também deveriam compor este primeiro momento do processo hermenêutico.

---

<sup>229</sup> Haverá maiores esclarecimentos sobre o tema princípios. Entretanto, mostrou-se relevante situar a matéria como uma linha de estudos, inserida nas teorias de direitos fundamentais, que repercute diretamente na interpretação dos direitos fundamentais, assunto de capital importância, seguindo o entendimento, como já esposado, de Paulo Bonavides. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>230</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 663-664.

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 666.

<sup>232</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 667.

<sup>233</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 493.

### 1.4.3 Métodos e princípios de interpretação constitucional

Como já exposto, a interpretação jurídica é tradicionalmente realizada com a utilização dos chamados métodos clássicos<sup>234</sup>, decorrentes da contribuição de Savigny. Também já foi objeto de abordagem o fato de que esses elementos formais de interpretação, de origem jusprivatista, foram adequados para a hermenêutica constitucional de um tipo específico de Estado, qual seja o Estado Liberal, assim como para a teoria liberal dos direitos fundamentais. Por fim, verificou-se ao longo do texto que estes métodos não seriam mais suficientes para a interpretação da Constituição, haja vista, dentre outros fatores, a inclusão nesta de valores, através de princípios, o que demonstra a adoção da teoria dos valores no âmbito dos direitos fundamentais.

Desta maneira, é relevante a realização de uma breve análise sobre novos métodos de interpretação da Constituição. Anota-se, contudo, que esta exposição será apenas ilustrativa e não terá qualquer intenção de esgotar a matéria.

O primeiro método a ser tratado é o método científico-espiritual, ou método valorativo<sup>235</sup>. Este método, como o nome indica, leva em consideração no processo de interpretação o sistema de valores que se encontra subjacente ao texto constitucional e o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração. Tratar-se-ia: de uma “[...] captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional”.<sup>236</sup> O método, parte da ideia de que a Constituição compreende a ordenação jurídica do Estado, onde ocorre a realidade vivencial do Estado, o seu processo de integração. A Constituição seria composta por um conjunto de distintos fatores integrativos, que possuem diversos graus de legitimidade. A Constituição seria constituída por todos os valores superiores do ordenamento estatal. Seria, assim, a totalidade espiritual da qual tudo deriva,

---

<sup>234</sup> Métodos: gramatical; sistemático; teleológico e histórico. Para maiores informações sobre os métodos clássicos: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

<sup>235</sup> Como bem explana Paulo Bonavides, este método tem o jurista alemão Rudolf Smend, criador da concepção integrativa de Constituição, à frente de seu desenvolvimento. Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 489.

<sup>236</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.213.

inclusive a sua força integrativa. Portanto, a Constituição deve ser interpretada como um todo, com captação de sentido.<sup>237</sup>

Trata-se, desta forma, de um método que se preocupa com o conteúdo da Constituição, que deve ser analisada globalmente, pois há uma integração nesta.

Lembrando-se que o intérprete deve prender-se à realidade, é importante lembrar que através deste método integrativo é possível extrair da Constituição os mais distintos sentidos, conforme o tempo e as circunstâncias. A Constituição se amoldaria às realidades sociais.<sup>238</sup>

A questão que se levanta sobre esse método, refere-se à sua capacidade, ou não, de fornecer mecanismos jurídicos que direcionem e limitem a atuação do intérprete, em ordem de evitar subjetivismos. Verifica-se que há um grande desapego por todos os aspectos formais da Constituição, o que gera preocupação.

O próximo método a ser lembrado é o tópico-problemático. Este método, nos termos da doutrina de Canotilho, baseia-se em três premissas: o caráter prático da interpretação constitucional; o caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional e a preferência pela discussão do problema em razão da textura aberta das normas constitucionais. E acrescenta o autor de Coimbra que a interpretação da Constituição realizar-se-ia por intermédio de processo aberto de argumentação, com vários participantes, cujo fim é tentar adequar a norma constitucional ao problema concreto.<sup>239</sup>

Para entender esse método, há que se entender um de seus elementos fundamentais, o *topoi*. Este se trata dos diversos pontos de vista, que podem ser utilizados em uma argumentação racional para a busca da melhor solução do problema. Esses *topoi* podem ser dispositivos da Constituição, fatos relevantes da realidade social, valores, e outros. Ressalvando que não há hierarquia entre eles. Ressalte-se que com a tópica, como bem observou Paulo Bonavides, o texto da norma, reconhecido como *topoi*, perde sua hegemonia, que se transfere ao problema, “[...] eixo fundamental da operação interpretativa”.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 489.

<sup>238</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 490-491.

<sup>239</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.211.

<sup>240</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 506.

Esse método recebeu críticas da doutrina, haja vista que pode levar a um casuísmo sem limites e em razão do sacrifício da primazia da norma sobre o problema.<sup>241</sup>

Por fim, outro método bastante discutido na doutrina é o concretizador, ou hermenêutico-concretizador. Trata-se de método fundado na doutrina de Konrad Hesse, já enunciada, que entende que o teor de uma norma só se completa no ato interpretativo. Segundo este método, a concretização pressupõe uma pré-compreensão do intérprete, que deve ser fundamentada e conscientizada, sendo tarefa da teoria constitucional fundamentá-la, podendo ser revista a cada caso concreto.<sup>242</sup> Além disso, a concretização e a compreensão somente serão possíveis em razão de um problema concreto, assim como a determinação do sentido da norma e sua aplicação ao caso compõe um processo unitário.<sup>243</sup> Ainda, entende o autor que a compreensão do conteúdo da norma está vinculada à pré-compreensão do intérprete e ao problema que deve ser resolvido.<sup>244</sup>

Um ponto fundamental que foi ressaltado por Paulo Bonavides, seguindo posição de Konrad Hesse, refere-se ao papel da teoria na fundamentação da pré-compreensão. Assim, concordando-se com este posicionamento, enfatiza-se que a teoria dos direitos fundamentais ingressa na pré-compreensão do intérprete, fundamentando-a e auxiliando na racionalização do processo hermenêutico. Além disso, essa fundamentação da teoria deve ser constantemente confirmada e corrigida pela prática, ressaltando-se que a Teoria da Constituição é condição de compreensão da norma e do problema.<sup>245</sup> Inserindo-se dentro da Teoria da Constituição a Teoria dos direitos Fundamentais.

E nas palavras de Paulo Bonavides, ao tratar sobre a concretização e, mais especificamente sobre o método concretista: “O método concretista de interpretação

---

<sup>241</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.212.

<sup>242</sup> Conforme a doutrina de Konrad Hesse. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

<sup>243</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 492-493.

<sup>244</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 636-637.

<sup>245</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

gravita ao redor de três elementos básicos: a ‘norma’ que se vai concretizar, a ‘compreensão prévia’ do intérprete e o problema concreto a resolver”.<sup>246</sup>

Para Canotilho, a leitura do texto normativo se inicia pela pré-compreensão do intérprete, que realiza uma atividade prático-normativa de concretização da norma a partir do caso concreto. Ademais, entende este autor que este método realça a existência dos seguintes pressupostos da interpretação: pressupostos subjetivos, relacionados à atividade de criação do intérprete, através de sua pré-compreensão; pressupostos objetivos, ou seja, o contexto; e a relação entre texto e contexto, mediada pela atuação criativa do intérprete, que faz da interpretação um movimento de ir e vir, o círculo hermenêutico.<sup>247</sup>

Destaca-se neste ponto que o método hermenêutico-concretizador diferencia-se do tópico problemático, uma vez que pressupõe a primazia do texto constitucional sobre o problema concreto.<sup>248</sup> Trata-se, como afirmado alhures, de atuação tópica vinculada pela norma, onde haverão de se encontrar e provar pontos de vista, submetidos ao jogo de opiniões favoráveis e contrárias e que fundamentem de forma mais convincente a decisão. Esses pontos de vista devem ter relação com o problema e o intérprete está obrigado a incluir no programa normativo e no âmbito normativo, os elementos de concretização e diretrizes da Constituição.<sup>249</sup>

Como se observa, o método-hermenêutico-concretizador, na formulação feita por Konrad Hesse, é o que mais se aproxima dos elementos apresentados nas

---

<sup>246</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 493.

<sup>247</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.212. Esta relação entre os elementos, ou pressupostos apresentados também é definida por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos: “A *hermenêutica concretizadora* procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente.” (grifo no original). Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271.

<sup>248</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.212.

<sup>249</sup> Neste ponto, ainda seguindo a doutrina de Konrad Hesse, utilizam-se dos métodos clássicos de interpretação, como pontos de vista, para a apuração do programa normativo, contido no texto da norma. A dogmática e os precedentes também podem ser utilizados como tópicos neste momento. O âmbito normativo, por sua vez, trará os dados do problema. E esta realidade deverá ser apreendida nos termos demarcados pelo programa normativo. Sublinhando-se, como já afirmado, que em caso de delimitação de direitos fundamentais, seria possível uma solução com base na coordenação objetiva das relações e âmbitos vitais e a exposição dos respectivos pontos de vista. Conforme: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111-113.

noções introdutórias de interpretação deste texto. Desta constatação, conclui-se que esta será a formulação adotada ao presente trabalho.

Ressalta-se que há também o método concretista de Friedrich Müller.<sup>250</sup>

Feita esta breve exposição sobre alguns métodos de interpretação, passa-se a tratar sobre os princípios de interpretação. A interpretação dos direitos fundamentais, ou concretização, requer a aplicação de princípios específicos.<sup>251</sup> Tais princípios decorrem das singularidades envolvidas na interpretação constitucional, como já aventado.

Há alguma divergência doutrinária a respeito da classificação dos princípios de interpretação constitucional. O presente estudo não ambiciona esgotar esta temática. Assim, foi realizada a escolha de alguns princípios a serem tratados. Esta escolha possui algum nível de subjetividade. Entretanto, para diminuir as possibilidades desta subjetividade, pautou-se por duas premissas que podem ser definidas da seguinte forma: os princípios cuja aplicação está mais próxima à temática dos direitos fundamentais e os princípios que estejam mais relacionados ao objeto e finalidade deste trabalho.

Cabe fazer uma ressalva, nos mesmos termos feitos por Luís Roberto Barroso, o emprego do conceito de princípio neste ponto refere-se à sua relação de

---

<sup>250</sup> O presente texto não se aprofundará na *metódica estruturante* de Müller, em razão de sua complexidade, que demandaria uma análise mais apurada. Todavia, algumas observações devem ser trazidas. O processo de concretização desta hermenêutica possui três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito da norma. O texto da norma não se confunde com a norma. Aquele seria uma moldura que dirige e orienta a concretização e esta seria o ponto de chegada do processo de concretização. A norma resulta da conjugação do programa da norma e do âmbito da norma. O programa da norma consiste nas possibilidades de sentido do texto, verificados pelos métodos tradicionais de interpretação. O âmbito da norma, por sua vez, refere-se a um recorte da realidade social, onde está inserido o problema a ser solucionado e os componentes fáticos e valorativos que influenciarão a decisão. Direito e realidade não são categorias autônomas. Ainda, para Müller, há os seguintes elementos de concretização da norma: os elementos metodológicos em uma acepção estrita (métodos clássicos e alguns princípios de interpretação); os elementos do âmbito da norma; os elementos dogmáticos; os elementos de teoria da Constituição; os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos. Parte destes elementos relaciona-se diretamente com a norma e há uma hierarquia entre eles. Portanto, em caso de conflito de resultados, os elementos imediatamente relacionados com a norma devem prevalecer e, no interior destes, devem prevalecer os elementos gramaticais e sistemáticos. Assim, através de argumentação tópica, mas seguindo os limites do texto e o processo estruturado afirmado, busca-se a melhor solução ao caso. As observações contidas nesta nota derivam das seguintes obras: (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 510-520) e (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271.).

<sup>251</sup> Para Konrad Hesse aos princípios de interpretação constitucional caberia "(...) a tarefa de orientar e dirigir o processo de relacionamento, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema." Conforme: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

primordialidade no que se refere à tarefa de interpretação constitucional, tratando-se, assim, de premissas<sup>252</sup>. Não se está usando do mesmo conceito de princípio que será utilizado ao se tratar da natureza das normas jurídicas, enquanto estrutura, que será visto mais adiante.

O primeiro princípio a ser lembrado é o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a Constituição possui uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico interno de um Estado e, como consequência deste postulado, a Constituição condiciona a validade e o sentido das demais normas do ordenamento jurídico. Portanto, em razão da supremacia da Constituição, esta prevalece sobre a atuação dos poderes constituídos, o que fundamenta o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Para Luís Roberto Barroso, este princípio não possui um conteúdo material próprio, pois somente impõe a primazia da norma constitucional.<sup>253</sup>

O segundo princípio que se pode enunciar é o princípio da unidade da Constituição. De acordo com esse princípio, a Constituição deve ser interpretada como um todo. Isto é, um dispositivo constitucional deve ser interpretado vinculado ao sentido das demais disposições do texto constitucional, o que forma uma unidade. A interpretação que leva em consideração a totalidade da Constituição deve prevalecer sobre a interpretação de um trecho do texto, evitando-se também interpretações que favoreçam antinomias entre os dispositivos.

Ainda sobre este princípio, ressalta-se a inexistência de hierarquia formal entre as normas constitucionais originárias.<sup>254</sup> A doutrina reconhece, todavia, a existência de hierarquia material entre as normas, isto é, algumas normas são consideradas mais importantes que outras, o que acarretaria repercussão no conflito normativo, haja vista a possibilidade de maior peso abstrato de um princípio sobre outro no ato de ponderação.<sup>255</sup> Nesse aspecto, chama-se à atenção para o

---

<sup>252</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 287.

<sup>253</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 288.

<sup>254</sup> A jurisprudência do STF reconhece esta inexistência de hierarquia formal de normas constitucionais originárias. O Tribunal entende que a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias é incompatível com a rigidez constitucional e que não caberia a este realizar a fiscalização do Poder Constituinte Originário, verificando se este teria violado princípios de direito suprapositivo, incluído pelo mesmo na Constituição. Conforme: BRASIL. STF. ADI 815/DF, Rel. Min. Moreira Alves. Julg. 28.03.1996. DJ, 10 de maio de 1996.

<sup>255</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 439.

entendimento do STF, como acentuado por Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento, no sentido de que a existência de hierarquia material legitimaria o uso do parâmetro da interpretação restritiva das exceções, ou seja, a norma constitucional que excepciona princípio constitucional de hierarquia superior deveria ser interpretada restritivamente.<sup>256</sup>

Outro princípio de grande importância é o princípio da efetividade dos direitos fundamentais. De acordo com este princípio, em caso de dúvida, a predileção deve ser para a interpretação que reconheça maior efetividade aos direitos fundamentais. No que se refere a este princípio, Paulo Bonavides destaca duas situações. Em primeiro lugar a irradiação da força dos direitos fundamentais a outros ramos do direito, a exemplo do Direito Civil. Em seguida o autor traça a evolução dos direitos fundamentais quanto à sua eficácia, que em boa parte era de natureza programática para, atualmente, eficácia vinculante imediata.<sup>257</sup>

Cumprir registrar que este princípio possui íntima relação com o princípio da força normativa da Constituição<sup>258</sup> e pode encontrar fundamentação expressa no §1º, do art. 5º, da Constituição, que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

O quarto princípio a ser tratado refere-se ao princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição. Nos termos deste princípio, sempre que as normas permitam várias interpretações, deve prevalecer aquela que lhes forneça um sentido em conformidade com a Constituição. Para Gomes Canotilho este princípio possui três dimensões: o princípio da prevalência da Constituição, segundo o qual, como dito, dentre as interpretações possíveis deve-se escolher aquela não contrária à Constituição; o princípio da conservação das normas afirma que a norma não deve ser declarada inconstitucional se possuir uma interpretação possível em

---

<sup>256</sup>ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Côrrea, Julg. 11.09.2003, DJ, 06.02.2004. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 439-440.

<sup>257</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 628-629.

<sup>258</sup> Esta relação se encontra presente na doutrina, inclusive com a inserção do princípio da efetividade no âmbito do princípio da força normativa da Constituição. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 442. Assim como na jurisprudência Constitucional. Conforme: “Ementa: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria Constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. RE – AgR nº 235.794/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. 22.10.2002. DJ, 14 nov. 2002.

conformidade com a Constituição e o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas “contra legem”, que determina que o aplicador não possa atribuir interpretação que contrarie a letra da lei, mesmo que para deixá-la em conformidade com a Constituição.<sup>259</sup>

Entende-se que o mencionado princípio não serviria propriamente para a interpretação da Constituição, tendo por função, em verdade, nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Entretanto, há ressalva no que se refere à interpretação de norma constitucional decorrente do poder constituinte derivado.<sup>260</sup>

Conforme Luís Roberto Barroso, este princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.<sup>261</sup> Neste sentido é importante trazer à discussão o posicionamento do STF na ADPF 54, que trata da não criminalização do aborto em caso de anencefalia do feto. Segundo o posicionamento que prevaleceu, a interpretação dos dispositivos penais que se compatibilizaria com a Constituição seria no sentido de que só haveria a sua aplicação se houver bem jurídico a ser tutelado, isto é, a vida potencial do nascituro. Caso contrário, não se justificaria a restrição à autonomia da gestante, também constitucionalmente tutelada. Assim, seria inconstitucional a criminalização da conduta da gestante e dos profissionais médicos, no caso de feto anencefálico.<sup>262</sup>

O princípio da concordância prática ou da harmonização, em seu núcleo essencial, determina a coordenação e a combinação de bens jurídicos constitucionais em conflito, como forma de evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Tem aplicação na colisão entre direitos fundamentais, ou destes e outros bens constitucionais, e parte da ideia de que não há diferenças hierárquicas entre bens constitucionais, o que imporia a necessidade de limites e condicionamentos recíprocos para que se alcance uma harmonização.<sup>263</sup>

---

<sup>259</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.226.

<sup>260</sup> Neste sentido Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento, fazendo referência ao posicionamento de Virgílio Afonso da Silva. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 457-459.

<sup>261</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 289. Cabe ressaltar, nesse sentido de mecanismo de controle de constitucionalidade, que há previsão expressa no parágrafo único, do art. 28, da Lei 9868 de 1999, assim como no art. 10 da Lei 9.882/99.

<sup>262</sup> BRASIL. STF. ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 11 e 12. 04.2012. DJe, 30 de abril de 2013.

<sup>263</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.225.

Este princípio possui íntima ligação com o princípio da unidade da Constituição<sup>264</sup>. Considera-se que este princípio seria um dos critérios a ser usado pelos intérpretes para a solução de colisões entre as normas constitucionais. Assim, cabe ao intérprete buscar a concordância prática entre normas constitucionais, buscando garantir o máximo de seus valores e interesses. Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento entendem que a utilização da concordância prática não seria incompatível com a ponderação de interesses, ressaltando que alguns adeptos daquela não aceitariam a ponderação.<sup>265</sup>

O princípio da força normativa da Constituição<sup>266</sup>, parte do pressuposto de que “[...] a Constituição é uma autêntica norma jurídica e não uma mera proclamação política.”<sup>267</sup> Como já anotado, este princípio está relacionado ao princípio da máxima efetividade. Canotilho enuncia, de acordo com a utilização deste princípio, que: “[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”.<sup>268</sup>

Chama-se à atenção neste ponto, como bem lembram Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento, para a jurisprudência do STF do ano de 2007, em especial na decisão do MI 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes que, alterando posicionamento anterior, entendeu que, diante de inconstitucionalidade por omissão, que prejudique a fruição de direito fundamental, caberia à Corte a possibilidade de

---

<sup>264</sup> Há autores que incluem o princípio da concordância prática no princípio da unidade da Constituição, tais como: Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 291), e Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 440-441).

<sup>265</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 440.

<sup>266</sup> Chama-se a atenção para a obra de Konrad Hesse, que fundamenta o entendimento segundo o qual a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, isto é, o reflexo das condições fáticas (políticas, sociais, etc.), mas também de um dever ser. É, portanto, determinada e determinante da realidade. O mesmo autor ainda afirma que “(...) a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente”. Conforme: HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 15 e 19.

<sup>267</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 442.

<sup>268</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.226.

proferir decisão aditiva, para permitir esta fruição até que advenha norma regulamentadora.<sup>269</sup>

O princípio do cosmopolitismo, diferentemente dos demais, não se encontra na maior parte da bibliografia estudada. Contudo, entende-se que, em razão da sua relação com a temática dos direitos fundamentais e com o presente texto, este princípio deve ser tratado.

Tal princípio é trazido por Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento. Nos termos destes autores, tratar-se-ia da invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional.<sup>270</sup> Não é somente a normativa, mas também os argumentos utilizados nas Cortes constitucionais e internacionais que começam a ser considerados nas interpretações internas. Esta visão traria uma perspectiva mais ampla à interpretação e consensos globais sobre democracia e direitos humanos podem se irradiar mais. Todavia, o direito internacional e estrangeiro nem sempre será adotado, em razão de cada Estado ter suas especificidades culturais e sua identidade constitucional, além da vontade de seu povo.<sup>271</sup>

Ressaltam ainda os autores que o fato dos tratados internacionais de direitos humanos terem natureza supralegal e não constitucional (superioridade formal), salvo a aplicação do art. 5º, §3º, da Constituição, não afastaria a possibilidade de que esses tratados influenciassem a interpretação constitucional, o que fortaleceria a proteção dos direitos fundamentais. Um interessante exemplo da jurisprudência que foi trazido pelos autores refere-se ao reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> O mandado de injunção referia-se ao direito de greve do servidor público e o entendimento foi no sentido de que até o advento da Lei regulamentadora, caberia o exercício deste direito, com base na Lei 7.783 de 1989, que trata do direito à greve de serviços essenciais privados. BRASIL. STF. MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 25.10.2007. DJ, 31 out. 2008. Informa-se também que há outras decisões da Corte em que foi aplicada uma posição concretista individual, ou seja, que apenas viabiliza o exercício do direito ao impetrante. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 444-445.

<sup>270</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 452.

<sup>271</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 452-453.

<sup>272</sup> BRASIL. STF. RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ, 13. nov. 2009. Ressaltam os autores que na referida decisão teria sido mencionada com destaque a Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 454.

Outros pontos de destaque trazidos pelos autores, ainda sobre o mencionado princípio, referem-se a não vinculação de modo absoluto dos intérpretes constitucionais ao direito internacional ou estrangeiro e a possibilidade de um diálogo transnacional, ou seja, a influência que o direito internacional e estrangeiro, inclusive as decisões e argumentos, podem ter sobre o direito interno e o devido respeito à cultura constitucional do país.<sup>273</sup>

Outro princípio interpretativo recorrente na doutrina é o da proporcionalidade. Entretanto, ele será abordado em outro capítulo, em razão de maior possibilidade de discussão de algumas de suas especificidades.

Feitas todas essas ponderações sobre a interpretação dos direitos fundamentais, tema que se reputa essencial para a realização de um estudo sobre os mencionados direitos, é necessário situar a temática no presente trabalho. Assim, registre-se que neste texto a teoria dogmática dos direitos fundamentais será pensada para fundamentar a pré-compreensão do intérprete em casos que envolvam a temática. Além disso, esta dogmática também poderá ser utilizada como ponto de vista a ser aplicado no processo de concretização da norma.

### **1.5 Direitos fundamentais (âmbito de proteção, restrições e conflitos)**

O presente tópico tem por objetivo trazer uma abordagem sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, as suas restrições, a possibilidade de delimitação de um conteúdo essencial e os mecanismos de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Em face disso, duas observações tornam-se imprescindíveis. Em primeiro lugar, há uma estreita relação entre a interpretação da Constituição, estudada acima, e os tópicos a seguir, haja vista a finalidade a aplicação da norma para resolver casos concretos.

A segunda observação a ser feita refere-se à profundidade de abordagem do tema. Ressalte-se que este tópico se encontra entre os temas mais visitados na doutrina dos direitos fundamentais, assim como da jurisprudência. Entretanto, em razão de sua complexidade e importância, são encontrados diversos posicionamentos colidentes.

---

<sup>273</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 455-456.

Não é propósito de o presente trabalho realizar um estudo aprofundado sobre este assunto. Contudo, por se tratar de tema indispensável para o desenrolar do texto, tentar-se-á abordar algumas das posições doutrinárias, além de escolha teórica para a orientação do estudo.

### 1.5.1 Teoria dos princípios

Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, a escolha de uma teoria dos princípios é um pressuposto teórico necessário para a delimitação do conceito, do conteúdo essencial, do âmbito de proteção e das restrições aos direitos fundamentais, além de discussões sobre teorias a respeito de sua eficácia. Tais definições poderão variar de acordo com a escolha da teoria dos princípios.<sup>274</sup>

Não é propósito de o presente texto fazer uma abordagem mais profunda sobre as diversas teorias que distinguem os princípios das regras. Assim, optou-se por trazer apenas duas possibilidades de distinção.

A primeira possibilidade de distinção a ser estudada refere-se ao grau. Esta distinção reconhece nos princípios um alto grau de abstração e de generalidade, uma vez que se destinam, respectivamente, a um número indeterminado de situações e de pessoas. As regras, de outro lado, possuem um menor grau de abstração e de generalidade. Desta forma, as regras demandariam, em sua aplicação, pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete. Tratar-se-ia da teoria clássica do Direito Público.<sup>275</sup> Há autores que entendem que a distinção de grau pode ser dividida em grau de abstração, como enunciada, e grau de importância, segundo a qual, os princípios seriam as normas mais importantes do ordenamento jurídico, cabendo às regras a sua concretização.<sup>276 277</sup>

---

<sup>274</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 43.

<sup>275</sup> Humberto Ávila, que apresenta esta possibilidade de distinção entre princípios e regras, classifica-a como distinção fraca, haja vista que ambas as normas possuem as mesmas propriedades, mas em graus diferentes. O mesmo autor tece algumas críticas a esta distinção. Para ele, todas as normas são em alguma medida indeterminadas, além de servir para a realização de valores. As regras serviriam de meio para a concretização de, no mínimo, dois valores. O valor formal de segurança e o valor substancial específico. Conforme: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 109-110.

<sup>276</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 44.

<sup>277</sup> É nesta perspectiva que se encontra a clássica conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o

Uma segunda corrente que, segundo Humberto Ávila, seria capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, entende que os princípios são normas aplicadas em processo de ponderação com outras normas e que podem ser aplicadas em graus diversos. As regras, ao contrário, aplicam-se por subsunção e determinam definitivamente o que seria obrigatório.<sup>278</sup>

Como mencionado, um dos estudos precursores sobre a distinção entre princípios e regras se encontra na obra de Ronald Dworkin. Em seu modelo de regras I, o autor rebate as teses centrais do positivismo de H.L.A. Hart.<sup>279</sup> O autor levanta a sua tese sobre a diferenciação entre princípios jurídicos e regras jurídicas. Afirma que esta diferença é de natureza lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferem quanto à sua natureza de orientação diferente. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Ou a regra é válida para fatos específicos e deve ser aceita, ou não é válida. Uma regra pode ter exceções e, neste caso, o enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção, ou seria incompleto. No caso dos princípios a situação é diferente, estes não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Como o autor esclarece, o princípio enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas necessita de uma decisão particular. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção. Nestas situações, ainda que o princípio não prevaleça, isso não significa que não se trate de um princípio que faz parte do sistema jurídico, que em outros casos pode ser aplicado.<sup>280</sup>

---

espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” E acrescenta o autor que violar um princípio é mais grave que violar uma norma, pois implica uma ofensa a todo o sistema de comandos. Conforme: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

<sup>278</sup> Para este autor, esta seria a distinção forte entre princípios e regras, haja vista que as espécies normativas não possuem as mesmas qualidades. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 112.

<sup>279</sup> Para Dworkin o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e sua noção central de um único teste fundamental para o direito, não leva em consideração os papéis importantes desempenhados por outros padrões que não são regras. O autor define esses outros padrões como princípios e políticas, apesar de admitir poder generalizar esses outros padrões como princípios. A política seria aquele padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, enquanto o princípio seria um padrão que deve ser observado não por promover um objetivo, mas por ser uma exigência de justiça, equidade, ou outra dimensão de moralidade. Conforme: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

<sup>280</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-42.

Uma segunda diferença apontada pelo autor é que os princípios possuem a dimensão de peso ou importância e as regras não. Se duas regras entram em conflito, não se discute se uma é mais importante que a outra, deverá prevalecer a regra que for válida.<sup>281</sup>

A distinção que será adotada neste estudo, em razão de sua relação com o objeto do trabalho, é a que se baseia na estrutura normativa, fundada nas lições de Alexy<sup>282</sup> e de Virgílio Afonso da Silva<sup>283</sup> que, por sua vez, tem por base a teoria daquele. De acordo com esta teoria dos princípios, o principal traço que distinguiria regras de princípios é a estrutura dos direitos garantidos por estas normas. As regras garantem direitos definitivos, enquanto os princípios, também espécies de normas, garantem direitos *prima facie*. Portanto, quando o direito é garantido por norma com estrutura de regra, se esta for aplicável ao caso por meio da subsunção, o direito deverá ser totalmente realizado. Os princípios, de outro lado, são mandamentos de otimização e, desta maneira, devem ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que sua aplicação será através do sopesamento.<sup>284</sup> Outra diferença fundamental, que decorre da estrutura das normas, refere-se à situação de conflito entre regras, que será solucionada pela invalidade de uma das regras, ou através de cláusula de exceção, se a incompatibilidade for parcial.<sup>285</sup> No caso de colisão entre princípios, haverá a fixação de relações condicionadas de precedência, isto é, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro, mas ambos permanecerão válidos.<sup>286</sup>

Nesse ponto há a necessidade, sem maior aprofundamento, mas como forma de esclarecer as escolhas até aqui definidas e de direcionar o andamento do estudo, de estabelecer algumas críticas e eventuais alterações ao posicionamento de Alexy.

---

<sup>281</sup> Com relação ao conflito de regras, sustenta ainda o autor que o sistema pode regular o conflito de regras, através de outras regras que trazem critérios. O sistema jurídico pode preferir, por exemplo, a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes, a regra promulgada pela autoridade superior, ou a regra mais recente. Conforme: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 42-43.

<sup>282</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>283</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>284</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 45-46.

<sup>285</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 47-48.

<sup>286</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 50-51.

Em primeiro lugar, com relação ao modo de aplicação das normas, entende-se que não parece adequado distinguir de forma absoluta a aplicação das regras e dos princípios em subsunção e ponderação, pois ambas as espécies normativas utilizam-se dos vários recursos trazidos pela interpretação, já abordados.<sup>287</sup> Assim, a concretização das regras não dependeria apenas de subsunção, assim como a aplicação dos princípios somente da ponderação.<sup>288</sup> Ademais, entende-se ser possível a ponderação de regras.<sup>289</sup>

É interessante trazer nesse ponto o posicionamento de Humberto Ávila. Em sua obra, o autor, após traçar críticas aos critérios de diferenciação fundados no caráter hipotético-fundamental, no modo final de aplicação e no conflito normativo, defende que os enunciados normativos possuem um caráter pluridimensional, isto é, admite a coexistência de espécies normativas diversas em um mesmo dispositivo, desde que o comportamento previsto seja analisado por perspectivas diferentes. O mesmo autor estabelece um modelo tripartite de dissociação entre regras, princípios e postulados. A diferença entre regras e princípios se daria quanto ao dever que instituem, à sua justificação e ao modo como contribuem para solucionar conflitos. Acrescentando a estes a categoria dos postulados.<sup>290 291</sup>

---

<sup>287</sup> Para Humberto Ávila a distinção entre regras e princípios baseada na aplicação tudo ou nada das regras não reflete a vagueza de sentido destas, pois as regras também necessitam, para serem implementadas, de um processo prévio de interpretação, diante do caso concreto. Assim, após a interpretação, as espécies se aproximam. Conforme: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 69-70.

<sup>288</sup> Apesar de se reconhecer que a doutrina, do ponto de vista metodológico, entende a ponderação como alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito à incidência de uma única premissa maior. Conforme: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

<sup>289</sup> Conforme: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35-36. No mesmo sentido entende Humberto Ávila, para quem a atividade de ponderação das razões é qualidade geral de qualquer aplicação de normas, pois elas possuem um caráter provisório, que poderá ser superado por razões contrárias, diante do caso concreto. O que se modifica é o tipo de ponderação. No caso das regras, o entrelaçamento de razões seria necessário à definição de seu sentido e de seu âmbito. Os princípios também requerem um processo discursivo de valoração de razões para a delimitação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal a ser promovido, para a definição de seu âmbito frente a outros princípios, ou para a delimitação dos comportamentos necessários à promoção do fim estatuído. Assim o tipo de argumentação e justificação exigidos para a aplicação é diverso. Conforme: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 74-81.

<sup>290</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 94.

<sup>291</sup> Para este autor: "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte, ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos."

### 1.5.2 Suporte fático e âmbito de proteção

Antes de se adentrar a discussão sobre o âmbito de proteção de uma norma que prevê um direito fundamental, cumpre trazer algumas informações sobre o conceito de suporte fático. O conceito de suporte fático abrange o âmbito de proteção (o que é protegido pela norma) e a intervenção estatal.<sup>292</sup> Além desses elementos, Virgílio Afonso da Silva insere a ausência de fundamentação constitucional, pois se houver fundamentação constitucional para a intervenção, haverá restrição constitucional ao direito fundamental.<sup>293</sup>

O modelo de suporte fático pode ser amplo, ou restrito. O âmbito de proteção refere-se aos fatos, atos ou posições jurídicas protegidas pela norma garantidora do direito fundamental.<sup>294</sup> A intervenção refere-se à atuação do Estado que restringe direito fundamental. Para o modelo de suporte fático amplo, toda ação, estado ou posição jurídica que possua característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um direito fundamental, deve ser abrangida por seu âmbito de proteção.<sup>295</sup> Além disso, o conceito de intervenção também deve ser considerado amplo, ou seja, insere-se nele toda potencial restrição ao âmbito de

---

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102. Os postulados, por sua vez, seriam os “(...) instrumentos normativos metódicos (...)”, ou seja, “(...) categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 94.

<sup>292</sup> Alexy, referindo-se às normas de direito fundamental de defesa, defende que o suporte fático é composto por dois elementos: o bem protegido, que equivale ao conceito de âmbito de proteção, e a intervenção. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305. Para Ingo Sarlet âmbito de proteção e suporte fáticos são conceitos fungíveis. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 405.

<sup>293</sup> O autor ressalva que esta não é a posição de Alexy, que, segundo alega, entende que a fundamentação constitucional seria contraposta aos outros elementos. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 73-74.

<sup>294</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 72.

<sup>295</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 109.

proteção de um direito fundamental.<sup>296</sup> <sup>297</sup> O conceito amplo de intervenção aumenta o seu ônus argumentativo.

Cabe registrar que a este conceito de suporte fático amplo, contrapõe-se o modelo de suporte fático restrito, que pressupõe que algumas ações, estados e posições jurídicas não estão protegidas pelo âmbito de proteção da norma e, assim, não haveria que se falar em restrição de direitos ou sopesamento entre princípios. Desta forma, o dispositivo constitucional não protegeria alguns exercícios de direito. Não haveria, portanto, que se falar em colisão entre direitos, seria uma colisão somente aparente, na busca pelos limites dos direitos e não a sua restrição.<sup>298</sup>

Aprofundando-se a discussão a respeito do âmbito de proteção, é importante trazer o posicionamento de Gilmar Mendes. Para o autor, no que se refere ao âmbito de proteção, é necessário que se identifique o objeto da proteção e contra qual tipo de agressão, ou restrição. Além disso, para a definição do âmbito de proteção, não raro, há a necessidade da hermenêutica, em especial da interpretação sistemática, com a verificação das restrições expressas na Constituição somadas às reservas legais restritivas.<sup>299</sup>

---

<sup>296</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 112.

<sup>297</sup> Virgílio Afonso da Silva ressalva a questão envolvendo os direitos sociais. O âmbito de proteção desses direitos envolveria *as ações estatais que fomentem a realização desse direito*. A intervenção estatal, por sua vez, *é não agir ou agir de forma insuficiente*. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

<sup>298</sup> O professor Virgílio Afonso da Silva elenca algumas estratégias elaboradas pela doutrina para definir o conteúdo do suporte fático restrito. Essas estratégias serão apenas mencionadas. A primeira refere-se à interpretação histórico-sistemática da Constituição, a quem caberia definir o que faz parte da essência de cada direito fundamental. O autor, inclusive, relembra o voto do Min. Moreira Alves, no caso Ellwanger (BRASIL. STF, HC 82.424, RTJ, 179, 225 (270)), segundo o qual, por interpretação histórico-genética, entendeu o Ministro que práticas de discriminação contra judeus, ou outros grupos étnicos e religiosos, não estariam no âmbito de proteção do art. 5º, XLII, da Constituição. A segunda estratégia refere-se à teoria do âmbito da norma e da especificidade de Friedrich Müller, para quem, nos termos apresentados, definir o conteúdo do que é protegido por cada direito fundamental é definir os seus limites. Outra estratégia refere-se à prioridade das liberdades básicas de John Rawls, pela qual se reduz o número de liberdades fundamentais, pressupõe-se o caráter absoluto das liberdades, quando em conflito com outros direitos e interesses coletivos e a exclusão de determinadas variáveis do suporte fático desses direitos. Rawls, nos termos de Virgílio Afonso, teria tomado emprestada a distinção entre regulação e restrição da liberdade de expressão de Laurence Tribe. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82-94.

<sup>299</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 211-213.

O mesmo autor aborda a questão dos direitos com âmbito de proteção estritamente normativo<sup>300</sup>, isto é, aqueles que se caracterizam por necessitarem de conformação a ser realizada pelo legislador<sup>301</sup>, como, por exemplo, o direito de propriedade. Tais direitos acarretam para o legislador o dever de legislar e, uma vez legislado, o dever de preservar.<sup>302</sup>

### 1.5.3 Restrições a direitos fundamentais

Ainda nessa perspectiva, mas em se tratando de restrição a direitos fundamentais, há que se trazer algumas informações sobre as teorias interna e externa. Para a teoria interna os direitos teriam estrutura de regras, pois a definição de seu conteúdo é feita em abstrato, através de seus limites imanentes, que são definidos implícita ou explicitamente pela Constituição.<sup>303</sup> Assim, não se fala em restrições ou colisões, mas somente em limites.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva as principais teorias que discutem os limites internos dos direitos fundamentais referem-se aos limites imanentes e à teoria institucional dos direitos fundamentais.<sup>304</sup> Nos termos dos limites imanentes, os direitos fundamentais não seriam absolutos e teriam os seus limites definidos implícita ou explicitamente na Constituição. Assim, o que a interpretação constitucional faz é declarar limites já existentes.<sup>305</sup>

---

<sup>300</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 215.

<sup>301</sup> Distingue o autor entre restrição e conformação. No caso da primeira, o legislador estipula limites ao âmbito de proteção. Na segunda, por sua vez, as normas legais têm a função de densificar o direito fundamental. Conforme: MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 214.

<sup>302</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 217.

<sup>303</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 128-129.

<sup>304</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 130.

<sup>305</sup> É importante trazer o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade sobre a teoria dos limites imanentes. Para o autor, de forma muito resumida, o primeiro ponto para a aplicação dos direitos fundamentais é a delimitação de seu âmbito de proteção constitucional, que se trataria da determinação dos bens ou esferas de ação protegidos pelo preceito. Tal tarefa dependeria da interpretação constitucional, inclusive para descobrir, em abstrato, e também em função de outros preceitos constitucionais, se as formas e os modos de exercício do direito estão protegidos, o que compreende os limites imanentes do direito. As etapas seguintes seriam a restrição do conteúdo dos

A teoria institucional dos direitos fundamentais abordada é a de Peter Häberle. Para o referido autor, deve ser superada a ideia de que liberdade seria algo pré-jurídico que apenas é restringida pelo direito. Para que esta superação seja possível, o autor utiliza-se do conceito de instituição. Para Häberle a ideia de direitos fundamentais deve ser considerada ideia-diretriz no sentido institucional de Hauriou. A realização de direitos fundamentais no meio social seria um processo, para o qual também contribuem os titulares dos direitos e o Legislador. Como afirmado, a partir da visão institucional, a liberdade é algo criado e desenvolvido pelo direito e, assim, a atividade estatal não a restringe, mas delimita os seus contornos, a desenvolve e garante.<sup>306</sup>

A teoria externa, por sua vez, pressupõe a distinção entre direito e restrição. A restrição é externa ao direito e não atinge o seu conteúdo, podendo atingir, no caso concreto, o seu exercício. As restrições normalmente ocorrem através de regras que proíbem alguma conduta protegida por um direito *prima facie*,<sup>307</sup> mas podem ocorrer restrições por decisão judicial. Um princípio é *prima facie* ilimitado, contudo a sua realização pode ser restringida por princípios colidentes. O direito definitivo, por sua vez, não é definido abstratamente e *a priori*, mas somente no caso concreto e a partir do sopesamento ou da aplicação da proporcionalidade. A delimitação do

---

direitos por leis restritivas devidamente autorizadas pela Constituição e a colisão de direitos e os conflitos entre direitos e outros valores constitucionais, que podem surgir em abstrato (lei), ou em concreto. O autor é expresso ao afirmar a não adoção da teoria dos princípios de Alexy, pois em razão da amplitude desta, abrangeria situações relacionadas aos limites iminentes e à restrição legislativa. Com base em sua doutrina, o autor também defende os limites iminentes, mas rejeita uma teoria interna que resume todas as limitações às hipóteses constitucionais. Em sua teoria, Vieira de Andrade ainda entende que os limites iminentes possuem um duplo sentido. O primeiro é o sentido material, que se relaciona a limites do objeto, ou seja, as especificidades do bem jurídico ou da parcela da realidade da hipótese. Tais limites decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais em que estão previstos. O outro sentido é o jurídico, que se relaciona ao conteúdo protegido, pois não se protege todas as formas e modos de exercício do direito. Esses limites caracterizam-se por serem restrições constitucionais ao programa normativo do preceito e podem estar expressos ou implícitos na Constituição. Assim, conclui que é através da interpretação constitucional que se responde à questão de se o programa normativo do preceito inclui determinado modo de exercício do direito. O autor, dentre outros, apresenta o exemplo do âmbito de proteção da liberdade religiosa, questionando se incluiria a possibilidade de sacrifício humano. Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 265-276.

<sup>306</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 134-137.

<sup>307</sup> Registre-se o exemplo trazido por Virgílio Afonso da Silva. O autor entende que existe uma colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e o princípio da proteção da criança e do adolescente, cujo resultado dá preferência a última e se expressa na regra do art. 76 da Lei 8.069/90, que exige que as emissoras de TV, em horário recomendado ao público infanto-juvenil, exibam somente programas com finalidade educativa, artística, cultural e informativa. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 141-142.

conteúdo definitivo do direito é realizada a partir de fora, das condições fáticas e jurídicas existentes.<sup>308</sup>

Cumpra aqui registrar, como fez Virgílio Afonso da Silva, que optar por uma teoria externa não significa a escolha por um suporte fático amplo, pois não se trata de uma ligação necessária.<sup>309</sup> Assim, seria metodologicamente possível a adoção de um modelo de suporte fático restrito e da teoria externa. Como exemplo de autores que adotam esse posicionamento, Virgílio Afonso cita Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, que utilizariam a teoria externa, mas com o modelo de suporte fático restrito, haja vista que a definição do âmbito de proteção deve ser feita através da utilização dos cânones da interpretação jurídica, com especial atenção à interpretação sistemática.<sup>310</sup>

Tratando-se das restrições a direitos fundamentais, cumpre trazer classificação doutrinária. As restrições a direitos fundamentais podem ser classificadas, primeiramente, em imediatas<sup>311</sup>, isto é, as decorrentes de expressa disposição constitucional, e mediatas<sup>312</sup>, veiculadas em lei ordinária com fundamento imediato na Constituição.<sup>313</sup>

As restrições a direitos fundamentais que podem ser realizadas pelo legislador, possuiriam um caráter constitutivo, e podem ser classificadas em restrição, ou reserva legal simples e restrição, ou reserva legal qualificada. Na

---

<sup>308</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 140.

<sup>309</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 158.

<sup>310</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 160-162. Buscando-se o posicionamento de Bodo Pieroth e Bernhard Shlink, verifica-se que os autores entendem que o âmbito de proteção de cada direito fundamental tem de ser determinado de maneira correta, com os meios jurídicos de interpretação, a partir do seu texto, sua história, sua gênese e sua posição sistemática. Acrescentam que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais somente pode ser determinado, em diversas vezes, através de uma visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais. Os autores ainda definem ingerência como qualquer atuação do Estado que torne uma conduta, inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental, total ou parcialmente impossível, não importando se este efeito é final ou involuntário, direta ou indiretamente, jurídica ou materialmente, com ou sem ordem e coação. Conforme: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa, Antônio Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 131-133.

<sup>311</sup> A exemplo do art. 5º, XVI, da Constituição, que prevê o direito de reunião pacífica e sem armas.

<sup>312</sup> Conforme art. 5º, VI, da Constituição, que assegura a liberdade de consciência e de crença e o exercício do direito de culto religioso e garante, **na forma da lei**, a proteção dos locais de culto e a suas liturgias.

<sup>313</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227.

restrição legal simples<sup>314</sup> o constituinte autoriza a intervenção do legislador no direito fundamental, sem fazer exigência no que tange ao conteúdo ou finalidade da lei. Na restrição legal qualificada<sup>315</sup> a Constituição define o objetivo a ser perseguido, ou o atendimento a requisitos com a intervenção.<sup>316</sup>

Por fim, ainda há a existência de direitos fundamentais, sem a expressa previsão de reserva legal. Neste caso, não poderia o legislador, em princípio, ir além do definido no âmbito de proteção.<sup>317</sup> <sup>318</sup> Entretanto, há posicionamento doutrinário e jurisprudencial no direito comparado que admite, em caso de colidência com outros princípios constitucionais, a restrição individualizada desses direitos.<sup>319</sup> Ressalte-se que, no caso do Brasil, há entendimento no sentido de que a atividade legislativa de restrição poderia ter por fundamento a cláusula de reserva subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição.<sup>320</sup> <sup>321</sup>

---

<sup>314</sup> Art. 5º, VII, da Constituição.

<sup>315</sup> Art. 5º, XIII, da Constituição.

<sup>316</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 231-232.

<sup>317</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 240.

<sup>318</sup> Para Vieira de Andrade há uma diferença entre restrição legislativa e resolução abstrata de conflitos. A primeira está especificamente prevista na Constituição, o legislador está autorizado, através da proporcionalidade, a estabelecer preferências abstratas e há um menor grau de fiscalização judicial, em razão do espaço de decisão do legislador. A segunda, por sua vez, não possui autorização específica na Constituição e, assim, o legislador deverá utilizar-se de critérios de harmonização e deverá abster-se, em regra, de realizar preferências abstratas, devendo usar de conceitos indetermináveis para que seja possível a flexibilização de acordo com o caso concreto. Além disso, o controle judicial será maior neste último caso, pois a atuação do legislador decorrerá de mera interpretação. Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 270.

<sup>319</sup> Este é o posicionamento de Alexy, que traz jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (BverfGE 28, 243 (261)). Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.

<sup>320</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 240.

<sup>321</sup> Esta classificação é criticada por Virgílio Afonso da Silva. Para o autor esta classificação decorreria de um empréstimo constitucional inadequado. Para a aplicação da classificação ao Brasil seria necessária a conjunção de três fatores: a existência de dispositivo expresso que preveja que somente quando autorizado pela Constituição pode o legislador restringir direito fundamental; a existência de direitos fundamentais sem reserva legal e a premissa de que não há liberdade absoluta. Contudo, não existe o primeiro fator na Constituição brasileira, ou seja, dispositivo que impeça a restrição, salvo casos expressos. Assim, para não se ter que recorrer à ideia de direito absoluto, ou a limites imanentes para eventual restrição de direitos, dever-se-ia não importar essa classificação e reconhecer que todos os direitos, ainda que sem reserva expressa, estão sujeitos às restrições que forem necessárias à sua harmonização, aplicando-se a regra da proporcionalidade. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo

Outro tema que está ligado ao estudo das restrições a direitos fundamentais refere-se ao que a doutrina denomina limite aos limites, ou seja, as limitações impostas às restrições de direitos fundamentais.<sup>322</sup> Anote-se o relevante posicionamento de Gilmar Mendes, com fundamento na doutrina de Pieroth e Shlink: “Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”.<sup>323</sup>

Esses limites são uma salvaguarda aos direitos fundamentais, haja vista que restringem a atuação, principalmente, dos legisladores, evitando que sejam realizadas restrições que inviabilizem a fruição do direito fundamental. Feitas estas observações, informa-se que serão abordados nesta temática de limites às restrições de direitos fundamentais dois pontos, quais sejam: a regra da proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Partindo-se do que foi explicitado até o momento, cabe adentrar a análise da regra da proporcionalidade<sup>324</sup>. Um ponto a ser tratado, refere-se à diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade. Trata-se de matéria controversa, havendo posições doutrinárias<sup>325</sup> e jurisprudenciais<sup>326</sup> que tratam os conceitos como

---

(Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

<sup>322</sup> Alexy afirma que uma restrição a um direito fundamental só é admitida se for atribuído, na situação concreta, um peso maior aos princípios colidentes que ao princípio de direito fundamental a ser restringido, e complementa: “Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição”. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

<sup>323</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241. Os autores mencionados tratam dos limites de limites em sua obra, conforme: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa, Antônio Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.143-156.

<sup>324</sup> Neste ponto cabe registrar que se adota a terminologia regra da proporcionalidade, haja vista que na conceituação de Alexy, como já tratado, princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas. Assim, este conceito de princípio não se adéqua à proporcionalidade, que estaria mais próxima da natureza das regras, como deveres definitivos. Neste sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. É interessante registrar que Virgílio Afonso da Silva, após críticas à conceituação da proporcionalidade como regra, reitera a sua posição, porém admite que a proporcionalidade não seria uma regra de conduta, mas uma regra especial, ou uma meta-regra. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 168-169.

<sup>325</sup> Por todos, Luís Roberto Barroso, que ressalva a diferença de origem dos termos, mas entende que os conceitos abrigam os mesmos valores subjacentes, quais sejam: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários e caprichosos. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374.

<sup>326</sup> Por todas, decisão em medida cautelar na ADIn 1.813 – DF, RTJ 167, 92 [94].

sinônimos. Entretanto, entende-se mais acertada a posição que diferencia os conceitos em razão de sua origem, estrutura e forma de aplicação.<sup>327</sup>

A fundamentação para a aplicação da regra da proporcionalidade também é controvertida.<sup>328</sup>

A regra da proporcionalidade, segundo parte da doutrina, subdivide-se em três sub-regras, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou sopesamento.<sup>329</sup>

Em que pese a impossibilidade de um desenvolvimento maior neste texto sobre a regra da proporcionalidade, algumas observações são necessárias para a análise do caso prático.

Em primeiro lugar, há uma ordem pré-definida em que as sub-regras devem ser aplicadas, isto é, a análise da adequação precede a da necessidade, que precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A análise da necessidade

---

<sup>327</sup> De acordo com essa doutrina, há diferença de origem entre os conceitos. A razoabilidade teria origem anglo-saxônica e se refere à rejeição de atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. A regra da proporcionalidade, de outro lado, adviria da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e teria uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes e aplicados em determinada ordem. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 27-31.

<sup>328</sup> Para parte da doutrina a proporcionalidade não existe como norma geral escrita, mas existe como norma esparsa no texto constitucional, decorrendo de outros princípios. Trata-se de norma positiva e flui do §2º, do art. 5º da Constituição. Por todos BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 444-446. Para Luís Roberto Barroso o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição, mas se funda na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374-375. Em outro sentido, Virgílio Afonso da Silva entende que a regra da proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, que são, em sua maioria, princípios (mandamentos de otimização). Para o autor não haveria a necessidade de busca por um fundamento positivo. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 43-45.

<sup>329</sup> Por todos ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117. Em posição divergente encontra-se o posicionamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Para os autores a proporcionalidade possui quatro passos sucessivos. São eles: a licitude do propósito, ou fim perseguido; a licitude do meio utilizado; a adequação do meio e a necessidade do meio. Os autores entendem que a proporcionalidade estrita não deve ser utilizada. Dentre as críticas para a não utilização deste subcritério, se encontra a objeção à ponderação de valores, em razão da impossibilidade de reconhecimento de uma escala de valores constitucionais, não prevista na Constituição e que tal tarefa de hierarquização não poderia ser desempenhada pela doutrina jurídica. Outra crítica que é preciso registrar, refere-se à ponderação principiológica, que para os autores careceria de uma medida objetiva e cientificamente comprovada para a ponderação, o que impossibilita a aferição de peso e importância dos direitos e que poderia afastar a discricionariedade do aplicador, além de não possibilitar um controle intersubjetivo e ferir o princípio da separação de funções e o princípio democrático, pois substitui a ponderação do legislador. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 196-223.

somente será realizada se o caso não se resolver pela adequação e assim por diante.<sup>330</sup>

No que tange às sub-regras, seguem as suas definições. A adequação determina que o meio utilizado deve ser apto a alcançar, ou fomentar, o objetivo legítimo pretendido (promoção de outro direito fundamental, ou outro bem constitucional). Assim, uma medida seria inadequada se a sua utilização sequer fomentar o objetivo.<sup>331</sup> Pela necessidade, um ato estatal somente é considerado necessário se a medida restritiva do direito fundamental não puder ser realizada através de outro ato, que limite em menor medida o direito, mas que realize o objetivo com a mesma intensidade.<sup>332</sup> Trata-se de um exame comparativo.<sup>333</sup> A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, corresponde a um sopesamento entre a intensidade da restrição a um direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que serve de base à medida de restrição.<sup>334</sup>

Feitas estas ponderações sobre a proporcionalidade, cumpre ingressar no estudo do conteúdo essencial. A garantia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se à parcela do conteúdo de um direito, sem a qual ele perde a sua mínima eficácia e, assim, deixa de ser reconhecido como fundamental.<sup>335</sup> Trata-se, como dito, de mecanismo de estabelecer limites, dentre outros, à atuação restritiva do legislador.

A proteção ao núcleo essencial está expressamente consagrada em algumas Constituições, a exemplo do art. 19, nº 2, da Constituição alemã de 1949,<sup>336</sup> e do art.

---

<sup>330</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 34.

<sup>331</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 36-37.

<sup>332</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 38.

<sup>333</sup> Nesta comparação há duas variáveis: a eficiência das medidas na realização do objetivo e o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Registre-se que deve prevalecer o critério da eficiência, isto é, para que seja possível a análise da medida menos gravosa ao direito atingido, antes a medida comparada deve ser tão eficiente quanto à que gerou a intervenção. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 171-172.

<sup>334</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 40.

<sup>335</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 421.

<sup>336</sup> Art. 19, nº 2, da Constituição alemã: "Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência."

18, nº 3, da Constituição portuguesa de 1976.<sup>337</sup> Entretanto, não há expressa previsão desta proteção na Constituição brasileira de 1988.

Para Alexy é possível sistematizar as teorias sobre o conteúdo essencial por meio de dois pares conceituais: no primeiro as teorias são diferenciadas segundo relacionem esta garantia a uma situação subjetiva ou objetiva de regulação constitucional. No segundo, diferenciam-se as teorias segundo interpretem essa garantia em sentido absoluto ou relativo.<sup>338</sup>

De acordo com a dimensão objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido baseado no significado para a vida social, ou seja, a proteção deste conteúdo significa proibir restrições que o tornem sem sentido para boa parcela dos indivíduos. A dimensão subjetiva do conteúdo essencial, por sua vez, protege condutas e posições individuais, o que, para Virgílio Afonso da Silva, parece ser mais acertado para a proteção dos direitos fundamentais.<sup>339</sup>

Para os adeptos do conceito relativo, o núcleo essencial é definido no caso concreto, mediante processo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, e se caracterizaria como um espaço insuscetível de restrição.<sup>340</sup> O conteúdo essencial pode, portanto, variar de acordo com as condições fáticas e jurídicas envolvidas.

No que tange ao conteúdo essencial absoluto, nas palavras de Jorge Miranda: “[...] o conteúdo essencial tem que ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”. O mesmo autor afirma que as teses relativistas são de se rejeitar, pois confundem proporcionalidade e conteúdo essencial.<sup>341</sup>

Assim, para os adeptos deste conceito absoluto, haveria um núcleo, como unidade substancial autônoma, que estaria a salvo do legislador,

---

<sup>337</sup> Art. 18, nº 3, da Constituição portuguesa: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

<sup>338</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

<sup>339</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 186-187.

<sup>340</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 244.

<sup>341</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 350.

independentemente da situação concreta. Adotar-se-ia uma interpretação material pela qual há um espaço onde não deve haver intervenção estatal.<sup>342 343</sup>

Uma importante temática relacionada ao conteúdo essencial apresenta-se na sua relação com a dignidade da pessoa humana. Virgílio Afonso da Silva apresenta este ponto, dividindo a sua discussão sobre dois âmbitos. O primeiro referindo-se à dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais, e o segundo âmbito aludindo-se à posição diferenciada exercida pelo que ele nomeou de direito à dignidade, nos modelos de um conteúdo essencial relativo.<sup>344</sup>

Para Vieira de Andrade o conteúdo essencial possuiria um limite absoluto, que seria a dignidade da pessoa humana. Esta dignidade, que constitui a base dos direitos fundamentais e a sua unidade material, deve ser entendida como um limite absoluto ao poder de restrição.<sup>345</sup> Acrescenta o autor de Coimbra que não se trata da proteção do conteúdo essencial de cada direito fundamental, mas ao preceito constitucional, enquanto norma de valor e garantia. Assim, o limite do legislador, cuja intervenção se dá em abstrato, se encontra em não poder atentar contra as exigências mínimas de valor, projeção da ideia de dignidade humana e fundamento de cada preceito constitucional. O que o legislador não pode é restringir gravemente, ou desfigurar, o valor e a garantia constitucionais ínsitos aos preceitos de direitos fundamentais. Não pode, por exemplo, restringir a liberdade física, ao ponto de desfigurá-la enquanto valor e garantia.<sup>346</sup>

Mas a análise deste professor sobre o conteúdo essencial é mais complexa e abrange também preocupações com a dimensão subjetiva do conteúdo e com um

---

<sup>342</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 244. Nas palavras de Vieira de Andrade: “Para as teorias absolutas, o ‘conteúdo essencial’ consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável.” Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 282.

<sup>343</sup> Há também a distinção entre conteúdo essencial absoluto-dinâmico e conteúdo essencial absoluto estático. Para o primeiro, o conteúdo apesar de absoluto, intransponível, pode ser modificado com a passagem do tempo. No segundo, o conteúdo além de intangível, deve ser imutável. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 188-190.

<sup>344</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 192.

<sup>345</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 284-285.

<sup>346</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 285-286.

conteúdo essencial relativo, ligado ao processo. O autor entende que a anulação do direito subjetivo, em certas circunstâncias, não poderá ser absoluta e ilimitada no tempo, assim como abranger a generalidade dos domínios da vida dos indivíduos.<sup>347</sup> Por fim, o autor também ressalta a existência de um conteúdo relativo, determinável em concreto a partir da utilização da ideia de proporcionalidade.<sup>348</sup>

Virgílio Afonso da Silva critica esse posicionamento, por entender que haveria dois problemas. O primeiro de ordem metodológica, pois o conteúdo essencial absoluto seria da dignidade e não dos direitos, que seriam restringíveis. O segundo risco apontado refere-se à possibilidade de hipertrofia da dignidade, com a absolutização de todos os direitos fundamentais.<sup>349</sup>

Seguindo-se com a análise, chega-se ao já esclarecido modelo de conteúdo essencial relativo e sua relação com a dignidade da pessoa humana. De acordo com o magistério de Virgílio Afonso há uma íntima relação entre conteúdo essencial e proporcionalidade, haja vista que restrições que passem no teste da proporcionalidade, não afetariam o conteúdo essencial.<sup>350</sup> <sup>351</sup> O autor ressalva que a

---

<sup>347</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 286.

<sup>348</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 287-288.

<sup>349</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 192-193.

<sup>350</sup> O autor, inclusive, trazendo jurisprudência portuguesa (Acórdão 254/1999, do Tribunal Constitucional português), afirma na nota de rodapé nº 40 que essa íntima relação valeria também para a ideia de concordância prática, desenvolvida por Hesse. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 197.

<sup>351</sup> Ressalte-se que Virgílio Afonso relembra o posicionamento de Jorge Miranda, já anotado acima, que rejeita as posições relativistas, justamente por confundirem conteúdo essencial e proporcionalidade (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 350). Além disso, para afastar esse posicionamento, entende que se fosse necessária a distinção entre conteúdo essencial e proporcionalidade, seria preciso aceitar que poderia haver restrições que mesmo proporcionais, afetassem o conteúdo essencial de um direito fundamental, o que acarretaria uma dupla garantia, isto é, averiguação da proporcionalidade e depois verificação de não esvaziamento do conteúdo essencial. Tal posição, nos termos do autor, parece ter sido acolhida no voto do Ministro Celso de Mello, no caso *Ellwanger* (RTJ 188, 858 (912)). Para afastar essa hipótese, o autor enuncia dois pontos. Em primeiro lugar, que há casos concretos em que, após a aplicação da proporcionalidade, nada reste de um direito fundamental. O segundo ponto refere-se ao método de controle desse esvaziamento do conteúdo essencial e a solução para esta situação. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 198-200. Sem querer trazer uma solução para essa questão, o que demandaria um estudo mais aprofundado, alguns questionamentos adicionais podem ser trazidos sobre as hipóteses avançadas por Virgílio Afonso da Silva para afastar o que se chamou de dupla garantia. O primeiro ponto, isto é, a existência de situações em que nada reste do direito após a ponderação, parece ter sido razoavelmente abordada por Vieira de Andrade, quando este autor afirma, ao tratar do conteúdo essencial absoluto e da dignidade, que não se trata de proteção de cada direito, mas ao preceito constitucional, não podendo o legislador agir contra as exigências mínimas de valor, projeção

intensidade da restrição não é um fator determinante, haja vista que restrições ínfimas não justificadas, violam o conteúdo essencial para teorias relativistas.<sup>352</sup>

Adentrando a questão da relação entre o conteúdo essencial relativo e a dignidade da pessoa humana, Virgílio Afonso da Silva faz um questionamento: “Seria possível aceitar que a dignidade seja também objeto de sopesamento e tenha que ceder ante eventuais circunstâncias de um caso concreto?” O autor informa a posição de Alexy sobre o tema, para quem, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio.<sup>353</sup> Alerta Virgílio que isso seria o mesmo que aceitar a existência de um conteúdo essencial absoluto à parte regra da dignidade. Portanto, entende que tal concepção traria muitos problemas, como, por exemplo, a determinação do que deve fazer parte desse conteúdo absoluto. Assim, entende melhor sustentar que a dignidade deve seguir os mesmos caminhos de todos os princípios quanto a um conteúdo essencial relativo, salvo em situações expressas em que a Constituição estipula condutas absolutamente vedadas em normas com estrutura de regras, como, por exemplo, a vedação à tortura e a tratamento degradante, previstas no art. 5º, III, da Constituição, que impõe uma barreira imune de ponderação ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana.<sup>354</sup>

---

da dignidade da pessoa humana e fundamento de cada preceito, como enunciado acima. Assim, seria possível a utilização de uma teoria absoluta com essa dimensão objetiva para solucionar esse ponto? No que se refere ao segundo ponto, ou seja, o método de controle e a forma de solução, a situação é mais complicada. Todavia, a título de questionamento, pode-se fazer a seguinte colocação: Após a ponderação, não seria possível realizar-se um procedimento de averiguação do objeto desta com o conteúdo essencial obtido abstratamente como projeção da dignidade humana, se continuar-se a usar a teoria de Vieira de Andrade? Por fim, seria adequada a utilização do critério da harmonização para a solução desta questão, uma vez evidenciado que o objeto da ponderação afeta o conteúdo essencial absoluto?

<sup>352</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 198.

<sup>353</sup> Este posicionamento já foi abordado em nota precedente sobre a natureza relativa da dignidade humana, mas é interessante a sua retomada, com uma exposição mais detalhada. Como enuncia Alexy, afastando a noção de princípio absoluto, é que a dignidade humana é uma norma que deve ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, além de existir, para a dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que lhe atribuem altíssimo grau de certeza e, sob tais condições, o princípio da dignidade prevalecerá. Ademais, a relação de preferência do princípio da dignidade humana sobre outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. O que é absoluto é a regra e não o princípio. Ademais, o princípio da dignidade humana seria sopesado para determinar o conteúdo da regra da dignidade. Afirma, por fim, que, “(...) sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana”. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-114.

<sup>354</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 201-202.

#### 1.5.4 Noções gerais sobre ponderação

Cumprir este ponto trazendo a posição de Gomes Canotilho a respeito da relação entre interpretação e ponderação. O autor reconhece que para muitas propostas metodológicas a ponderação seria um dos elementos do procedimento da interpretação e aplicação de normas.<sup>355</sup> Todavia, prefere o autor atribuir autonomia à ponderação, para dar relevo à ideia de que a ponderação não teria por objetivo atribuir um significado ao texto da norma, mas equilibrar e ordenar bens conflitantes em um caso concreto.<sup>356</sup> É importante frisar que para o presente trabalho a ponderação está inserida no contexto da concretização.

Feito este registro, cabe definir o que significa ponderação.<sup>357</sup> Esta tarefa foi bem desempenhada por Ana Paula de Barcellos. Segundo a autora, após afastar outras formas de compreensão da matéria<sup>358</sup>, ponderação, ou *balancing* para a

---

<sup>355</sup> Nesse sentido Virgílio Afonso da Silva. De acordo com o autor, o sopesamento seria um procedimento de interpretação e aplicação do direito. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 148. Em sentido aproximado Vieira de Andrade entende que a atividade restritiva ou condicionadora, assim como a concretizadora dos limites imanentes, deve integrar-se à competência interpretativa dos aplicadores da Constituição. Conforme: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 304.

<sup>356</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.237.

<sup>357</sup> Apesar da impossibilidade de aprofundamento do debate e, em específico da apresentação das razões da doutrina para afastar os argumentos, reconhecem-se a existência de críticas à ponderação. Assim, como forma de se ilustrar a questão, apresenta-se as críticas trazidas por Ana Paula de Barcellos. Nos termos da autora, elas poderiam ser sistematizadas, conforme o que, sumariamente, se expõe: a ponderação seria metodologicamente inconsistente, pois sem parâmetro e padrão; a ponderação admite um excessivo subjetivismo; a ponderação arruína as conquistas do Estado de Direito, em especial legalidade e segurança jurídica; a aplicação do direito transforma-se em novo processo político; a ponderação aniquila a normatividade Constitucional e na ponderação, na maioria dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população. Conforme: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50-52. Registre-se que parte das críticas apresentadas são informadas e debatidas por Pulido. São as objeções dos críticos, conforme Pulido: a indeterminação da ponderação, pela falta de critérios para vincular o juiz e controlar as suas decisões; a incomensurabilidade da ponderação, pois não há uma unidade de medida para que esta seja feita e a impossibilidade de se predizer os resultados da ponderação, pois criam decisões de caso concreto. Conforme: PULIDO, Carlos Bernal. "La racionalidad de la ponderación". In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 51-80 (em inglês, "The Rationality of Balancing"). Disponível em: [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf). Acesso em: 17 jul. 2013.

<sup>358</sup> A autora faz referência a três outras formas pelas quais a ponderação tem sido compreendida e explicada. Primeiramente, como forma de aplicação dos princípios, posição fundada em boa parte na doutrina de Alexy. Em segundo lugar, a ponderação é entendida como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, envolvendo, ou não, princípios. Por fim, para a teoria da argumentação, a ponderação seria entendida como um elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais, estando sempre presente na interpretação. Os argumentos para a não adoção destas compreensões variam a cada entendimento afastado. Entretanto, pode-se, resumidamente e assumindo a inevitável impossibilidade de trazer todas as especificidades deste tópico, trazer alguns

doutrina norte-americana, é entendida como “[...] a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.<sup>359</sup>

Verifica-se, a partir desta definição, que a ponderação possui um papel específico, isto é, a solução de conflitos normativos. Ademais, e isto já foi mencionado, a ponderação não substitui a utilização da interpretação. Assim, é possível dizer que a aplicação da hermenêutica tradicional tem a função de auxiliar na definição do âmbito de proteção da norma<sup>360 361</sup> que, em algumas situações, pode estar em conflito com outro direito, ou bem, constitucionalmente protegido.

Portanto, a ponderação, ou balanceamento *ad hoc*, pressuporia, no entendimento de Canotilho, a existência de, ao menos, dois bens ou direitos protegidos por norma constitucional que, em razão das circunstâncias do caso, não podem ser totalmente realizados. Pressupõe ainda a inexistência de regras abstratas de prevalência, caso contrário, o conflito seria resolvido pelo balanceamento em abstrato feito pela norma constitucional. Estão excluídas, desta maneira, as relações de preferência *prima facie*. Em razão disso a verificação de prevalência seria relativa e ocorreria no caso a caso.<sup>362</sup>

Para Ana Paula de Barcellos seria possível a configuração de preferências *prima facie*, fundada na ideia de a disposição contribuir direta, ou indiretamente, para a dignidade da pessoa humana.<sup>363</sup> A mesma autora, cuidando de críticas a propostas alternativas de solução deste tipo de conflito, afirma que “[...] quanto mais

esclarecimentos, necessários para justificar a escolha da definição apresentada pela autora. Para esta, a ponderação não deve ser usada em substituição genérica aos elementos clássicos de interpretação, que permanecem relevantes. Além disso, apesar de se relacionar com princípios, não se vincula exclusivamente a eles. Conforme: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23-38.

<sup>359</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

<sup>360</sup> Ressalte-se que, como dito acima, na metodologia concretista, os métodos tradicionais, assim como a dogmática, auxiliam na definição do programa normativo, e para a identificação do âmbito normativo se faz necessária a inclusão de questões relacionadas ao problema concreto.

<sup>361</sup> Canotilho ressalta a noção da doutrina americana de “definitional balancing”, que tem por fim a delimitação do âmbito de proteção de uma norma constitucional, excluindo algumas condutas desta esfera de proteção. Entre os exemplos, o autor informa que a propaganda subversiva não estaria protegida pela liberdade de manifestação de pensamento. O próprio autor ressalva que o “definitional balancing” não seria um procedimento de ponderação, pois se localizaria no processo de interpretação para a definição do âmbito de proteção. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.239-1.240.

<sup>362</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.240.

<sup>363</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73.

a doutrina precisar os contornos de cada direito, isoladamente considerado e na convivência com outros, menor será a necessidade da chamada ponderação 'ad hoc' [...]"<sup>364</sup>

Por fim, cabe finalizar este tópico, trazendo à discussão a relação entre a ponderação e o princípio da concordância prática, já estudado, para a solução de conflitos normativos. Canotilho traça uma distinção, entendendo que ponderar princípios significaria sopesar, em um caso concreto, para apurar qual dos princípios teria maior valor. Harmonizar, por sua vez, corresponderia à transação entre princípios, de forma que, no caso concreto haja uma aplicação coexistente dos princípios. O mencionado autor atribui prevalência à ponderação.<sup>365</sup>

Ana Paula de Barcellos dispõe que a concordância prática foi concebida como alternativa à ponderação, cujo instrumento metodológico, assim como na ponderação, seria o princípio da proporcionalidade. A diferença é que ponderação levaria à preeminência de um bem constitucional sobre o outro e a concordância prática teria por objetivo a sua harmonização. Contudo, a concordância prática passou a ser incorporada à ponderação e, assim, a ponderação deve sempre que possível buscar a concordância prática, em respeito também ao princípio da unidade da Constituição.<sup>366</sup>

O professor Vieira de Andrade leciona que a concordância prática seria um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis. Acrescenta que o princípio da concordância prática executa-se através de um critério de proporcionalidade. Desta forma, e especificando melhor, afirma o autor que se trata de um procedimento e de um juízo de ponderação não dos valores, mas das formas e modos de exercício dos direitos, no caso concreto, como forma de tentar encontrar e justificar a solução mais de acordo com a ordem constitucional.<sup>367</sup>

---

<sup>364</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 75.

<sup>365</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.241.

<sup>366</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83-84.

<sup>367</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 302-303.

## 2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Inicia-se um novo capítulo no presente estudo, que tem por propósito realizar uma breve análise da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. Justifica-se a necessidade deste estudo, haja vista que o enfoque sobre a liberdade de ensinar que se dará no presente trabalho leva em consideração a educação básica de crianças e adolescentes. Portanto, este público, em especial, gera interesse a esta pesquisa. Ainda que não seja possível debater todas as especificidades a ele relacionadas, cumpre trazer um panorama de sua proteção constitucional.

Ressalte-se que se fará uma abordagem genérica sobre a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, com especial atenção a seus aspectos constitucionais, em razão dos limites do trabalho.

### 2.1 Noções introdutórias e conceito

O primeiro ponto a ser tratado refere-se ao que se considera como criança e adolescente para os objetivos deste estudo. Sem maiores aprofundamentos, uma vez que fugiria aos propósitos visados, o texto observará o critério legal que define cronologicamente as noções de crianças e adolescentes.<sup>368</sup>

Feita esta necessária estipulação, inicia-se a análise da doutrina da proteção integral.

A doutrina da proteção integral foi proclamada pela Constituição Federal,<sup>369</sup> em seu art. 227, e está expressamente prevista no art. 1º do Estatuto da Criança e do adolescente. No plano internacional é importante destacar a sua previsão na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente no Brasil desde 1990.<sup>370</sup>

---

<sup>368</sup> Consideram-se, nos termos do art. 2º da Lei 8.069 de 1990, que crianças são pessoas até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade.

<sup>369</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** – Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17.

<sup>370</sup> Há posicionamento doutrinário no sentido de que foi a Convenção Internacional que influenciou a proteção conferida às crianças e aos adolescentes na Constituição e no ECA, ainda que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança somente fosse aprovada em 1989. Conforme: COSTA, Ana Paula Motta. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 857.

A doutrina da proteção integral trouxe uma profunda modificação na forma como se realizava o tratamento jurídico conferido a crianças e adolescentes. Cabe, desta forma, trazer um breve histórico do tratamento conferido a crianças e adolescentes pela legislação anterior.

Nos termos bem definidos por Martha de Toledo Machado, antes da vigência destes diplomas legislativos adotava-se o denominado direito do menor<sup>371</sup>, cuja preocupação principal era o combate à criminalidade juvenil e a proteção da sociedade. Este direito baseava-se na confusão entre infância delinquente e infância carente, ressaltando o mesmo tratamento a ambas.<sup>372</sup> Assim, tratava-se da mesma forma adolescentes que praticassem condutas tipificadas como crimes e aqueles que estivessem privados dos recursos básicos. Tal direito é anterior ao Código de Menores de 1979<sup>373</sup>. Entretanto, foi a partir desse diploma que se tornou conhecida a expressão doutrina da situação irregular.<sup>374</sup>

Para a mesma autora, a confusão entre carência/delinquência criou um direito triplamente iníquo. Em primeiro lugar, houve uma cisão entre crianças e adolescentes em situação regular, a quem se aplicaria um direito dotado de certas garantias e seriam submetidos a órgão judiciário comum, que também possuía garantias processuais, e crianças e adolescentes em situação irregular (delinquentes e carentes), que não teriam acesso a esse direito material e processual, haja vista a aplicação de lei específica, que não resguardava tais cuidados. Em segundo lugar, restaria a implementação de medidas privativas de liberdade de crianças e jovens carentes, pois, como dito, recebiam o mesmo tratamento de quem praticou crime, isto é, seriam encaminhados a reformatórios. Por fim, esse direito é iníquo, em razão da perda das garantias dos autores de crimes, em razão do argumento de aplicação de medida protetiva e não repressiva.<sup>375</sup>

Como contraposição à doutrina da situação irregular há uma mudança de paradigma a partir da Constituição de 1988 e a adoção da doutrina da proteção

---

<sup>371</sup> A expressão “menor”, por estar relacionada somente à situação irregular, que será abordada, não foi utilizada na nova legislação e é considerada pejorativa, em razão de ser discriminatória.

<sup>372</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 37-42.

<sup>373</sup> Lei 6.697/79.

<sup>374</sup> Art. 2º, da Lei 6.697/79.

<sup>375</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 47-48.

integral. No mesmo sentido o posicionamento de Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta:<sup>376</sup>

Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial.

Partindo-se deste conceito, podem-se fazer algumas observações. Primeiramente, como afirmado, a doutrina da proteção integral trata-se de novo paradigma jurídico. O paradigma anterior baseado na ideia de situação irregular, como previsto no revogado Código de Menores, somente tratava de crianças e adolescentes em conflito com a lei. A doutrina da proteção integral,<sup>377</sup> por sua vez, reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

Também chama a atenção no conceito a preocupação em assegurar a prevalência e a primazia no interesse da criança e do adolescente. Esta primazia, que será mais bem abordada, decorre diretamente da qualidade dos sujeitos e de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que, assim, requer uma proteção especial.

Cabe aqui lembrar o posicionamento de Bobbio que, ao tratar sobre a afirmação dos direitos humanos, reconhece a sua natureza de produto da civilização humana e, portanto, são históricos e mutáveis. O citado autor utiliza a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, como exemplo de aperfeiçoamento e especificação dos direitos do homem. Lembra que a criança, em razão de sua imaturidade física e intelectual, necessita de proteção particular e cuidados especiais. Consideram-se os direitos das crianças como um “*ius singulare*”, frente aos direitos do homem.<sup>378</sup>

Ainda no sentido de mudança de paradigma, é importante ressaltar que houve uma alteração do papel desempenhado por crianças e adolescentes, que

---

<sup>376</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 467.

<sup>377</sup> No entendimento de Ana Paula Motta Costa, a doutrina da proteção integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Conforme: COSTA, Ana Paula Motta. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 856.

<sup>378</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 34.

passaram da condição de objeto de proteção a sujeitos de direito. Diretamente relacionada a este ponto está a proteção especial conferida através de direitos especiais que este sujeito possui em face da família, da sociedade e do Estado, em razão de sua condição peculiar. Mais à frente este tópico será adensado.

Acrescenta-se, como afirma Martha de Toledo Machado, que a doutrina da proteção integral assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes merecem igualdade jurídica, não importando a sua situação fática.<sup>379</sup> Assim, afastar-se-ia a distinção entre situação regular e irregular.

## 2.2 Pessoas em desenvolvimento

A base para a proteção especial conferida na Constituição para crianças e adolescentes decorre de sua condição peculiar de pessoas humanas em desenvolvimento. Tratam-se de seres humanos em processo de desenvolvimento físico, psíquico, moral e emocional, ou seja, em processo de desenvolvimento de suas potencialidades.

Como consequência desta condição peculiar de desenvolvimento, crianças e adolescentes encontram-se em situação especial de vulnerabilidade, qualidade do sujeito, que exige um regime especial de proteção. Esse grupo não desenvolveu completamente a sua personalidade.<sup>380</sup>

A noção de vulnerabilidade neste caso refere-se ao estado de desigualdade inerente em que se encontram as crianças e os adolescentes, em comparação com o mundo adulto. Como decorrência desta desigualdade, o ordenamento confere-lhes especial proteção com o objetivo de busca por uma igualdade material.<sup>381</sup>

Um aspecto que tangencia a condição de sujeito de direito de crianças e adolescentes refere-se à sua capacidade civil e a necessidade de atuação de um

---

<sup>379</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 50.

<sup>380</sup> Neste ponto da condição peculiar, Martha de Toledo Machado faz referência à condição de vulnerabilidade, bem como à personalidade infanto-juvenil. A autora destaca que a possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana é pré-requisito da noção jurídica de personalidade. Conforme: MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 108-109. A mesma autora entende que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes estão intimamente ligados aos direitos da personalidade. Conforme: MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 112.

<sup>381</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

responsável por estes. Esta questão não será objeto de estudo no presente texto, porém cabe registrar que, assim como Ana Paula Motta Costa, entende-se que o poder do adulto sobre crianças e adolescentes encontra limites na responsabilidade sobre o seu desenvolvimento e na garantia de sua dignidade.<sup>382</sup>

Interessante registrar, por fim, a abordagem realizada por Antônio Carlos Gomes da Costa, para quem cada etapa de desenvolvimento da criança é, à sua maneira, um período de plenitude, que deve ser compreendido pelo mundo adulto. Assim, a criança ou o adolescente não são seres inacabados, cuja plenitude apenas ocorrerá com a idade adulta.<sup>383</sup>

### 2.3 Direitos das crianças e dos adolescentes

Para que seja possível verificar a proteção especial conferida através dos direitos de titularidade de crianças e adolescentes é necessário estabelecer uma ligação entre a doutrina da proteção integral e a dignidade da pessoa humana.<sup>384</sup>

Admite-se a ideia de dignidade da pessoa humana como princípio constitucional que é fundamento dos direitos fundamentais, como afirmado anteriormente. Em nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana está prevista, dentre outros dispositivos, no art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil e no art. 227, *caput*, como um direito a ser assegurado, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes.

Observa-se, assim, que a dignidade humana é fundamento dos direitos fundamentais e está prevista em nossa Constituição como princípio fundamental da República e como direito a ser assegurado a crianças e adolescentes. Desta forma, verifica-se que a toda criança e adolescente, em razão de sua condição humana,

---

<sup>382</sup> Informa-se, entretanto, que a autora utiliza esses limites de forma mais genérica, ligada à noção de reconhecimento da condição de pessoa em situação especial de desenvolvimento. Além disso, a autora prefere utilizar da ideia de alternativa entre as duas possibilidades de limitação. Conforme: COSTA, Ana Paula Motta. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 861.

<sup>383</sup> Idem, ibidem, p. 59.

<sup>384</sup> Martha de Toledo Machado assevera que em harmonia axiológica com a supremacia do valor dignidade da pessoa humana, foi inserido na Constituição um sistema de proteção especial para crianças e jovens. Conforme: MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 105.

devem ser reconhecidas a sua dignidade humana e a titularidade dos direitos fundamentais que a todos aproveitam, resguardada a sua condição peculiar.

Entretanto, não basta o reconhecimento da dignidade e a previsão de titularidade de direitos a crianças e adolescentes, a proteção integral a isto não se restringe, ou melhor, o resguardo à dignidade da pessoa humana criança e adolescente necessita da previsão de outros direitos, ou a conformação de alguns direitos atribuídos aos adultos. Trata-se, nos termos da Constituição e do ECA, da imputação de direitos especiais a criança e adolescente, em razão de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Assim, este sujeito especial possui, além dos direitos fundamentais genéricos<sup>385</sup>, direitos especiais, que devem ser assegurados pela família, comunidade, sociedade e Estado, para garantir o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

A doutrina costuma separar a fruição dos direitos fundamentais genéricos da proteção integral.<sup>386</sup> Esta também é, aparentemente, a disposição contida no art. 3º do ECA, que afirma o gozo de todos os direitos fundamentais decorrentes da condição humana, pelas crianças e pelos adolescentes, sem prejuízo da proteção integral. Contudo, parece ser mais acertado inserir os direitos genéricos na ideia de proteção integral, que possui íntima relação com a dignidade humana de crianças e adolescentes. Estes possuem, além da condição humana, a qualidade de estarem inseridos em um grupo específico, em razão de sua condição especial. Desta maneira, decorreria da proteção integral a titularidade de direitos fundamentais genéricos e de direitos especiais, que compõem um sistema especial de proteção de crianças e adolescentes.

O sistema de proteção especial está disposto em todo o art. 227 da Constituição e, em especial, em seu *caput* e §3º. Além disso, encontram-se diversos dispositivos da Constituição que estabelecem esta proteção, a exemplo dos arts. 228 e 229, da Constituição que abordam, respectivamente, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos e o dever de assistência dos pais, em relação aos filhos menores de idade. É importante deixar registrado que tais direitos constitucionais, decorrentes desta proteção especial, são direitos fundamentais.

---

<sup>385</sup> Registre-se que a denominação direitos fundamentais genéricos deve ser entendida para os fins do presente texto como aqueles que não sofrem alteração em razão de sua fruição pelo público infanto-juvenil.

<sup>386</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** – Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35 e PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 472.

Para parcela da doutrina a condição de especialidade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes pode ser observada sob dois aspectos. O primeiro de natureza quantitativa, que se refere ao maior número de direitos fundamentais reconhecidos a crianças e adolescentes, e o segundo de natureza qualitativa, em razão da estrutura especial desses direitos.<sup>387</sup> Não há maiores questionamentos sobre o aspecto quantitativo da especialidade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Todavia, no que tange ao aspecto qualitativo, há que se explicar o sentido desta especialidade em razão de sua estrutura.

Há posicionamento doutrinário no sentido de que, no que se refere aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a Constituição teria superado a dicotomia entre direitos civis e direitos sociais, em razão da necessidade de sua maior proteção. Assim, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes seriam conformados como direitos que produzem obrigações comissivas, consubstanciadas no dever de asseguramento. Desta maneira, segundo este posicionamento, a Constituição teria explicitamente adotado a concepção unitária dos direitos humanos, reconhecendo a interdependência entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.<sup>388</sup> Esta configuração estrutural diferenciada buscaria maior efetividade a esses direitos fundamentais. Contudo, esta seria apenas a primeira faceta qualitativa que caracterizaria a estrutura da proteção especial. A segunda faceta seria a absoluta prioridade, isto é, os direitos das crianças e dos adolescentes têm primazia em sua efetivação.<sup>389</sup> Este tema será abordado no item seguinte.

Cumprido salientar que o presente trabalho, em razão de seus limites, não tem por finalidade ingressar nas discussões infraconstitucionais relativas à temática da infância e da juventude, salvo algumas breves ponderações. No presente momento entendeu-se relevante fazer algumas observações relacionadas aos direitos previstos no ECA e a sua relação com os demais dispositivos legais.

---

<sup>387</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 121.

<sup>388</sup> Ainda de acordo com esse posicionamento, justifica-se a existência de um direito social de proteção à infância, previsto no art. 6º, da Constituição e do posicionamento dos arts. 227 e 228 no título Da Ordem Social, também da Constituição de 1988. Conforme: MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 135-136.

<sup>389</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 385-388.

O ECA traz em seu bojo matérias envolvendo diversas áreas do direito, afetas à criança e ao adolescente. Entende-se que ele configuraria um microsistema, que regula o direito da criança e do adolescente em todos os seus aspectos, em razão dos interesses envolvidos. Desta forma, em se tratando desses sujeitos especiais, somente devem incidir as normas de outros regramentos jurídicos, quando houver lacuna no ECA e, ainda assim, se não forem incompatíveis com os seus princípios fundamentais.<sup>390</sup> A partir da entrada em vigor deste estatuto, há a necessidade de interpretação das normas à luz destes princípios fundamentais, chegando a se considerar revogadas, as normas precedentes que entrem em contradição com estes princípios.<sup>391</sup>

Sobre esta temática, o art. 6º do ECA traz regra de interpretação específica. Registre-se o posicionamento de Wilson Donizeti Liberati sobre este dispositivo:

Em verdade, na interpretação do texto legal, o que se deve observar é a proteção dos interesses da criança e do adolescente, que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.<sup>392</sup>

Portanto, em uma situação real de concretização de normas que envolvam direitos de crianças e adolescentes, cabe ao intérprete do direito, caso haja conflito entre regras legais, reconhecer ao ECA a condição de microsistema e aplicar as suas normas, além de interpretar as demais normas legais de acordo com os princípios constitucionais e do ECA.

## 2.4 Primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes

A Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, os direitos e garantias previstos no dispositivo a crianças, adolescentes e jovens. No mesmo

---

<sup>390</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** – Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

<sup>391</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** – Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35.

<sup>392</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 22.

sentido, o art. 4º do ECA,<sup>393</sup> prevê a absoluta prioridade na efetivação dos direitos, incluindo a comunidade entre os responsáveis.

Assim, é preciso aceitar a primazia dos interesses das crianças e dos adolescentes, como previsto na Constituição e na legislação, além de estar inserida em mecanismos internacionais.<sup>394</sup> A razão desta primazia decorre, como afirmado, de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Reconhece-se, desta forma, as vulnerabilidades, principalmente das crianças, em suas capacidades físicas e de natureza cognitiva, emocional e social, que ganham dimensões preocupantes em um mundo caracterizado por rápidas mudanças.<sup>395</sup>

A prioridade de proteção à infância e a juventude deve se encontrar entre as responsabilidades da família, da sociedade e do Estado. Tais entes, em razão da prioridade, devem possuir um objetivo prático que é a concretização dos direitos previstos na Constituição e na legislação.

Duas questões são imprescindíveis quando se trata da absoluta prioridade dos direitos das crianças e dos adolescentes. A primeira refere-se a determinar se este mandamento constitucional prevê uma regra ou um princípio. A segunda, diretamente relacionada à primeira, tem por finalidade discutir a interpretação que deve ser conferida a esta norma.

Caso a prioridade absoluta de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes seja reconhecida como uma regra, isto repercutirá no momento de concretização de direitos fundamentais afetos a esse seguimento social. Tratar-se-ia, de acordo com o estudado, de um preceito que conteria uma disposição definitiva, que, em tese, deveria ser aplicada à situação, de acordo com as características do caso concreto. Por outro lado, caso se entenda que a absoluta

---

<sup>393</sup> O parágrafo único do art. 4º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) determina que a garantia de prioridade compreende:

“(…)

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

<sup>394</sup> Para Ana Paula Motta Costa o princípio da prioridade absoluta tem sua origem histórica e normativa no princípio do interesse superior da criança, que está positivado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Conforme: COSTA, Ana Paula Motta. *A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 863.

<sup>395</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22.

prioridade possui natureza de princípio, a esta será reconhecida a natureza *prima facie*, e haverá a necessidade de sua ponderação em face de outros princípios no caso concreto.

Como consequência dessas naturezas distintas, é possível que haja soluções diferentes para conflitos normativos ocorridos entre direitos fundamentais de crianças e de adolescentes e direitos fundamentais de adultos.

Em uma análise preliminar, verifica-se a possibilidade de se adotar a natureza de regra para a prioridade absoluta, reconhecendo-a como uma técnica que, ao conferir prioridade absoluta a direitos fundamentais de um grupo específico, pode ser utilizada para a solução de conflitos entre direitos. Seria enquadrada como uma regra abstrata de prevalência constitucional, no sentido aduzido por Canotilho.<sup>396</sup>

Todavia, esta não parece ser a saída mais indicada, havendo razões para se reconhecer a natureza de princípio à prioridade absoluta. Em primeiro lugar, é possível vislumbrar que a aplicação da prioridade absoluta necessita de interpretação que inclua a ponderação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Caso assim não se entenda, estar-se-ia determinando que a prioridade absoluta possuiria uma natureza absoluta, no sentido de que prevaleceriam os direitos de crianças e adolescentes sobre quaisquer outros direitos, independentemente da importância dos direitos em conflito. Assim, por exemplo, mesmo o direito fundamental de adolescente, menos importante no caso concreto, deveria prevalecer sobre um direito diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana de adulto. Tal interpretação não parece adequada. Ademais, como se observou, nem mesmo à dignidade, fundamento de todos os direitos fundamentais, foi atribuído esse caráter absoluto, como já estudado.

Destarte, o presente texto reconhece a possibilidade de ponderação entre regras, mas esta ponderação deve ser feita no caso concreto, da mesma maneira que os princípios, e não em abstrato, como regra abstrata de prevalência.

Portanto, parece mais razoável atribuir a condição de princípio à prioridade absoluta, que será interpretada e, eventualmente, ponderada no caso concreto. Claro que, e é preciso que isto fique registrado, esta prioridade absoluta deve gerar um ônus argumentativo maior ao intérprete. Com isso quer se dizer que em situações de paridade entre os direitos fundamentais devem prevalecer aqueles

---

<sup>396</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.240.

cujos titulares são crianças e adolescentes. Contudo, de acordo com as situações concretas, estes podem ser preteridos, desde que fique claramente demonstrada a necessidade de prevalência de outros direitos de importância superior, com a observação de que deve ser buscada a concordância prática.

Interessante trazer alguns posicionamentos doutrinários sobre essa temática. Martha de Toledo Machado, após entender que a prioridade absoluta seria uma das facetas da conformação estrutural diversa dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes, como já abordado, ressaltou a possibilidade deste conflito normativo. Entende a autora, com uma base dogmática um pouco diversa da adotada neste texto, que não se deve dar conceituação rígida à prioridade absoluta, no plano constitucional, devendo seu contorno ser ditado pela legislação ordinária. Acrescenta pela necessidade de se trabalhar a noção de razoabilidade jurídica nesta primazia. Admite que em uma interpretação sistemática da Constituição, verifica-se a existência de direitos fundamentais tão básicos que o patamar mínimo de igualdade já foi fixado pela Constituição e, desta maneira, não poderiam ceder mesmo em relação à primazia conferida a crianças e adolescentes. Por fim, entende que o significado da expressão absoluta deve ser no sentido de primeira.<sup>397</sup>

Ressalte-se também a posição de Ana Paula Motta Costa sobre esse tema. A autora nomeia a prioridade absoluta como um princípio para, em seguida, destacar a dificuldade de sua abordagem. Segundo o seu posicionamento, caberia ao intérprete, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, analisar o que se entende pela prioridade a ser garantida a crianças e adolescentes.<sup>398</sup>

Por fim, Maria Dinair Acosta Gonçalves defende que a prioridade absoluta possui natureza de norma/princípio de eficácia plena. Entende a autora, sem se aprofundar sobre a questão do conflito com outros direitos, que o princípio da prioridade absoluta “[...] define a temporalidade da entrega dos direitos fundamentais em condições de exercício pela população infanto-juvenil”.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 389-392.

<sup>398</sup> COSTA, Ana Paula Motta. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 874.

<sup>399</sup> GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **Proteção Integral: Paradigma Multidisciplinar do Direito Pós-Moderno**. Porto Alegre: Alcance, 2002, p. 32.

### 3 DIREITO À EDUCAÇÃO

O presente capítulo discutirá o direito à educação, pois este estudo consiste em uma etapa necessária para o entendimento do objeto do trabalho. Para que seja possível a realização dos contornos da liberdade de ensinar, há que se conceber antes algum delineamento constitucional ao direito à educação, haja vista que a liberdade de ensinar, por expressa disposição constitucional, é um princípio deste e, desta maneira, possui íntima relação com o mesmo, o que será mais bem debatido.

Some-se a este fato, o que já bastaria para que o tema fosse estudado, que será nesse capítulo que se elucidará o conceito de educação básica, um dos elementos delimitadores do objeto de pesquisa.

Advirta-se que esta análise não será feita de forma aprofundada, pois isto extrapolaria os limites do trabalho. Realizar-se-á um recorte de parte da temática, privilegiando-se o disciplinamento que foi trazido pela Constituição, o que não afasta a necessidade de ingressar em algumas disposições legais sobre o tema, como forma de se elucidar a temática. Ademais, alguns conceitos e aprofundamentos sobre a relação educacional somente serão discutidos no capítulo referente à liberdade de ensinar.

#### 3.1 Conceito de educação

Trata-se de uma difícil tarefa conceituar educação, haja vista que este conceito está profundamente ligado a questões históricas, ideológicas e filosóficas. Desde a Antiguidade há preocupações sobre a educação e, especificamente, sobre as suas finalidades e métodos.<sup>400</sup>

O presente texto não comporta uma longa pesquisa sobre a história da educação e suas influências, por não ser este o seu objetivo.<sup>401</sup> Assim, o tema será

---

<sup>400</sup> Para aprofundamento: MONROE, Paul. **História da Educação**. Nova tradução e notas de Idel Becker. 14. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

<sup>401</sup> Entende-se, todavia, ser relevante apresentar, ainda que em linhas muito gerais, parte do pensamento de três autores sobre a educação, em razão de sua originalidade e importância histórica. O primeiro autor é Platão, para quem, em “A República”, a educação possui uma função de suma importância para a sociedade. É por intermédio da educação que se descobre e se desenvolvem as qualificações do indivíduo para a sua filiação à classe a que se destina. A sociedade seria dividida em três classes: a classe dos filósofos, a classe militar e a classe dos comerciantes. A educação desenvolveria os indivíduos para o exercício de sua classe, o que acarretaria a virtude neste e a justiça na sociedade. (MONROE, Paul. **História da Educação**. Nova tradução e notas de Idel Becker. 14. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979, p. 63 e 64). Para Aristóteles a finalidade da educação era

abordado a partir de alguns conceitos e explicações mais atuais de educação, que servirão de base para a presente compreensão de educação.

Em primeiro lugar, cabe trazer o significado do termo educação, apresentado por Regina Maria Fonseca Muniz: “O conceito de educação, na sua etimologia, sempre foi afetado por uma dupla influência: ou entendiam-no como desenvolvimento das possibilidades interiores do homem, onde o educador apenas as exterioriza (nativismo), ou consideravam-no como conhecimento humano adquirido pela experiência (empirismo). Os dois vocábulos latinos *educare* e *educere*, origem etimológica do verbo educar, encerram essa dupla concepção.”<sup>402</sup>

A seguir, a mesma autora explica que o termo *educare* compreende um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano, visando sua melhor integração individual e social, enquanto que *educere* refere-se a uma educação em que o mais importante é a capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento depende em boa parte de um dinamismo interno.<sup>403</sup>

Registre-se também o conceito de educação para o sociólogo Durkheim:

É a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para a vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela comunidade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina.<sup>404</sup>

---

a felicidade e o mais alto fim atingível pelo homem estaria em uma atividade. As duas espécies de bem seriam: o “bem do intelecto”, que é produzido pelo ensino, e o “bem do caráter”, que é decorrência do hábito. A virtude seria o conhecimento do bem e seu funcionamento, ou seja, uma conduta. A felicidade, assim, seria o resultado desta atividade. O filósofo organiza a educação em sua “A Política” e esta era considerada uma função de Estado, com auxílio dos pais. (MONROE, Paul. **História da Educação**. Nova tradução e notas de Idel Becker. 14. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979, p. 66-69). Por fim, apresenta-se um pouco do pensamento de Rousseau, que, em seu “Émile”, entende que a educação deve ser guiada pelas leis da própria natureza do homem. Outro significado dado à natureza é que aos juízos instintivos deve ser conferida mais confiança do que à experiência que se adquire dos outros. Além disso, valoriza-se o contato dos homens com os animais e a natureza em geral, como forma de afastar a má educação advinda dos outros homens. Para o autor, a educação da criança deveria surgir do desenvolvimento livre de sua própria natureza. O que ele chama de “educação negativa”, teria não a função de trazer a virtude, mas de proteger a criança do vício. Somente entre quinze a vinte anos da pessoa, a educação se daria para a vida em sociedade. Utiliza-se, nesta idade, de ensinamentos morais e religiosos, transmitidos através da experiência. (MONROE, Paul. **História da Educação**. Nova tradução e notas de Idel Becker. 14. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979, p. 258-264).

<sup>402</sup> MUNIZ, Regina Maria F. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7.

<sup>403</sup> MUNIZ, Regina Maria F. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7-8.

<sup>404</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978, p. 41. Apud SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 09.

Deste conceito cabe registrar a relação intergeracional e a preocupação com os estados da criança, principalmente os ligados aos valores morais, reclamados pela comunidade política. Tal concepção de educação é criticada por Cláudia Mansani Queda de Toledo<sup>405</sup> que, citando Paulo Meksenas, entende que este conceito é conservador, pois pretende a permanência do mundo atual e a adaptação do indivíduo a ele.

A mesma autora, discutindo a questão da liberdade de cátedra, entende que a educação seria um processo de plenitude humana, que envolveria quem a transmite e quem a recebe em um movimento de reciprocidade, que necessita do exercício da liberdade de cátedra ativa e passivamente para a construção do conhecimento.<sup>406</sup>

A partir deste conceito, constata-se a preocupação da autora com o movimento de reciprocidade entre professor e aluno, ou seja, na troca entre ambos para a realização da educação. Além disso, atente-se à liberdade de cátedra, bem como a relação existente entre educação e seu objetivo, que seria a construção do conhecimento. As discussões a respeito da liberdade de cátedra e da noção de conhecimento serão realizadas em momento oportuno.

Para Maria Garcia<sup>407</sup> educação “[...] é um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo é social.” E, em complemento ao conceito, a mesma jurista informa as finalidades da educação que são:

(...) formar para a liberdade que vem pelo conhecimento, pela possibilidade de opções ou alternativas; formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelece o art. 1º da Constituição.

---

<sup>405</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. **Educação: Uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 22.

<sup>406</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>407</sup> GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, p. 57 apud GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RDCI 51/53, abr.-jun./2005.

Do conceito da autora é preciso chamar a atenção para alguns pontos. Primeiramente, a autora, define educação como um processo contínuo, isto é, que permanece ao longo da vida. Além disso, insere a ideia de educação para a formação do ser humano, o que demonstra a sua importância.

Neste ponto, cabe registrar o que foi dito por Paulo Freire sobre o processo formador, além de sua ligação com o que foi dito sobre a reciprocidade entre professor e aluno: “É preciso que, pelo contrário, desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado.” E complementa o educador: “Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender.”<sup>408</sup>

Retornando ao conceito de Maria Garcia, a autora enumera dentre as finalidades da educação, a formação para a cidadania, para a plenitude dos direitos e para a dignidade da pessoa. Verifica-se, assim, a íntima relação entre cidadania, direitos e dignidade da pessoa humana.

Motauri Ciocchetti Souza também tem o seu conceito sobre educação enquanto processo:

Assim, o processo educacional consiste na transmissão de valores e experiência entre as gerações, permitindo às mais novas alcançar perfeita interação social, propiciando-lhes meios e instrumentos para que possam manter, aprimorar e, posteriormente, retransmitir a seus sucessores o arcabouço cultural, os valores e os comportamentos adequados à vida em sociedade e indispensáveis para o processo de evolução social rumo a um efetivo Estado Democrático de Direito, que deve ter por premissa a consagração da dignidade da pessoa humana.<sup>409</sup>

Acrescenta o autor que a educação:

Abarca, destarte, todas as práticas sociais e vivências a que exposto o ser humano, assim como os ensinamentos que lhe são transmitidos por terceiros – seja nos bancos escolares, no convívio social, ou mesmo (e principalmente) no núcleo familiar.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 55. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 25.

<sup>409</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 09.

<sup>410</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 09.

Um dos pontos que deve ser ressaltado neste conceito é que a educação está presente em todas as esferas da vida social da pessoa e não somente na escola.<sup>411</sup> Todavia, o ponto mais importante refere-se ao objetivo da educação de transmitir os valores, a cultura e os comportamentos indispensáveis à evolução social rumo ao Estado Democrático de Direito. Verifica-se a escolha do autor, em consonância com a nossa Constituição, em deixar claro que a educação deve ter por direcionamento ensinar os valores necessários a este tipo de Estado.

Diretamente relacionado ao conceito de educação, encontra-se a distinção entre educação e ensino. A educação se divide entre educação formal e informal. A educação informal é a que decorre da vida em sociedade, como por exemplo, a decorrente do convívio familiar. A educação formal ou ensino é a que se desenvolve sistematicamente, com a utilização de método, através de conteúdos previamente estabelecidos, com a finalidade de formação do ser humano. Trata-se da educação transmitida na escola, cuja obrigação de prestar é, nos termos de nossa Constituição, do Estado, mas que pode ser prestada, de forma suplementar, pela iniciativa privada. Observa-se, portanto, que o conceito de educação abrange o de ensino, mas a ele não se resume.

De acordo com Regina Maria F. Muniz<sup>412</sup>, é importante lembrar o conceito de instrução, que advém de uma dicotomia grega entre educação e instrução. Na Grécia antiga, cabia ao pedagogo a educação, que era ofertada no âmbito do lar, cuja função era a formação de caráter. A instrução, de outro lado, era fornecida pelo professor e referia-se à transmissão de conhecimentos de matemática, escrita, dentre outros. Atualmente, é comum a utilização do conceito de instrução como sinônimo de ensino.

Esclarecedora, por fim, a distinção entre educação, ensino e doutrinação de Maria Lúcia Arruda Aranha<sup>413</sup>:

---

<sup>411</sup> Ressalte-se que esta concepção foi adotada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394 de 1996) que, já em seu art. 1º, determina que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

<sup>412</sup> MUNIZ, Regina Maria F. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8-9.

<sup>413</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. São Paulo: Moderna, 2002, p. 51 apud GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RDCI 51/53, abr.-jun./2005.

[...] *educação* é um conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidades, mas também do caráter e da personalidade social. O *ensino* consiste na transmissão de conhecimentos, enquanto a *doutrinação* é uma pseudo-educação que não respeita a liberdade do educando, impondo-lhe conhecimentos e valores. Nesse processo, todos são submetidos a uma só maneira de pensar e de agir, destruindo-se o pensamento divergente e mantendo-se a tutela e a hierarquia. (“Destaque no original”).

Registre-se que o estudo de alguns conceitos de educação, bem como a distinção entre os termos apresentados, serve de base para um melhor entendimento sobre a matéria objeto deste trabalho. Contudo, é importante deixar ressaltado que a compreensão de educação para os fins aqui almejados deve se basear nas disposições normativas trazidas pela Constituição. Ademais, a temática será retomada no capítulo sobre a liberdade de ensinar.

### 3.2 Natureza jurídica

Feita esta exposição sobre o conceito de educação, cabe tratar sobre a sua natureza jurídica. A Constituição de 1988 atribui à educação a natureza jurídica de direito fundamental.<sup>414</sup> O Título II da Constituição de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais. O seu Capítulo II, deste Título, cuida dos direitos sociais, cuja previsão é inaugurada pelo art. 6º da Carta. No mencionado artigo está previsto o direito à educação como um direito fundamental social.

O reconhecimento do direito à educação como um direito fundamental social acarreta uma série de consequências.<sup>415</sup> Para fins deste texto, cabe trazer, ainda que superficialmente, algumas dessas consequências.

Cumprido ressaltar que o direito à educação é um direito formal e materialmente constitucional, haja vista que, além de estar positivado no texto da Lei Maior, possui uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Além disso,

---

<sup>414</sup> Ressalte-se que o direito à educação também é amplamente reconhecido como um direito humano, conforme: o art. 26º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e art. 13, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).

<sup>415</sup> Tais consequências já foram tratadas, com algumas modificações, em texto anterior. Conforme: COSTA, Mike Luiz Sella da. O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais. In: **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, v. 3, n. 14.2018. (Direitos Humanos: Direitos econômicos, sociais e culturais). Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume14.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume14.aspx). Acesso em: 01 jun. 2019.

os direitos fundamentais compõem um sistema, uma unidade. Existe uma relação de integração e complementaridade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.<sup>416</sup> Fica clara essa relação quando se trata do direito à educação, haja vista que este é premissa necessária para o exercício da liberdade, da isonomia, da cidadania e para o resguardo à dignidade da pessoa humana.

A Constituição traz outras disposições sobre o direito à educação, além de sua previsão no art. 6º. Cumpre ressaltar os artigos que cuidam do direito à educação, inseridos na Seção I, do Capítulo III, do Título referente à Ordem Social. Nos artigos desta seção está disposta a educação como um direito de todos (caráter universalista) e dever do Estado e da família, com colaboração da sociedade. Também são informados, dentre outras coisas: as suas finalidades; os seus princípios, as suas garantias e a organização dos sistemas educacionais.

Neste ponto, registre-se o posicionamento de Ingo Sarlet. Para o autor, alguns preceitos constitucionais do direito à educação possuem uma fundamentalidade material e formal e compõem o núcleo essencial do direito à educação. Tais preceitos seriam encontrados entre os arts. 205 a 208, da Constituição. Além disso, entende o autor que a própria problemática da eficácia do direito social à educação dependeria desta fundamentalidade.<sup>417 418</sup>

Assim, outra consequência decorrente de sua natureza se refere à eficácia das normas definidoras de direitos sociais.<sup>419</sup> José Afonso da Silva entende que estas teriam, em regra, eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas aquelas que mencionem uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.<sup>420</sup> Todavia, no que se refere à educação básica, o mesmo autor entende se tratar de direito público subjetivo e, portanto, plenamente

---

<sup>416</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 15.

<sup>417</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 348.

<sup>418</sup> Ana Paula de Barcellos entende que a Constituição desdobra o direito à educação em vários direitos mais específicos. Para a autora haveria oito direitos à educação diversos, previstos no art. 208, da Constituição. Conforme: BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-612.

<sup>419</sup> Não se pretende discutir a questão da eficácia das normas constitucionais, o que demandaria uma abordagem específica. Entende-se, entretanto, que algumas observações acerca do direito à educação serão relevantes.

<sup>420</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 182.

eficaz e de aplicabilidade imediata, podendo ser exigido judicialmente.<sup>421</sup> O professor Motauri, por sua vez, defende que o direito à educação deve ter máxima eficácia e que, em razão do disposto no art. 205 da Constituição, trata-se de comando de aplicabilidade imediata.<sup>422</sup> Em posição diversa, para Ingo Sarlet, a eficácia das normas que compõem o direito à educação seria variável. Algumas, como o art. 205, da Constituição, teriam eficácia limitada, por se tratarem de normas programáticas. Outras, como o art. 207 e dispositivos do art. 206, da Constituição, teriam eficácia plena e aplicabilidade direta.<sup>423</sup>

Vidal Serrano Nunes Júnior aborda o tema de forma um pouco diferenciada. Entende o mencionado autor que a preocupação com a efetividade do direito à educação foi tanta que o direito foi positivado por meio de três diferentes estratégias: por meio de tarefa ou programa cometido ao Poder Público; através de sua previsão como direito subjetivo e pela criação de uma garantia institucional.<sup>424</sup>

Mais uma consequência a ser discutida quando se trata de um direito social refere-se à doutrina da reserva do possível e a sua relação com o mínimo existencial. A teoria da reserva do possível funda-se na escassez de recursos e nas previsões orçamentárias para a limitação da realização dos direitos sociais, dentre os quais o direito à educação. Assim, as escolhas relacionadas ao orçamento e à aplicação dos recursos estariam, como decorrência da escassez e por disposição constitucional, inseridas na discricionariedade do Legislador e, mais especificamente, do Administrador.

Contudo, de acordo com a doutrina, tais alegações devem ser afastadas em razão do mínimo existencial. Esta é a posição de Motauri Ciocchetti Souza, que confere uma interpretação ampla a esta garantia: “Com efeito, a igualdade de oportunidades e o resguardo do mínimo existencial somente poderão surgir se a todos for assegurado o direito a processo educacional adequado.”<sup>425</sup>

Pelo entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior, a teoria da reserva do possível também não deve ser aplicada quando o direito social está previsto em

---

<sup>421</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 317.

<sup>422</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 19-20.

<sup>423</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 349.

<sup>424</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 77.

<sup>425</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 11.

norma constitucional que atribui um direito subjetivo. Uma vez atribuído um direito subjetivo ao cidadão, tal direito constitucional ingressa em seu patrimônio jurídico. Portanto, não há liberdade legislativa, já que a norma infraconstitucional deve respeitar os termos da Constituição, que atribuiu o mencionado direito.<sup>426</sup>

Motauri Ciocchetti Souza traz expressamente outra consequência da natureza jurídica do direito à educação como um direito fundamental. Para o citado autor, o direito à educação está inserido entre os limites materiais de alteração da Constituição, ou seja, seu núcleo intangível, previsto no art. 60, §4º, IV, da Lei Maior. Além disso, o mesmo autor entende que apesar do dispositivo mencionado falar em direitos e garantias individuais, a proteção quanto à possibilidade de reforma constitucional se estenderia também aos direitos sociais, em razão de serem dimensões de proteção da dignidade humana e da cidadania. E, ainda que assim não fosse, os direitos sociais estariam inseridos nas chamadas limitações implícitas.<sup>427</sup>

Por se tratar de um direito fundamental, também cabe lembrar que estaria vedado o seu retrocesso indevido.

Por fim, cumpre assinalar, a título de ilustração, que a doutrina costuma qualificar o direito à educação como um direito individual e difuso.<sup>428</sup>

### 3.3 Finalidades da educação

O art. 205 da Constituição Federal inaugura a seção dedicada à educação, dentro do título da ordem social (Título VIII, Capítulo III, Seção I, da Constituição). O citado dispositivo traz o sujeito ativo e o passivo do direito à educação e, ademais, define as suas finalidades primordiais.

---

<sup>426</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 221. Posição semelhante, vinculando a concessão de direito subjetivo e o mínimo existencial é encontrada em: COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 352. Este último autor ressalta que um direito subjetivo educacional situa-se na esfera de garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, conforme reconhecido pela doutrina e jurisprudência, nos termos do RE nº 436.996/SP (DJ 26-10-1995).

<sup>427</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 22-24.

<sup>428</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017, p. 595.

Somente para fins de esclarecimento, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. Desta maneira, os sujeitos ativos do mencionado direito fundamental são: todos (princípio da universalidade), enquanto os sujeitos passivos são: o Estado, a família e a sociedade, esta última como colaboradora.<sup>429</sup>

No que tange às finalidades da educação, o dispositivo elenca três. São elas: o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.<sup>430</sup>

A primeira finalidade da educação presente no dispositivo é o pleno desenvolvimento da pessoa. A interpretação que parece mais coerente com o texto constitucional é a que reconhece que, através da educação, a pessoa pode se desenvolver, não importa a idade que possua. Tal interpretação baseia-se no próprio art. 205, da Constituição, que prevê a educação como um direito de todos, mas se complementa com outros dispositivos. Menciona-se no presente momento, para reforçar esse entendimento, o art. 206, I, da Constituição, que determina o princípio da igualdade para o acesso e permanência na escola, e o art. 208, I, da Constituição que assegura educação básica gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Portanto, é finalidade da educação o desenvolvimento da pessoa, não importa a sua idade. Admitida esta premissa, cabe registrar, entretanto, que essa finalidade possui uma especial relevância quando se trata de crianças e adolescentes.

Como já mencionado no presente trabalho, a Constituição confere um sistema de proteção especial a crianças e adolescentes, em virtude de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Crianças e adolescentes são seres humanos em processo de desenvolvimento físico, psíquico, moral, emocional e intelectual que,

---

<sup>429</sup> COSTA, Mike Luiz Sella da. O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais. In: **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, v. 3, n. 14.2018. (Direitos Humanos: Direitos econômicos, sociais e culturais), p. 198. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume14.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume14.aspx). Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>430</sup> O Protocolo de São Salvador disciplina as finalidades da educação de forma mais analítica, mas em consonância com a Constituição. Conforme: o n. 2, do art. 13, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador": "Os Estados-Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm também em que a educação deve tornar todas as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e de conseguir uma subsistência digna; bem como favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, e promover as atividades em prol da manutenção da paz."

em razão desta condição, estariam em situação de vulnerabilidade, o que acarreta uma proteção especial, materializada pelo reconhecimento de direitos especiais, qualitativa e quantitativamente, além dos direitos fundamentais já conferidos para os adultos. Assim, a interpretação desta finalidade da educação, no que atine a crianças e adolescentes, deve ser feita em consonância com a proteção especial conferida a esses titulares, conforme previsto no art. 227, da Constituição.

O princípio da igualdade, como já afirmado, está na base do reconhecimento desta condição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes em face de pessoas adultas, assim como da proteção especial conferida a este sujeito, como forma de se alcançar a igualdade material. O direito à educação, neste contexto, pode ser entendido como um imprescindível instrumento de desenvolvimento da pessoa e, desta forma, um instrumento de realização da igualdade.

O direito à educação possui, conseqüentemente, uma relevância ímpar no processo de desenvolvimento de crianças e adolescentes e, em razão desta importância e da condição do sujeito desse direito, quando se trata de criança e adolescente, foi-lhe conferida qualidade de direito especial. Essa qualidade pode ser observada pelo reconhecimento de que a educação básica é obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, o que acarreta, inclusive, um direito público subjetivo, de acordo com o art. 208, I e §1º, da Constituição.

A segunda finalidade da educação prevista no art. 205, da Constituição, diz respeito ao preparo da pessoa para o exercício da cidadania. Para que seja possível entender o sentido e alcance desta finalidade é necessário tratar sobre a concepção de cidadania. A palavra cidadania, a princípio, não parece trazer maiores dificuldades. Entretanto, trata-se de termo cujo sentido vem se alterando ao longo do tempo, o que dificulta a sua real compreensão. Além disso, atualmente, o conceito de cidadania possui um significado complexo, relacionado ao desenvolvimento dos direitos humanos, o que o afasta de algumas noções frequentemente aceitas.

Sem aprofundar a discussão histórica sobre a definição de cidadania,<sup>431</sup> o que demandaria um esforço para além dos limites deste trabalho, cabe trazer um pouco

---

<sup>431</sup> Para maiores aprofundamentos: ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017; DALLARI, Dalmo de Abreu. **A cidadania e sua história**. Artigo escrito para o sítio Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/historia.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017; LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: A contribuição de Hannah Arendt. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005). Acesso em: 15 dez. 2017; COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. **Cidadania: A educação em direitos a emancipação política do homem**. São Paulo. 2016. 205 fl. Dissertação de

do debate sobre o olhar contemporâneo a respeito desta temática. Oscar Vilhena ressalva que é a partir da modernidade, em especial após as Declarações Americanas e Francesas do século XVIII, que o conceito de cidadania sofrerá grande transformação. Assim, a condição de ser sujeito de direitos decorrerá da condição humana e não de sua participação em uma comunidade política. O direito de participar seria uma decorrência de outros direitos, tais como liberdade e igualdade. Destarte, é o poder do Estado que se funda no consentimento de homens livres e iguais. Entretanto, ressalta o autor com base no pensamento republicano, que tais direitos pressupõem a existência de uma comunidade política, que possa determinar os elementos da cidadania e quem será considerado cidadão.<sup>432</sup>

Oscar Vilhena também pondera que em razão da linguagem constitucional e legal adotada, o conceito de cidadania está relacionado à participação política e, ainda que haja interdependência desta com direitos de natureza civil e social, com eles não se confunde.<sup>433</sup>

Apesar do respeito ao posicionamento jurídico do nobre autor, que não insere os direitos civis e sociais no conceito de cidadania, dele se discorda.

Outra importante autora que abordou o tema da cidadania é Hannah Arendt. Segundo conhecida formulação da autora, a cidadania seria o direito a ter direitos. Entende a autora, como afirma Celso Lafer<sup>434</sup>, que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade e a dignidade dos seres humanos são construídas pela convivência coletiva, que requer acesso ao espaço público, o pertencer a uma comunidade política para a asserção dos direitos humanos.

Feitas essas observações, é preciso contextualizar cidadania no âmbito da Constituição brasileira de 1988. A Constituição abordou o tema cidadania em alguns de seus dispositivos. Neste momento, para ilustrar a dimensão do conceito de cidadania, cabe discutir a previsão do art. 1º, inciso II e parágrafo único do texto da Lei Maior. O mencionado artigo dispõe que a República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a

---

Mestrado (Faculdade de Direito) – PUC/SP, 2016. e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>432</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 535-536.

<sup>433</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 537.

<sup>434</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: A contribuição de Hannah Arendt**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005). Acesso em: 15 dez. 2017.

cidadania. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo enuncia que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos da Constituição.

Em um primeiro olhar sobre o dispositivo, poder-se-ia entender, nos termos de Oscar Vilhena, que a cidadania estaria ligada tão somente aos direitos relacionados à participação política, isto é, direito de votar e de ser votado. Tal interpretação decorre, principalmente, da leitura do parágrafo único do dispositivo.

Entretanto, outra posição é defendida por parte da doutrina, com a qual se concorda. José Afonso da Silva<sup>435</sup> dá uma maior abrangência ao conceito de cidadania e o relaciona à dignidade da pessoa humana, que também é um dos fundamentos do Estado:

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático. (“Destaque no original”).

Nesse mesmo sentido de relacionar cidadania e dignidade humana, além de se utilizar das lições de Hannah Arendt, posicionam-se Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano.<sup>436</sup>

Como informado acima, esta posição mais abrangente sobre o conceito de cidadania, que inclui os direitos políticos, mas a eles não se restringe, parece ser mais acertada. Esta é a posição que leva em consideração o caminho percorrido pelos direitos humanos. Cumpre mencionar que o conceito de cidadania deve ser repensado à luz dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e das atuais entidades supra-estatais. Além da discussão de questões atuais envolvendo, por exemplo, a situação de refugiados. Entretanto, para fins deste trabalho, não serão aprofundados tais estudos.

---

<sup>435</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 106-107.

<sup>436</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017, p. 143.

Feita esta opção pela concepção mais abrangente de cidadania, verifica-se que o preparo almejado pelo texto do art. 205, da Constituição é para o exercício deste tipo de cidadania. Entretanto, tal afirmação não basta para que seja possível o entendimento do alcance deste dispositivo e do conteúdo de cidadania para a nossa Constituição. A ideia de que a cidadania é o direito de ter direitos não define exatamente o seu conteúdo, que dependerá da escolha de valores pelo texto constitucional e da sua previsão de direitos fundamentais.

Ressalte-se, neste sentido, a estreita relação entre as escolhas da Constituição e o tipo de educação ofertada pelo Estado. Por exemplo, em um Estado Democrático de Direito, a educação deverá prezar pelos valores democráticos da igualdade e da participação, além do respeito pelos direitos fundamentais, estando em consonância com a Constituição. Desta forma, a finalidade da educação do art. 205 da Constituição, quanto ao preparo para o exercício da cidadania, refere-se a uma cidadania no sentido amplo e tal finalidade somente será alcançada se a educação oferecida estiver comprometida com as escolhas políticas previstas na própria Constituição de 1988.

A última finalidade da educação, estipulada no art. 205, da Constituição, refere-se à qualificação da pessoa para o trabalho. Ainda na seção que trata da educação, a Constituição preocupou-se com a formação para o trabalho em seu inciso, IV, do art. 214, que versa sobre a lei que estabelecerá o plano nacional de educação.

Além desses dispositivos, diretamente ligados à educação, a noção de trabalho está disposta em uma série de dispositivos constitucionais. É interessante mencionar algumas disposições para ilustrar a questão. Primeiramente, os valores sociais do trabalho são considerados fundamento da República Federativa do Brasil, como se observa do art. 1º, IV, da Constituição. O art. 3º, que estipula os objetivos fundamentais da República do Brasil, determina, em seus incisos II e III, respectivamente: garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que está diretamente ligado ao trabalho, uma vez que este é um meio para que esses fins, que dependem do trabalho, sejam obtidos. Ademais, o art. 227 *caput* prevê o direito das crianças e adolescentes à profissionalização e o trabalho é considerado um direito social pelo art. 6º, da Constituição. Por fim, a ordem econômica também se funda na valorização do trabalho humano, conforme art. 170, *caput*, da Constituição.

Portanto, além do que já foi exposto, para que seja possível atender aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente no que se refere ao desenvolvimento nacional e à redução de desigualdades, há a necessidade de que as pessoas tenham acesso à educação de qualidade (art. 206, VII, Constituição) que objetive, dentre outros fins, a sua qualificação para o trabalho. Tal qualificação faz parte, inclusive, do desenvolvimento pessoal do ser humano.

### 3.4 Princípios da educação

O art. 206, da Constituição apresenta os princípios do ensino, dispostos em seus oito incisos. O art. 3º, da Lei 9.394/96 também dispõe sobre os princípios do ensino em treze incisos, que são similares aos princípios constitucionais, com a ressalva de que não está previsto na lei, ao menos não como um princípio do ensino, o piso salarial profissional nacional para os professores do ensino público, e que a lei trouxe alguns outros princípios não contidos no art. 206 da Constituição.<sup>437</sup>

Não serão estudados os princípios da educação em espécie, haja vista os limites do texto e o objeto do trabalho, que pretende, como já afirmado, realizar um delineamento constitucional de um desses princípios da educação, qual seja, a liberdade de ensino, contida no inciso II, do art. 206 da Constituição. Todavia, parece oportuno trazer algumas observações de ordem mais genérica sobre esses princípios.

Em primeiro lugar, resta possível, pela análise do art. 206, da Constituição, que os princípios da educação sejam interpretados como um delineamento do direito à educação, isto é, trazem conformação a esse direito, fazendo parte de seu conteúdo. Entretanto, também é possível que se entenda por dar amplitude ao âmbito de proteção desse direito e, neste caso, os princípios da educação deveriam ser individualmente considerados como princípios previstos na Constituição e, em algumas situações concretas, poderiam inclusive entrar em conflito com o próprio direito à educação. Esta temática será retomada no que se refere especificamente à liberdade de ensino.

Seguindo a interpretação no sentido de que os princípios do ensino possam delinear o direito à educação, registre-se que parte dos incisos do art. 206 traz

---

<sup>437</sup> São princípios trazidos pela LDB, sem correspondência direta no art. 206 da Constituição, os inseridos nos incisos: IV, X, XI, XII e XIII, todos do art. 3º, da Lei 9.394 de 1996.

disposições de conteúdo, ou seja, que afetam a conformação material do que deve ser garantido pelo direito à educação, e, outra parte dos incisos, parece ter uma natureza mais instrumental. Ademais, verifica-se que uma parcela dos princípios são genéricos e, assim, aplicar-se-iam ao ensino como um todo. Contudo, também há parcela que está diretamente direcionada ao ensino público.

Como se observa da leitura dos incisos do art. 206, da Constituição, o ensino deve assegurar: igualdade de condições no acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, além de coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação, com garantia de, nos termos da lei, plano de carreira e ingresso por concurso público para os professores da rede pública; gestão democrática do ensino público, conforme lei; garantia de padrão de qualidade e, conforme lei federal, piso salarial profissional nacional para os professores da educação pública, nos termos de lei.

### 3.5 Educação básica obrigatória e gratuita<sup>438</sup>

O art. 208, da Constituição define que o dever do Estado com relação à educação será concretizado mediante uma série de garantias, que são disciplinadas em seus incisos. Já no inciso I do art. 208 é garantida a educação básica, obrigatória e gratuita, dos 04 aos 17 anos de idade. Assegurada também a sua oferta gratuita para os que não tiveram acesso a ela na idade própria.

Uma primeira observação a ser feita é que a redação desse dispositivo, anteriormente à Emenda Constitucional 59/2009, era de que o ensino gratuito e obrigatório seria apenas aquele relacionado ao ensino fundamental. Havia entendimento, antes da mencionada reforma, no sentido de que a universalidade e a obrigatoriedade deveriam ser aplicadas a todos os incisos do art. 208, por força da previsão contida em seu “*caput*”.<sup>439</sup> Assim, a obrigatoriedade prevista no inciso I, do art. 208, antes da emenda constitucional, não estaria direcionada ao Estado, mas à

---

<sup>438</sup> Esta temática foi abordada em texto anterior e será retomada naqueles termos, mas com algumas alterações. Conforme: COSTA, Mike Luiz Sella da. O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais. In: **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, v. 3, n. 14.2018. (Direitos Humanos: Direitos econômicos, sociais e culturais). Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume14.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume14.aspx). Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>439</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 49-50.

família, que tem o dever de matricular e garantir a permanência dos filhos na escola, no respectivo nível, sob pena, inclusive, em algumas situações, de caracterização de crime de abandono material – 246, CP.<sup>440</sup>

Após a reforma constitucional, com a mudança do termo educação fundamental para educação básica obrigatória e gratuita, ampliou-se o alcance do que a Constituição determina como educação obrigatória e gratuita.

Para que se entenda a abrangência deste inciso, é importante destacar quais são os níveis da educação básica, de acordo com a previsão expressa da Lei de diretrizes e bases da educação nacional. Primeiramente, a lei estabelece que a educação básica obrigatória e gratuita seja organizada em: pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.<sup>441</sup> Em seguida, no inciso I, do art. 21, a LDB estabelece que a educação básica seja formada pela educação infantil, pelo ensino fundamental e pelo ensino médio.

Nos termos do inciso IV, do art. 208, da Constituição é assegurada a educação infantil em creche e pré-escola até os cinco anos de idade. A LDB, por sua vez, determina que a educação infantil tenha por finalidade o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, em complemento à família e a comunidade.<sup>442</sup> O atendimento será feito em creches para crianças de até três anos e em pré-escolas, para crianças de quatro a cinco anos de idade.<sup>443</sup>

A Constituição fala em educação básica obrigatória a partir dos quatro anos de idade. Assim, em uma interpretação literal, somente a educação infantil em pré-escola estaria abrangida pela educação básica. Entretanto, o entendimento do STF é no sentido da obrigatoriedade de fornecimento de vagas em creche para menores de quatro anos, nos termos do art. 208, IV da CF, que é norma mandatária, sob pena de comprometer direito social.<sup>444</sup> Desta feita, para adequação da obrigatoriedade do inciso I do art. 208, no que se refere aos maiores de quatro anos, pode ser interpretada como direcionada à família.

O ensino fundamental, nos termos do art. 32, da LDB, com duração de nove anos, inicia-se aos seis anos de idade e tem por objetivo a formação básica do

---

<sup>440</sup> SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 51.

<sup>441</sup> Art. 4º, I da Lei 9.394/96.

<sup>442</sup> Art. 29, da Lei 9.394 de 1996.

<sup>443</sup> Art. 30, da Lei 9.394 de 1996.

<sup>444</sup> BRASIL. STF, Ag Reg no RE 410.715-5P – Rel. Ministro Celso de Mello, PJ 03.02.2006.

cidadão, mediante: o desenvolvimento da sua capacidade de aprender, tendo por meio o domínio da leitura, da escrita e do cálculo; a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, das artes e da sociedade; desenvolvimento das capacidades de aprendizagem, com o fim de aquisição de conhecimento e habilidades e a formação de atitudes e valores e, por fim, o fortalecimento dos vínculos familiares, de solidariedade humana e de tolerância recíproca.

O ensino médio, a quem a Constituição previu a progressiva universalização como se observa do inciso II, do seu art. 208, possui, nos contornos dados pelo art. 35, da LDB, duração mínima de três anos e tem por finalidade: a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos nas etapas anteriores; a preparação básica para o trabalho e para a cidadania do educando, para que este tenha capacidade de adaptação; o aperfeiçoamento da pessoa humana, o que inclui a formação ética e o desenvolvimento de autonomia intelectual e de pensamento crítico e a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos.

Registre-se que o § 1º, do art. 208, da Constituição determina que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. E o seu não oferecimento, ou oferecimento irregular, importa responsabilidade da autoridade competente, conforme o § 2º, do mesmo artigo. Com fundamento nesses dispositivos, e em outros da Constituição, discute-se a condição de direito público subjetivo da educação básica.

Uma primeira forma de abordagem do tema é encontrada em Wilson Donizeti Liberati. O citado autor defende que a interpretação do §1º, do art. 208, da Constituição deve ser feita em conjunto com o art. 205, do mesmo diploma, que orienta para uma direção mais extensiva da educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade. Portanto, o termo educação, dever do Estado, é mais abrangente que ensino obrigatório e gratuito, sendo dever do Estado oferecê-la.<sup>445</sup>

Há posicionamento em sentido contrário, entendendo que, através da interpretação, seria possível se observar que a universalização do direito ao acesso gratuito à educação está relativizada na própria Constituição, circunscrevendo-se ao

---

<sup>445</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação: Uma Questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 214.

ensino básico nos estabelecimentos oficiais de ensino, como ressalva Denize Souza Costa.<sup>446</sup> A autora lembra posicionamento do STF no sentido de reconhecer o direito subjetivo público de acesso à educação gratuita, onde houver vaga pública ou privada, somente às crianças de até cinco anos de idade.<sup>447</sup> Entretanto, entende a autora que o conteúdo mínimo do direito à educação é o direito à educação básica, que atenda aos objetivos expressos na Constituição, isto é, “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho”.<sup>448</sup>

Para Ingo Sarlet existe um direito fundamental originário e subjetivo à prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais, dos quatro aos dezessete anos de idade. No que se refere ao ensino médio, o dever de progressividade não poderá ser estendido ao infinito. Assim, um descumprimento injustificado da progressiva universalização pode acarretar a plausibilidade do direito subjetivo.<sup>449</sup>

Posicionamento interessante também é apresentado por Ana Paula de Barcellos. A autora defende que ao se substituir a expressão ensino fundamental por educação básica (EC 59/2009), a Constituição fez incidir a condição de direito público subjetivo também sobre o ensino médio e a pré-escola. Todavia, haja vista que a Constituição permanece com dispositivo que prevê a progressiva universalização do ensino médio, devendo ser interpretada essa universalização de acordo com o art. 6º, da EC 59/2009, que dispõe sobre a implementação progressiva da educação básica até 2016.<sup>450</sup>

Registre-se que o art. 5º, da LDB repete a Constituição dizendo que a educação básica é direito público subjetivo.

---

<sup>446</sup> COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 72.

<sup>447</sup> RE nº 554075 AgR/SC Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 30.06.2009. Conforme: COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 72.

<sup>448</sup> COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 77.

<sup>449</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 351-353.

<sup>450</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 611-612. Note-se que a obra é de 2011, portanto anterior ao prazo para estipulado a implementação.

Outro tópico inserido na educação básica pela Constituição refere-se aos programas suplementares, conforme o art. 208, VII, da Constituição. Este dispositivo disciplina o atendimento do educando inserido na educação básica. Trata-se da criação e manutenção de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Tais programas têm por objetivo a configuração da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, prevista no art. 206, I, CF/88. Para grande parte dos estudantes brasileiros não basta assegurar o acesso à escola, sem a existência desses programas suplementares, pois à falta destes, restaria inviabilizada a frequência escolar.

Sob esse mesmo influxo, isto é, garantir o acesso e a permanência na escola, o inciso VI, do mesmo art. 208, determina a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando. Este dispositivo tem por finalidade atender as necessidades de adolescentes, jovens e adultos que, em razão de atividades profissionais ou em virtude de outras circunstâncias, estejam impedidos de frequentar as aulas no período diurno, de forma que não haja prejuízo aos seus estudos.

Para reforçar esse dispositivo, está previsto no art. 227, §3º, III, do Capítulo VII, do Título VIII, da Constituição, que é garantido o acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola. Vale registrar que, nos termos de nossa Constituição, a idade mínima para admissão a trabalho é de quatorze anos, na condição de aprendiz, e de dezesseis anos para os demais trabalhos, sendo proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos (art. 7º, XXXIII c.c. art. 227, §3º, I, CF/88).

Nos termos do § 3º, do art. 208, da Lei Maior, cumpre ao Estado recensear os educandos do ensino fundamental e zelar, em conjunto com os pais ou responsáveis por sua frequência à escola. O prof. Motauri, com base neste parágrafo e em outros dispositivos, entendeu que a obrigação voltada ao ensino fundamental é dúplice, pois corresponde ao Estado e aos pais.<sup>451</sup>

Ainda relacionado ao tema do ensino fundamental, que está inserido na educação básica prevista neste dispositivo, encontra-se o art. 210 da Constituição, que já em seu *caput* previu a fixação de conteúdos mínimos para o ensino

---

<sup>451</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 73.

fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito a valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Também em seus incisos há referências ao ensino fundamental no que se refere ao ensino religioso facultativo e ao ensino indígena.<sup>452</sup>

Registre-se, conforme o posicionamento de Denise Souza Costa, que a educação básica de crianças e adolescentes têm caráter de prioridade absoluta por representar a fase inicial do desenvolvimento da pessoa.<sup>453</sup> Interpretação que está de acordo com o que já foi abordado neste trabalho sobre a prioridade absoluta.

### 3.6 Âmbito de proteção do direito à educação

Feitas estas breves explanações sobre a educação básica, que compõe o objeto do estudo, cumpre finalizar este ponto tratando sobre o âmbito de proteção do direito à educação, especialmente no que concerne à educação básica. É importante destacar que a tentativa de se buscar um âmbito de proteção para a educação será feita de forma bem sucinta, uma vez que essa discussão não faz parte da finalidade principal do presente texto. Todavia, em razão da abordagem escolhida, não seria possível ingressar na liberdade de ensinar sem a apreciação, ainda que de forma superficial, de alguns aspectos do direito à educação e de seu âmbito de proteção. Neste sentido, em princípio, é possível ter um olhar sobre a educação básica como um nível que compõe o direito à educação escolar, ou como um direito específico em relação ao genérico direito à educação escolar, no sentido trazido por Ana Paula de Barcellos.<sup>454</sup>

O presente estudo entende que há possibilidades diversas, que decorrem respectivamente das posturas adotadas. Assim, caso se entenda que a educação básica é um nível do direito à educação escolar, compondo o seu conteúdo material, uma interpretação possível é que esse direito genérico possui natureza de princípio e a obrigatoriedade e a gratuidade, conferidas ao direito à educação básica, teriam natureza de regra. Seria possível aceitar, portanto, a teoria ampla quanto ao âmbito

---

<sup>452</sup> Cumpre registrar que o presente trabalho, em razão de seus limites, não abordará a temática relacionada à educação indígena, bem como o atendimento educacional de pessoas com deficiência.

<sup>453</sup> COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51.

<sup>454</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 610-612.

de proteção e, desta forma, toda ação, estado ou posição jurídica que possua característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático do direito fundamental, deve ser abrangida por seu âmbito de proteção. Portanto, haveria um direito genérico à educação, que poderia ser constitucionalmente limitado, em razão, por exemplo: das finalidades da educação e dos princípios do ensino, além das garantias constitucionais, que possuiriam natureza de regra ou princípio.

Outra possibilidade é que o âmbito de proteção da norma seria mais restrito, em razão das disposições constitucionais, especialmente as previstas nos arts. 205, 206 e 208, todos da Constituição, que configurariam o respectivo direito. Admitir-se-ia, desta forma, um âmbito de proteção mais restrito ao direito à educação, em razão de sua conformação constitucional. Além disso, os elementos conformadores possuiriam natureza de princípio ou de regra. Esta parece ser a posição constitucionalmente mais adequada.

Há ainda a possibilidade de se reconhecer a existência de vários direitos específicos. Neste caso, poder-se-ia falar de um direito específico à educação básica, cujo âmbito de proteção é delineado pela própria Constituição e, assim, mais restrito.

O presente texto, como afirmado, caminhará no sentido de entender o direito à educação como um direito genérico, mas que possui conformação em razão de algumas normas constitucionais. Essa escolha repercutirá no tratamento da liberdade de ensinar.

## 4 LIBERDADE DE ENSINAR

O caminho percorrido neste trabalho foi necessário em razão do objeto de estudo e do enfoque metodológico adotado. Assim, para que fosse possível a realização de um estudo sobre a liberdade de ensinar na educação básica, fazia-se necessário antes tratar do direito à educação e, em especial, da educação básica. Também era imprescindível uma análise sobre algumas especificidades relacionadas às crianças e aos adolescentes, pois, além de serem os titulares por excelência do direito à educação, compõem parte do objeto de estudo. Por fim, escolheu-se estudar o tema sob a perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais, portanto, era necessário abordar alguns pontos desta temática para tentar facilitar a compreensão da obra, reconhecendo-se certa subjetividade na opção pelos temas trazidos, cuja intenção, ao menos, sempre foi a de buscar o esclarecimento do estudo.

Seguindo nesse trajeto, ingressa-se no tema liberdade de ensinar.

### 4.1 Previsão constitucional e terminologia

Antes de se adentrar na previsão da liberdade de ensino na atual Constituição é importante fazer um breve apanhado sobre como o tema foi formalmente reconhecido, ou não, nas Constituições anteriores. Seguir-se-á roteiro bem formulado por Amanda Costa Thomé Travincas, que ressalta a relevância do tema, mas lembra que a compreensão da liberdade de ensinar no Brasil “[...] é ritmada por uma narrativa descontínua e marcada por paradoxos, que evidencia um fluxo de retesamentos e retrações [...]”. A autora também afirma, com o que se concorda, que demarcadores temporais exerceriam um papel ficcional, mas que é conveniente o seu uso.<sup>455</sup>

As Constituições de 1824 e 1891 não trouxeram previsão sobre a liberdade de ensinar, ou sobre a liberdade acadêmica. A Constituição de 1934, por sua vez, previu o direito à educação e, especificamente, a liberdade de ensino em sua alínea c, do parágrafo único, do art. 150, dispondo que o plano nacional de educação, cuja competência de fixação é da União, deve obedecer a certas normas, dentre as

---

<sup>455</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 69.

quais, liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e estadual. No art. 155, também da Constituição de 1934, foi garantida a liberdade de cátedra.

A Constituição de 1937 afirmava, em seu art. 128, que a arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.<sup>456</sup> Tal estipulação, como bem lembrado por Amanda Costa Travincas, parece trazer uma conotação diferente da previsão anterior, com a finalidade de assegurar aos estabelecimentos particulares de ensino igualdade de condições para o fornecimento da educação em relação aos estabelecimentos oficiais.<sup>457</sup>

A Constituição de 1946 previu, em seu art. 166, que a educação deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Além disso, no inciso VII, do seu art. 168, determinou que fosse princípio da legislação do ensino a garantia da liberdade de cátedra.

Neste ponto da cronologia temporal, chama a atenção, nos termos enunciados por Amanda Costa Travincas<sup>458</sup>, a edição dos Atos Institucionais de número 1, de 1964, e de número 2, de 1965, que afetaram a Constituição de 1946. O primeiro consagrou o golpe militar e o segundo previa a proibição de atividade ou manifestação de assunto de natureza política<sup>459</sup>, o que, por consequência, repercute na educação.

A Constituição de 1967 previu em seu art. 168, *caput*, que a educação deve inspirar-se, dentre outras coisas, nos ideais de liberdade. Já o inciso VI, §3º, do

---

<sup>456</sup> Cumpre registrar que a Constituição de 1937, para compensar a sua outorga, previa em seu art. 187 a convocação de um plebiscito nacional para a sua aprovação. O plebiscito não foi convocado, o que levou alguns juristas a questionar o valor da Carta de 1937. Ademais, essa Constituição não teve maior importância prática, pois o país, durante a sua vigência, viveu sob estado de emergência, em genuína ditadura. Conforme: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 124.

<sup>457</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 72.

<sup>458</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 72.

<sup>459</sup> O art. 15, do AI 2 prevê a possibilidade de suspensão de direitos políticos pelo Presidente da República, sem as limitações da Constituição, de quaisquer cidadãos. Como uma das consequências da suspensão dos direitos políticos, o art. 16, do mesmo Ato, determina a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política.

mesmo art. 168, positivou a garantia da liberdade de cátedra como um princípio da legislação do ensino.<sup>460</sup>

Em 1969 começou a vigorar a Emenda Constitucional nº 1, também nomeada como Constituição de 1969. Este texto determina, em seu art. 176, *caput*, que a educação é inspirada, além de outros aspectos, nos ideais de liberdade. O §3º, VIII, do mesmo dispositivo, determina que a legislação do ensino adote como princípio a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no art. 154, que prevê a figura do abuso de direito. O art. 179, da EC 69, disciplina que as ciências, as letras e as artes são livres, ressalvado o quanto previsto no art. 153, §8º, do mesmo diploma, que dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento, mas com limitações que se referem: à possibilidade de responsabilidade por abuso de direito, nos termos da lei; ao direito de resposta; à não tolerância de propaganda de guerra, de subversão da ordem, ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e às publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Ademais, pelo art. 182, da Emenda Constitucional de 1969, houve a ratificação do Ato Institucional nº 5 e dos posteriores. Observa-se, portanto, a existência de uma série de limitações à liberdade de ensino.

Realizado este breve histórico, chega-se à Constituição de 1988. A atual Lei Maior prevê, de forma analítica<sup>461</sup>, em seu inciso II, do art. 206, as liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

O primeiro ponto importante a ser tratado, em razão desta previsão, refere-se à definição da questão terminológica. Observa-se que, diferentemente das Constituições anteriores, que previam em sua maioria a garantia da liberdade de cátedra, a atual Constituição utiliza a expressão liberdade de ensinar, da mesma forma que a Constituição de 1934, que também utiliza a expressão liberdade de

---

<sup>460</sup> Amanda Costa Travincas avisa, em primeiro lugar, que até esse momento a liberdade de cátedra estava relacionada com a atividade de ensino, sem alusão clara à pesquisa. Ademais, observa que nesta Constituição também estava prevista a figura do abuso de direito, em seu art. 151, que determinava que quem abusar de certos direitos, em especial os relacionados à liberdade de expressão, para atentar contra a ordem democrática ou praticar corrupção, terá suspenso os seus direitos políticos, sem prejuízo de eventual ação civil ou penal cabível. A autora adverte que mesmo não havendo uma ligação direta desta norma do abuso com aquela da garantia da liberdade de cátedra, houve impacto sobre o art. 168, da Constituição, em especial pela relação entre a liberdade de cátedra e os direitos de expressão. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 72-73.

<sup>461</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 77.

cátedra. Além destas duas expressões, a doutrina também costuma utilizar a expressão liberdade acadêmica. Diante disso, necessário se faz que sejam trazidos alguns esclarecimentos sobre essas nomenclaturas, assim como a razão pela opção do texto. Cumpre informar que, em razão de aprofundamento futuro do conteúdo relacionado à temática, não será traçado um conceito neste momento, mas, tão somente, serão trazidas informações que justifiquem eventual distinção dos termos e a escolha a ser utilizada.

Inicia-se pelo termo liberdade de cátedra. Cátedra, segundo Cláudia Mansani Queda de Toledo, “[...] é expressão que deriva do latim e significa cadeira magistral ou doutrinária e teve a sua influência na própria cadeira de São Pedro [...]”, que se chamaria *Cathedra* e estaria conservada até os dias atuais na Basílica de São Pedro. Tratar-se-ia de um símbolo de sabedoria, o que inspirou o paralelo com a atividade docente.<sup>462</sup> No Brasil, nos termos apresentados por Amanda Costa Travincas, que traz posicionamento de Maria Lourdes Fávero, a cátedra foi inserida como cargo público desde 1808, com a chegada do Príncipe Dom João VI e a inauguração das cadeiras de Anatomia e Cirurgia no Rio de Janeiro e de Cirurgia na Bahia.<sup>463</sup> A mesma autora informa que o regime de cátedra, cujo disciplinamento teria ocorrido pelo Decreto nº 19.851/1931, previa a possibilidade de vitaliciamento do professor, assim como a de contratação de professores auxiliares, que mantinham relação de subordinação àquele. Além disso, as cátedras seriam concebidas como unidades formativas da Universidade.<sup>464</sup>

Assim, como já informado, foi atribuída, a partir da Constituição de 1934, a garantia da liberdade de cátedra. Essa liberdade agregada à cátedra possui um sentido negativo, mas a ela pode ser atribuída também um sentido positivo.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>463</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 75.

<sup>464</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 70.

<sup>465</sup> Neste ponto utiliza-se do magistério de Isaiah Berlin. O autor discute sobre os sentidos “negativo” e “positivo” de liberdade. Inicia a partir de um sentido “negativo” de liberdade, que descreve como a área em que cada homem pode agir desobstruído por outros. O sentido “positivo”, por sua vez, derivaria do desejo do indivíduo de ser seu próprio mestre, isto é, que as decisões dependam somente da pessoa e não de forças externas. Conforme: BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade.** Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

Atribui-se, portanto, liberdade à atuação profissional do professor, com a finalidade de promover a educação.<sup>466</sup>

A expressão liberdade acadêmica possui conteúdo equivalente ao da liberdade de cátedra. A sua utilização, como se observa de doutrina aceita no presente texto, deriva da Reforma Universitária, decorrente da Lei 5.540/1968, que extinguiu a cátedra na organização do ensino superior, substituindo-a pelos departamentos.<sup>467</sup>

Por fim, a expressão liberdade de ensino, costuma ser entendida como uma das dimensões da liberdade acadêmica<sup>468</sup>, ou como uma das quatro formas das liberdades pedagógicas, conforme previsão do inciso II, do art. 206, da Constituição.<sup>469 470</sup> Essa questão será aprofundada à frente, bastando neste momento a compreensão de que a liberdade de ensino seria espécie do gênero liberdade acadêmica.

Para encerrar essa temática sobre a utilização das terminologias, cumpre trazer uma questão: a liberdade de ensino e a liberdade acadêmica se aplicam a todos os níveis de ensino? A resposta a essa questão deve ser positiva. Não há

---

<sup>466</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>467</sup> Este é o posicionamento de Ingo Sarlet e Amanda Travincas, conforme nota “3” de seu texto. SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. O Direito Fundamental à Liberdade Acadêmica – Notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, publicado em 31 ago. 2016, p. 531. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10328/pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>468</sup> Este é o posicionamento apresentado por Amanda Costa Travincas, que se funda nas lições de Robert Post. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil:** a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 37-38.

<sup>469</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 12-13. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>470</sup> Interessante mencionar o posicionamento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco. Para os mencionados autores a liberdade de ensinar aparece no texto constitucional como liberdade institucional e como liberdade docente. A liberdade de ensinar do professor seria identificada com a liberdade de cátedra. O conceito de liberdade acadêmica, por sua vez, teria superado a ideia de liberdade de cátedra, por ser compartilhado e contextualizado. A liberdade acadêmica incluiria as liberdades de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o saber, o pensamento e a arte. Conforme: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988:** Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 22-23. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

maiores dúvidas quanto à aplicação da liberdade de ensino à educação básica, em razão da própria natureza da atividade desenvolvida pelos professores em qualquer nível educacional, ou seja, o ensino. A dúvida surge no que se refere à aplicação da liberdade acadêmica. Como se observa, a nomenclatura está relacionada à academia ou à cátedra, esta última utilizada nos textos constitucionais anteriores, e possui relação com a educação de nível superior. Todavia, em que pese a utilização dessa nomenclatura, observa-se que a liberdade acadêmica, considerada como gênero, que inclui a liberdade de ensinar, deve ser reconhecida também aos professores de outros níveis educacionais, guardadas as devidas peculiaridades, pois se trata de um princípio geral de educação.<sup>471</sup>

Feitas estas ponderações, passa-se, neste momento, ao estudo da autonomia da liberdade de ensinar.

## 4.2 Autonomia da liberdade de ensinar

Inicia-se esse tópico, seguindo o posicionamento de Amanda Costa Travincas. A mencionada autora afirma que a positivação constitucional da liberdade de ensinar acarretaria dois problemas, que possuem íntima relação entre si. O primeiro diria respeito à condição de direito autônomo da liberdade de ensino, em razão da existência de outros direitos, o que teria reflexos na necessidade de proteção específica, haja vista a possibilidade de sobreposição de condutas protegidas, em seus respectivos âmbitos de proteção. O segundo refere-se à natureza da norma constitucional que prevê a liberdade de ensino.<sup>472</sup>

No que tange à primeira questão, a mesma autora entende que há um direito geral de liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição e, nos incisos deste artigo, haveria espécies do gênero liberdade, ou seja, liberdades específicas.

---

<sup>471</sup> Este parece ser o posicionamento de Marcos Augusto Maliska. O autor não se utiliza, neste ponto, especificamente, da expressão liberdade acadêmica. Entretanto, ressalva que a liberdade que analisa não está somente vinculada às liberdades científicas e de investigação, em geral desenvolvidas nas Universidades, tratando-se também da liberdade do professor da escola primária. Conforme: MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 178. No mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que a expressão liberdade de cátedra era mais restritiva, por estar vinculada à ideia de catedrático. A fórmula atual seria mais compreensiva, dirigindo-se a quem exerça a função de magistério, em qualquer grau. Conforme: SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 802.

<sup>472</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 79.

Seguindo, afirma que, nos termos de Ingo Sarlet, a concomitância da liberdade geral e das liberdades em espécie imporia uma metodologia interpretativa da Constituição, em que somente se recorreria à liberdade geral, se a conduta não pudesse ser enquadrada no âmbito de proteção de uma liberdade específica. Na linha desta orientação e assumindo que a liberdade de ensinar possui íntima relação com as liberdades comunicacionais (liberdade de manifestação do pensamento, prevista no art.5º, IV, e liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IX, todos da Constituição) e a liberdade de profissão (art. 5º, XIII, da Constituição), a autora traz à baila a possibilidade de que se deduza da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, imediatamente, e da liberdade geral mediatamente, a liberdade de ensinar. E, caso se entenda neste sentido, a liberdade de ensinar seria uma conduta que compõe o conteúdo protegido de um, ou mais, dos direitos informados, submetendo-se, assim, ao seu regime de tutela. Feita essa explanação, a autora informa a existência de outra perspectiva, qual seja, considerar-se a liberdade de ensinar como um direito genuíno, com âmbito de proteção e um sistema de limites e restrições próprios.<sup>473</sup>

Assim, seria possível partir-se do pressuposto de que a liberdade de ensinar é uma liberdade de expressar algo, mas não apenas isso. Dito isso, segundo Amanda Travincas, o cerne da questão seria identificar o que há na atividade docente que faz com que os professores mereçam uma liberdade diferenciada. A autora informa algumas distinções entre a liberdade de ensinar e a liberdade de expressão. Seriam elas, em primeiro lugar, a impossibilidade de optar por não fazer, isto é, não expressar o conhecimento pelo qual foi contratado a ensinar. Tratar-se-ia de um direito-dever. Além disso, a liberdade de ensinar possui uma relação com terceiros, no sentido de ser subsidiada. Também, cumpriria informar, que ensinar depende da existência de bases técnicas para tanto. A autora afirma que as distinções por ela apresentadas seriam precárias, pois, no extremo, podem levar ao reconhecimento de direitos autônomos, se houver um critério mínimo diferenciador da conduta. Em seguida, chama a atenção para a importância da função da argumentação para que seja conferida legitimidade ao reconhecimento da autonomia de um direito.<sup>474</sup>

---

<sup>473</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 79-80.

<sup>474</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 81-82.

Tratando-se especificamente sobre a liberdade de expressão e sobre a liberdade de manifestação do pensamento cabe trazer algumas observações<sup>475</sup>, em razão da sua próxima relação com a liberdade de ensinar. O direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento possui previsão no art. 5º, IV da Constituição de 1988. Além disso, os incisos VI e IX, do mesmo art. 5º, tratam, respectivamente, da liberdade de consciência e de crença e da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.<sup>476</sup> A liberdade de expressão também possui previsão no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

José Afonso da Silva traz definição da liberdade de opinião, que seria a liberdade de o indivíduo adotar atitude intelectual de sua escolha, em seu pensamento íntimo, ou através da tomada de posição pública. O autor informa que a Constituição adota duas dimensões a essa liberdade, uma relacionada ao pensamento íntimo, como, por exemplo, a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, CF), e outra externa. A liberdade de manifestação do pensamento constituiria um dos aspectos externos da liberdade de opinião, cabendo registrar que na liberdade de manifestação do pensamento se incluiria o direito de não manifestá-lo.<sup>477</sup> O mesmo autor entende, ao tratar da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), que estas se referem a manifestações do pensamento, reconhecido esse termo de forma abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos. Ademais, relaciona essa forma de transmissão e

---

<sup>475</sup> As manifestações sobre a liberdade de expressão que serão abordadas foram inspiradas em texto anterior deste autor. Conforme: COSTA, Mike Luiz Sella da. O Exercício da Liberdade de Expressão e o Respeito aos Direitos Humanos: O Caso da Redação do Enem. In: PINTO, Luís Frederico Balsalobre (Coord.). **Direito e Liberdade: Uma incursão no conteúdo jurídico da liberdade em suas diversas dimensões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, p. 153-175.

<sup>476</sup> Lembre-se a possibilidade de concorrência entre direitos fundamentais. Sublinha-se, todavia, que há posicionamento doutrinário que ressalva a diferença entre concorrência ideal e concorrência aparente. A primeira preveria a possibilidade de utilização, pelo titular da proteção, de mais de um direito fundamental. A concorrência aparente, por sua vez, estaria referida à situação em que a aplicabilidade de um parâmetro afasta os demais, utilizando-se da regra da especialidade. Assim se manifestam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que divergem entre si no que se refere ao tipo de especialidade (lógica ou normativa) que deve ser aplicada no caso de concorrência aparente entre a liberdade de consciência e crença e a liberdade de manifestação do pensamento. Conforme: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 171-173.

<sup>477</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92.

de recepção do conhecimento com a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, do inciso II, do art. 206, da Constituição.<sup>478</sup>

André de Carvalho Ramos define da seguinte forma a liberdade de expressão:

A liberdade de expressão consiste no *direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza*. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a *livre manifestação do pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica* (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-09-2003, Primeira Turma, DJ de 07-11-2003).<sup>479</sup> (“Destaque no original”)

Verifica-se, pelo exposto, que o alcance da proteção do direito à liberdade de expressão é amplo, pois protege a opinião em todas as suas formas de manifestação.<sup>480</sup> Ronald Dworkin, ao abordar o tema, preocupa-se em justificar a ampla proteção atribuída à liberdade de expressão e de imprensa, previstas na Primeira Emenda da Constituição americana. O autor afirma a existência de duas grandes categorias de justificativas. A primeira categoria parte da ideia de que a liberdade de expressão possui uma importância instrumental, isto é, esta liberdade é importante, pois produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade, tais como a sua participação política. Admite a ideia de que a longo prazo, a liberdade de expressão faria mais bem do que mal. A segunda justificativa da liberdade de expressão é constitutiva de uma sociedade política justa, e entende que o Estado deve tratar os seus cidadãos como agentes morais responsáveis. Por esta exigência de responsabilidade moral, os indivíduos são responsáveis em dois aspectos ou dimensões. Primeiramente, as pessoas moralmente responsáveis possuem as suas próprias convicções e tomam suas decisões. Além disso, há outro aspecto mais

---

<sup>478</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100 e 102.

<sup>479</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 656.

<sup>480</sup> John Stuart Mill defende a amplitude da liberdade de expressão, elencando quatro razões para a sua defesa: A primeira é que a opinião silenciada poderia ser a verdadeira e negá-la seria afirmar a própria infalibilidade. A segunda razão é que a opinião silenciada poderia conter uma parcela de verdade, que no choque com a opinião dominante, que também pode possuir parcela da verdade, seria possível se atingir uma completude da verdade. A terceira razão é que a opinião dominante, mesmo que verdadeira, necessita de contestação para ser compreendida e sentida. A quarta razão referir-se-ia à necessidade de contestação, sem a qual a doutrina correria o risco de se perder ou enfraquecer, carecendo do seu elemento vital sobre a conduta. Conforme: MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80-81.

ativo, que se refere à responsabilidade de expressar as próprias convicções para os outros. Afirma, ainda, o autor que o Estado “[...] não pode negar nenhum desses dois aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar”.<sup>481</sup>

Feitas tais observações, que reforçam a amplitude do conceito de liberdade de expressão, além de auxiliarem na definição de seu conteúdo, o que parece corroborar a afirmação de que a liberdade de ensinar estaria inserida na liberdade de expressão, cumpre asseverar que há razões que demonstram que, apesar desta ligação, é possível traçar uma clara diferenciação entre ambas. Essa diferenciação pode ser justificada para além das ditas distinções precárias entre ambas, descritas por Amanda Travincas, e que foram informadas acima. Tal assunto será abordado em seguida.

Ainda no sentido de relação com outros direitos, Amanda Travincas também relaciona a liberdade de ensinar com o direito de liberdade profissional, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição. A autora, citando James Turk, informa que a liberdade de ensinar seria um direito profissional especial, atribuído aos docentes. Assim, uma ameaça à liberdade de ensinar, seria uma ameaça profissional.<sup>482</sup>

Tais situações, como dito, acarretam uma concorrência de direitos, ou seja, o ato ocupa o âmbito de proteção de mais de um direito e, portanto, em razão da proteção por normas distintas, haveria múltiplas camadas de proteção. A liberdade de expressão no ensino e a liberdade de profissão no ensino seriam recortes da liberdade de expressão e de profissão genéricas. Todavia, segundo entende Amanda Travincas, esta justaposição de normas sobre o mesmo fato acarretaria uma concorrência de direitos apenas aparente, que seria solucionada pela aplicação da especialidade. Assim, seria aplicada a norma mais específica, com âmbito de proteção mais restrito.<sup>483</sup>

---

<sup>481</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318-320.

<sup>482</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 82.

<sup>483</sup> Além do informado nesse parágrafo, a autora ainda afirma sobre a possibilidade de concorrência na perspectiva do autor e utiliza, como um de seus exemplos, o fato do titular da liberdade de ensinar ser também portador de direitos de autoria sobre o material didático por ele produzido, como já reconhecido pelo STJ, além das demais dimensões da liberdade acadêmica. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 82-83. Ressalte-se que a jurisprudência do STJ trazida pela autora corresponde ao REsp 1201340. Rel. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 03.11.2011. DJe: 02.08.2012.

Como se observa da doutrina, é possível se admitir uma proteção da liberdade de ensino, com âmbito de proteção e limites próprios, fundada na existência de direito específico, que deve prevalecer na concorrência com direitos mais genéricos. Admitir-se-ia, portanto, a liberdade de ensino como um direito específico, em razão de suas especialidades, em face de direitos mais genéricos, em especial o direito à liberdade de expressão. Tal reconhecimento não parece ser equivocado. Entretanto, para além dessa fundamentação, é importante destacar que a liberdade de ensino, em nossa Constituição, deve ser sempre apreciada como parte integrante do direito à educação, e esse reconhecimento influencia na delimitação do conteúdo da liberdade de ensino e, assim, faz com que esta se afaste da noção de liberdade de expressão. Essa questão será aprofundada em momento oportuno, cabendo nesse momento apenas chamar a atenção para esse ponto fundamental, ou seja, a influência que o direito à educação e suas disposições constitucionais possuem sobre a liberdade de ensinar.<sup>484</sup>

Feita essa observação, é possível retomar o debate sobre a relação entre a liberdade de expressão e a liberdade acadêmica. Interessante é o posicionamento de Dworkin sobre esta temática. Esse autor entende que é evidente a existência de uma relação entre a liberdade acadêmica e a liberdade de expressão, lembrando que vários tribunais norte-americanos consideram que as formas fundamentais da liberdade acadêmica estariam protegidas pela Primeira Emenda da Constituição americana. Todavia, ressalva que há distinções entre elas. Primeiramente, lembra que a liberdade acadêmica, diversamente da liberdade de expressão, garante o direito de dizer algo e continuar sendo sustentado por aqueles que consideram a sua fala falsa ou indesejável, em especial em instituições privadas. Assim, sob esse aspecto, a liberdade acadêmica seria mais forte que o direito geral à liberdade de expressão.<sup>485</sup>

---

<sup>484</sup> Esse também é o posicionamento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco. Entendem os autores que a liberdade de ensinar, que se difere da liberdade de opinião, tem seus próprios contornos e contextos, decorrente do fato de estar vinculada ao direito fundamental à educação. Somente se ressalva que não se concorda com a afirmação desses autores no sentido de que a liberdade de ensinar seria limitada, diferentemente da liberdade de opinião que seria ampla e irrestrita, apesar de se concordar com a maior amplitude dessa última. Conforme: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988: Alcance e Limites da Autonomia Docente**. p. 7. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

<sup>485</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394-395.

Seguindo em sua exposição, Dworkin considera que talvez seja mais adequado não considerar que a liberdade acadêmica derive do direito à liberdade de expressão, ou mesmo considerar que a liberdade acadêmica seja um direito. O autor chega a essa conclusão, após tratar a força da liberdade acadêmica, mencionada no aspecto acima, bem como outros aspectos que parecem retirar a sua evidência de ser um direito, tais como a inexistência de um direito moral a ocupar um cargo que possua essa proteção, assim como a inexistência de direito de exigir a criação de uma determinada forma de universidade. Assim, para o autor, haveria uma íntima ligação diferente entre essas liberdades, pois são elementos de um sistema de ideias e instituições que cria uma cultura da responsabilidade intelectual individual.<sup>486</sup>

Dworkin defende que a justificação convencional e instrumental da liberdade acadêmica, fundada na ideia de instrumento para a busca da verdade, seria válida, mas insuficiente. Para o autor a liberdade acadêmica desempenharia um papel ético na vida da comunidade. O autor fundamenta-se no ideal do individualismo ético, segundo o qual cada um tem a responsabilidade pessoal de levar a sua vida ao melhor termo possível, de acordo com o seu próprio entendimento. O individualismo ético seria a inspiração por detrás das instituições e atitudes do liberalismo político. Seria ele quem sustenta o núcleo central de ideias liberais, em que se incluem a liberdade de expressão e a liberdade acadêmica. Além disso, ressalta que aceitar o individualismo ético seria aceitar as responsabilidades dele decorrentes, quais sejam: a responsabilidade de não professar o que se crê falso e a responsabilidade de proclamar o que se crê verdadeiro. Os professores e estudantes das universidades teriam uma responsabilidade profissional para com a verdade, versão mais intensa da responsabilidade pessoal, mais próxima da responsabilidade ética fundamental de levar a vida de acordo com as convicções que lhe parecem mais verdadeiras. Este seria, portanto, o elemento da justificação ética da liberdade acadêmica, pois a instituição protegeria as pessoas que ocupam determinadas funções, para o autor seriam os professores e os estudantes, “[...] dos danos morais que adviriam da impossibilidade de arcar com suas responsabilidades especiais”.<sup>487</sup>

---

<sup>486</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 395-396.

<sup>487</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 396-402.

Por fim, como motivo para a existência de instituições que se dedicam a descobrir e comunicar a verdade individual, o autor afirma que o individualismo ético necessita de uma cultura da independência<sup>488</sup> para florescer. Para ele, em uma sociedade liberal, parte da tarefa da educação seria fazer com que as pessoas assimilassem a importância de um compromisso com a verdade individual.<sup>489</sup>

Observa-se, assim, o posicionamento de Dworkin, que traz fundamentação ética para justificar a necessidade da liberdade acadêmica, bem como a sua relação com a liberdade de expressão. Ressaltem-se, ainda, dois pontos em sua doutrina. Em primeiro lugar, o autor entende que a liberdade acadêmica também se aplicaria aos estudantes universitários, em razão de sua responsabilidade especial. Em segundo lugar, verifica-se que o autor tende a não conferir a natureza jurídica de direito à liberdade acadêmica, assunto que se passará a debater.

### 4.3 Natureza jurídica da liberdade de ensinar

Esse tópico, como enunciado, abordará a análise da natureza jurídica da liberdade de ensinar. Como se observou do posicionamento de Dworkin, tratado acima, o autor entende que a liberdade de ensinar não seria um direito.

Nina Ranieri, por sua vez, parece atribuir a natureza de garantia institucional<sup>490</sup> à liberdade de ensinar. A autora entende que os professores possuem uma liberdade de expressão diferenciada e essa particularidade residiria no “[...] fato de ser uma garantia institucional, destinada à livre produção do conhecimento científico, que abrange a liberdade de ensinar, pesquisar e aprender”.<sup>491</sup>

---

<sup>488</sup> Em contraposição a essa cultura da independência, o autor informa a existência de uma cultura da conformidade, onde a verdade não seria adquirida pelos indivíduos isolados, através de atos de convicção independente, mas, ao contrário, estaria embutida em tradições, cuja discordância não é aceita. Conforme: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 403.

<sup>489</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 402-403.

<sup>490</sup> De acordo com Paulo Bonavides: “A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.” Conforme: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 547.

<sup>491</sup> RANIERI, Nina. Quem tem medo da liberdade acadêmica? In: **Jornal da USP**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/quem-tem-medo-da-liberdade-academica/> Acesso em: 22 jul. 2019.

Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco, sem se referir expressamente à questão da natureza jurídica, defendem que a liberdade de cátedra corresponde ao princípio da liberdade de ensinar atribuída aos professores, que deveria ser compreendida e interpretada com o direito à educação e os demais princípios constitucionais. Em passagem seguinte, os mesmos autores entendem que a liberdade de cátedra deve ser vista como uma garantia do professor de expressar os seus pontos de vista acadêmicos, devidamente fundamentados. Por fim, afirmam que a liberdade acadêmica existe como um instrumento do direito à educação, uma liberdade meio.<sup>492</sup>

Em posicionamento com o qual se concorda, Amanda Travincas defende que a liberdade de ensinar possui caráter de direito fundamental.<sup>493</sup> A autora também disserta sobre a existência de direitos fora do catálogo e da estratégia de atribuição de fundamentalidade a esses, através do procedimento de se relacionar um direito de fora do catálogo com um ou mais direitos de dentro do catálogo, sob a justificativa de que esses só se realizariam na medida da eficácia e efetividade do direito que está fora do catálogo. Seriam direitos de tipo meio, que necessitam de mesma proteção dos direitos catalogados.<sup>494</sup>

Como mencionado, se aceita a posição de que a liberdade de ensino é um direito fundamental fora do catálogo. Todavia, é necessário que se traga algumas informações para o esclarecimento desse posicionamento, bem como para justificar a não adoção das demais opções.

Em primeiro lugar, cumpre informar que não se entende de todo equivocado considerar a liberdade de ensino como uma garantia institucional, haja vista que, nos termos do conceito de Paulo Bonavides, já informado, garantia institucional é a proteção constitucional conferida a certas instituições e a direitos fundamentais providos de um componente institucional. Além disso, como informado por Ingo

---

<sup>492</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988**: Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 13-14. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

<sup>493</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 90.

<sup>494</sup> Feitas essas estipulações, a autora cita como exemplos de direitos catalogados ligados à liberdade de ensinar, a liberdade de expressão, a liberdade profissional e o direito à educação. No caso deste último, a autora ressalva que em se pensando a educação em sentido amplo, com facetas positivas e negativas, é necessário aceitar que o direito à liberdade de ensinar está associado ao âmbito de proteção do direito à educação, que é um direito social. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 85-86.

Sarlet, há certo consenso na doutrina no sentido de que as garantias institucionais não outorgam direitos subjetivos autônomos aos indivíduos, mas há exceções, em que essas outorgam esses direitos subjetivos autônomos, quando intimamente vinculadas à garantia dos direitos fundamentais.<sup>495</sup>

Portanto, considerando-se a liberdade de ensino como um direito fundamental que possui uma dimensão institucional, ou como uma garantia institucional que atribui direitos subjetivos autônomos, em razão de sua íntima relação com garantias de direitos fundamentais, parece razoável entendê-la com natureza de garantia institucional.

Ressalte-se, ainda, a dificuldade de se definir certas normas como direitos fundamentais ou garantias institucionais. Para Jorge Miranda, que reconhece essa dificuldade, para se estabelecer a natureza da norma, de acordo com essa distinção, seria necessário realizar algumas indagações. A primeira refere-se se ela estabelece uma faculdade de agir ou exigir a pessoas ou grupos, ou se coloca na esfera jurídica desses uma situação ativa que possa ser invocada, caso em que se estará diante de um direito fundamental. A segunda alude se a norma se confina a um “[...] sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal [...]”, neste caso haverá uma garantia institucional.<sup>496</sup>

Questiona-se se a norma que alberga a liberdade de ensino, de acordo com as perguntas formuladas por Jorge Miranda, seria considerada um direito fundamental ou uma garantia institucional? Em um primeiro momento, tende-se a responder que se trataria de um direito fundamental, haja vista que parece estabelecer uma faculdade de agir e de exigir aos professores. Contudo, admite-se que sob a perspectiva de que o sistema público de ensino seja uma instituição<sup>497</sup> é possível se defender que a liberdade de ensino seja também uma garantia institucional. Todavia, considerando-se o ensino público como instituição, é preciso admitir que ela possua a finalidade de garantir o direito à educação, cuja natureza é de direito fundamental.

---

<sup>495</sup> O autor, ainda, utiliza-se do exemplo da liberdade de imprensa, que assegura a instituição da imprensa livre e fundamenta o direito subjetivo desta liberdade. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 188-189.

<sup>496</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 90.

<sup>497</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 143.

Consequentemente, em que pesem os argumentos apresentados em favor do reconhecimento da liberdade de ensino como garantia institucional, verifica-se que não foi possível afastar por completo a sua natureza de direito fundamental.

Também não parece ser o caso de entender a liberdade de ensino como uma garantia do professor, instrumento do direito à educação. Em uma acepção mais ampla de garantia, não é possível excluir essa natureza instrumental da liberdade de ensino face ao direito à educação. Entretanto, parece mais acertado reconhecer que se está diante de norma que possui um elemento principal, o direito propriamente dito, e um elemento secundário, que é a garantia.

Seguindo com a análise sobre os posicionamentos doutrinários informados, considerar a liberdade de ensino como um princípio constitucional pode ser apropriado aos termos do presente texto, desde que se reconheça a teoria dos princípios que foi acolhida pelo trabalho.

Feitas essas observações, cumpre justificar a posição adotada sobre a natureza jurídica da liberdade de ensino como um direito fundamental. Para tanto, parte-se da doutrina de Ingo Sarlet, já referida neste trabalho, para admitir a ideia de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, com fundamento no art. 5º, §2º, da Constituição, que é uma das portas de entrada de direitos fundamentais. Ainda na concepção do mencionado autor, chega-se aos direitos fundamentais escritos fora do catálogo, que possuiriam fundamentalidade formal, decorrente de sua positivação constitucional, e material em razão de seu conteúdo. Portanto, os direitos fundamentais fora do catálogo são aqueles direitos positivados na Constituição, mas fora do catálogo de direitos fundamentais e, em razão de seu conteúdo e da cláusula de abertura citada, são considerados direitos fundamentais para todos os efeitos.

No que se refere à fundamentalidade material, utiliza-se ainda das lições de Ingo Sarlet, já explicadas no tópico correspondente deste texto, que afirma que os direitos fundamentais em sentido material devem ser aqueles que por sua substância e importância possam ser equiparados aos direitos do catálogo. Verifica-se, dessa forma, que, sob o fundamento da doutrina de Ingo Sarlet, adota-se posição semelhante à de Amanda Travincas, como explanada acima.

Observa-se que a mencionada autora atribui ao direito à liberdade de ensino um tipo de direito meio, necessário à realização de um direito inserido no catálogo, e

o relaciona com a liberdade de expressão e profissional, e com o direito à educação. Trata-se de estratégia inspirada na doutrina de Alexy<sup>498</sup>.

Sem se excluir o posicionamento dessa autora, prefere-se neste ponto a utilização da doutrina de Ingo Sarlet, que parece ser um pouco diferente. Para esse autor, como já explanado no trabalho, os critérios de importância e relevância devem ser equiparados aos direitos fundamentais do catálogo, pois esses traduzem a importância dada pela comunidade a certa matéria, sendo seus valores expressamente reconhecidos. Essa equiparação busca elementos comuns nos direitos fundamentais, um sentido do texto, e não em direito fundamental específico, que necessite de um direito meio. Também afirma, com o que se concorda, que há uma relação entre os direitos fundamentais, escritos ou não, e os princípios fundamentais da Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana. Assim, uma interpretação que considere esses critérios e o procedimento enunciado parece ser mais adequada para apuração da fundamentalidade material de um direito.

Analisando-se a liberdade de ensino e equiparando-a a outros direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade de expressão, à liberdade profissional e à educação, bem como considerando alguns princípios fundamentais da Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana é possível concluir pela fundamentalidade material do direito à liberdade de ensino.

No que se refere à liberdade de expressão e a liberdade profissional, verifica-se que ambas se fundam em uma noção de direitos de primeira dimensão, fundados no valor liberdade, que teria como um primeiro objetivo preservar as pessoas em face do Estado, garantindo a essas uma área de atuação livre. De maneira geral, é possível encontrar a mesma fundamentação para o resguardo do direito à liberdade de ensino. Em sentido semelhante, seria possível a defesa dessas liberdades como forma de busca pela verdade. Ademais, pelo menos no que se refere à liberdade de expressão, seria possível relacioná-la à liberdade de ensino, no sentido proposto por Dworkin, de individualismo ético. Assim, em razão desses critérios, que não excluem

---

<sup>498</sup> O citado autor, discorrendo sobre o art. 5º, §3º, 1, da Constituição alemã, que trata da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino, traz a ideia da *relação de refinamento*, ou seja, a necessidade de normas não inseridas no texto da Constituição para a aplicação concreta de normas de direito fundamental que se encontram nesse texto. As mencionadas normas teriam uma *relação de fundamentação* com as normas de direito fundamental contidas no texto constitucional. O autor informa, diante disso, a noção de *normas atribuídas*, que seriam também normas de direito fundamental, ainda que não inseridas no texto da Constituição. Conforme: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69-73.

outros, verifica-se que é possível dizer que há elementos comuns aos direitos do catálogo, que demonstram que o conteúdo e a importância desses direitos e da liberdade de ensino se equiparam.

Com relação ao direito à educação, como informado, é possível reconhecê-lo como um direito que possui finalidade específica, isto é, ser um meio para o desenvolvimento das pessoas, o seu exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.<sup>499</sup> Tais objetivos se coadunam com os princípios fundamentais da Constituição. Nesse aspecto, também é possível afirmar que a liberdade de ensino possui as mesmas finalidades e, dessa maneira, o seu conteúdo e importância são equiparados aos do direito à educação.

Na busca desses elementos comuns, que não se restringem a elementos de um direito fundamental do catálogo, possui especial importância a relação dos direitos fora do catálogo e dos princípios fundamentais da Constituição. Dentre esses princípios, pretende-se fazer observações a respeito da dignidade da pessoa humana.

Não se retomará toda a discussão já realizada a esse respeito, remetendo-se à leitura do tópico específico sobre dignidade humana no presente texto. Entretanto, é necessário apontar algumas questões que possuem especial interesse no relacionamento entre a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de ensino, como forma de justificar a natureza de direito fundamental desse último.

Em primeiro lugar, cumpre retomar a natureza da dignidade da pessoa humana. Como já se discutiu, a dignidade da pessoa humana possui natureza de fundamento dos direitos fundamentais. Assim, deve haver uma relação entre o conteúdo dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. A partir desse entendimento, é possível conceber a dignidade da pessoa humana como a justificativa ética e axiológica para os direitos fundamentais, ainda que se reconheça que é possível que haja direitos fundamentais que não seriam explicitações diretas da dignidade da pessoa humana. Reconhecida essa natureza à dignidade, é possível atribuí-la, dentre outras, a função de critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.

---

<sup>499</sup> Horácio Rodrigues e Andréa Marocco afirmam que o direito à educação não seria um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir essas finalidades. Conforme: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988: Alcance e Limites da Autonomia Docente**. p. 2. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

Verifica-se, dessa maneira, que há uma clara relação entre a dignidade da pessoa humana e a conceituação de direitos materialmente fundamentais. Através da apuração de sua relação com a dignidade da pessoa humana, é possível determinar se um direito é materialmente fundamental. Para que seja possível aquilatar a existência dessa relação entre a dignidade da pessoa humana e um direito, faz-se necessário antes a averiguação do que se compõe o conteúdo da dignidade humana, tema que já foi objeto deste texto.

Como já se enunciou, é uma difícil tarefa a determinação do conteúdo da dignidade da pessoa humana. Todavia, há alguns elementos que estão relativamente pacificados na doutrina. Dentre esses elementos, chama-se à atenção para dois deles, que são: o valor intrínseco da pessoa e a autonomia.

Feitas tais colocações, cumpre investigar se existe uma relação entre a liberdade de ensino e a dignidade da pessoa humana. Ademais, essa relação não pode ser distante, uma vez que sempre será possível aferir, ainda que de maneira tênue, uma relação entre algum direito e a dignidade da pessoa humana. Assim, é possível dizer que a liberdade de ensinar deverá ser uma explicitação próxima da dignidade, para ser considerada um direito fundamental.

Analisando-se a liberdade de ensino e, em especial a sua razão de ser, ou seja, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho, observa-se, claramente, que esse direito, previsto na Constituição, tem por finalidade, justamente, o reconhecimento do valor intrínseco da pessoa. É através da educação, fornecida com liberdade, que a pessoa possui maiores chances de se desenvolver.

Além disso, no caso específico de crianças e adolescentes, verifica-se que houve uma mudança de paradigma e a adoção da doutrina da proteção integral, que possui estreita relação com a dignidade da pessoa humana. Uma das principais alterações dessa mudança de paradigma foi justamente o reconhecimento da qualidade de sujeitos de direito às crianças e aos adolescentes. Dessa forma, afastou-se a possibilidade de instrumentalização desses sujeitos, admitindo-se o seu valor intrínseco de pessoa. A partir dessa mudança e em razão da atribuição a esses sujeitos do direito à liberdade de aprender, que possui ligação com a liberdade de ensino, é preciso reconhecer à liberdade de ensino uma relação muito próxima à dignidade da pessoa humana.

Além disso, também compõe o conteúdo da dignidade da pessoa humana a noção de autonomia. Essa autonomia pode ser associada à liberdade de ensino em dois aspectos. Primeiramente, é possível relacionar a autonomia à liberdade de ensino, no sentido de um direito de liberdade que possui o docente para ministrar a sua aula sem interferências. Em uma segunda acepção, é plausível aceitar que a autonomia está ligada aos estudantes, seja no sentido de garantir o seu desenvolvimento para o exercício da cidadania, seja no sentido de conferir-lhes liberdade de aprender, sendo-lhes atribuído o direito de receber um ensino plural, para que possam realizar as suas próprias escolhas.

Realizadas tais observações, é possível concluir que a liberdade de ensino possui uma relação direta com a dignidade da pessoa humana e, assim, em razão de seu conteúdo e importância, somado a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da Constituição, é possível se afirmar que se trata de um direito materialmente fundamental, previsto fora do catálogo.

Registre-se que também seria possível buscar fundamentação na legislação internacional para o reconhecimento da liberdade de ensinar como um direito fundamental.<sup>500</sup> Utilizando-se como exemplo o Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos é razoável se considerar, através de interpretação, que a liberdade de ensino estaria acolhida no disposto no art. 13, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321 de 1999, que trata especificamente nesse artigo do direito à educação. O mencionado dispositivo traz as finalidades da educação e, inserido entre elas, o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico e pelas liberdades

---

<sup>500</sup> Com relação ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), em item referente à Liberdade acadêmica e autonomia institucional, no Comentário Geral 13, reconhece a ausência de previsão específica no tratado sobre o tema e assim dispõe: “À luz dos numerosos relatórios dos Estados Partes examinados pelo Comitê, o Comitê considera que o direito à educação só pode ser desfrutado se for acompanhado pela liberdade acadêmica do corpo docente e dos alunos. Consequentemente, embora a questão não seja expressamente mencionada no art. 13, é conveniente e necessário que o Comitê faça algumas observações preliminares sobre a liberdade acadêmica. Uma vez que, na experiência do Comitê, professores e estudantes do ensino superior são particularmente vulneráveis a pressões políticas e outras que põem em risco a liberdade acadêmica, as seguintes observações dão atenção especial às instituições de ensino superior, mas o Comitê deseja enfatizar que o corpo docente e os estudantes de todo o setor da educação têm o direito à liberdade acadêmica, e muitas das seguintes observações são de aplicação geral”. SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU**. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

fundamentais. Também cabe à educação o dever de tornar as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista. Tais finalidades ligadas ao pluralismo e à democracia somente seriam viáveis através de um ensino com liberdade.<sup>501</sup>

Por fim, lembra-se da discussão existente sobre a natureza atribuída às normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais recepcionados pelo Brasil. De acordo com a doutrina de Flávia Piovesan, como já explanado em tópico específico nessa obra, aos tratados internacionais de direitos humanos deve ser atribuída hierarquia de norma constitucional, com aplicação do regime de direitos fundamentais.

#### 4.4 Titulares e destinatários da liberdade de ensinar

Como se observa pelo enunciado desse tópico, adota-se o posicionamento que distingue as posições ativas e passivas na relação jurídica de direitos fundamentais em, respectivamente, titulares e destinatários. Eis a doutrina de Ingo Sarlet que bem explicou esta classificação:

Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.<sup>502</sup>

Assim, para o caso específico da relação oriunda do direito à liberdade de ensino, há que se identificarem os seus titulares, isto é, os sujeitos que podem exigir respeito, proteção e promoção a este direito e em face de quem podem fazê-lo.

Antes da realização de tal tarefa é necessário fazer uma observação. Os termos do art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 parece indicar que a titularidade dos direitos fundamentais seria conferida apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Todavia, esta não é a interpretação mais adequada. Concorde-

---

<sup>501</sup> Ademais, na parte final desse art. 13 também está previsto que nenhuma das disposições do Protocolo pode ser interpretada como restrição da liberdade das pessoas e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino. Este trecho parece convergir no resguardo da liberdade de ensino, além de claramente proteger a autonomia universitária.

<sup>502</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 215.

se com a doutrina que reconhece, através de uma interpretação sistemática, a recepção do princípio da universalidade pelo direito constitucional brasileiro e, de acordo com esta posição, todas as pessoas, por serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais.<sup>503</sup>

Como já se enunciou no tratamento dado às terminologias adotadas, isto é, quando se tratou sobre a terminologia liberdade de ensino e liberdade acadêmica, verifica-se que esta se trataria gênero da qual aquela é espécie. Essa questão e outras relacionadas ao seu conteúdo ainda serão debatidas no texto, mas partindo-se dessa classificação é possível afirmar que a identificação dos titulares e destinatários há que ser feita para cada uma das dimensões.<sup>504</sup>

Seguindo-se este posicionamento e adentrando-se à questão da definição da titularidade do direito à liberdade de ensino, verifica-se que o seu titular por natureza é o professor. Apesar da constatação, de acordo com o senso comum, de quem poderia se enquadrar na definição de professor, cabe buscar na Constituição e na lei elementos que auxiliem nessa tarefa.

Primeiramente, a partir da leitura do art. 206, da Constituição, averigua-se que o dispositivo trata dos princípios do ensino. Ensino, como já explanado no texto, deve ser interpretado como sinônimo de educação formal, isto é, aquela que se desenvolve na escola de forma sistemática, com método, conteúdos estabelecidos e finalidade de formação do ser humano. Esse entendimento é corroborado pela Lei 9.394 de 1996 (LDB) que aborda, em seu art. 1º, um conteúdo amplo de educação para, no § 1º do mesmo preceito, determinar que a lei disciplina a educação escolar que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

Além disso, também consta do art. 206, da Constituição que há três disposições que cuidam do que se denomina: profissionais da educação escolar. O

---

<sup>503</sup> Esta é a posição de Ingo Sarlet. Apesar disso, entende o autor que pode haver diferenciações em razão do princípio da igualdade ou de disposições constitucionais. Ademais, ressalta a existência de direitos que são atribuídos apenas a algumas categorias. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 216-217. Ressalte-se, ainda, que o autor funda a sua interpretação sobre o princípio da universalidade, na dignidade da pessoa humana, na isonomia e no previsto no art. 4º, II, da Constituição, que determina que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 220.

<sup>504</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 91.

inciso V, do artigo citado, trata da valorização desses profissionais, garantindo-se, na forma da lei, plano de carreira e determinando-se o ingresso por concurso público, no caso das redes públicas. O inciso VIII, trata do piso salarial nacional para esses profissionais e o parágrafo único, ainda desse artigo, determina que lei disponha sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira.

Complementando essa disposição Constitucional, há a previsão do art. 61 da LDB, que determina que se consideram profissionais de educação escolar básica os que estejam em efetivo exercício e tenham se formado em cursos reconhecidos, sendo: professores habilitados em nível médio ou superior para a docência em educação infantil e nos ensinos fundamental e médio; trabalhadores em educação portadores do diploma de pedagogia, com habilitação, mestrado ou doutorado em algumas áreas que a lei define; trabalhadores em educação, com diploma de curso técnico ou superior em pedagogia ou área afim; profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino, exclusivamente para atender à formação técnica e profissional do currículo do ensino médio e profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica, conforme o disposto pelo Conselho Nacional de Educação.

A partir dessas definições trazidas pela Constituição e pela LDB, verifica-se, que o direito à liberdade de ensino na educação escolar básica deve ser conferido, em princípio, a profissionais que exerçam atividades de docência na escola, ou seja, educação formal. Ademais, se encaixam na condição de professores os profissionais de educação escolar básica, previstos nos incisos I e IV do art. 61, isto é, professores habilitados para a docência e profissionais com notório saber, reconhecidos pelos respectivos sistemas de ensino. Além disso, tais profissionais devem estar em efetivo exercício.

O efetivo exercício, no caso da esfera pública, deve ser precedido, como regra, pela aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 206, V, da Constituição) e pela posse no cargo.<sup>505</sup> Em se tratando de profissional da área privada, basta realização de contrato.

---

<sup>505</sup> Cabe sublinhar, ainda que tal matéria não constitua tema que será abordado, que o §1º, do art. 207, da Constituição prevê a possibilidade das Universidades admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. Essa matéria, além de outras que cuidem da contratação por

Amanda Travincas, tratando sobre o magistério superior, entende que seria possível, em razão das diferentes classes desse magistério (professor assistente, professor adjunto, professor titular, dentre outros), o reconhecimento de que na prática, apesar de todos serem titulares da liberdade de ensinar, poderia ocorrer expansão ou redução a depender do enquadramento do docente. Para a autora a arquitetura em degraus, bem como as exigências de titulação para alguns cargos seriam indicativos de uma maior esfera de deliberação para os cargos que demandam maior titulação.<sup>506</sup> Sem se adentrar a discussão a respeito das carreiras do magistério superior, cumpre informar que não parece razoável entender pelo escalonamento da liberdade de ensino na educação básica de acordo com o enquadramento do docente. O caminho que parece mais condizente com o conteúdo da liberdade de ensino, seria reconhecer que cada professor, dentro de suas atribuições específicas e em turmas definidas, possui ampla liberdade de ensino, nos termos e com os limites que ainda serão tratados.

Além da figura do docente, Amanda Travincas tem entendimento no sentido de que ao discente do ensino superior poderá ser conferida a tarefa de monitor e, assim, ser aproveitado nas funções de ensino e de pesquisa pelas respectivas instituições, conforme art. 84, da LDB. Em razão da tarefa de ensino, caberá ao monitor a liberdade de ensino que será, no entanto, mitigada pela condução da disciplina pelo professor, que deverá orientar o monitor para uma abordagem plural e evitar cerceá-lo.<sup>507</sup>

Cumpre questionar se os discentes, não monitores, possuem direito à liberdade de ensinar? Apesar de se reconhecer a estreita relação que deve existir entre o corpo docente e o discente, entende-se que a interpretação mais adequada para o tema é reconhecer que aos discentes não é conferida a liberdade de ensinar, cabendo-lhes a liberdade de aprender, também prevista no inciso II, do art. 206 da Constituição. Nesse ponto, é interessante o pensamento de Cláudia Massani Queda

---

tempo determinado para atender a necessidade temporária de especial interesse público, estão na Lei 8.745 de 1993. Além disso, a Lei 12.772 de 2012, que cuida, dentre outros, sobre a estruturação do plano de carreiras e cargos de Magistério Federal, determina em seu art. 27 que o corpo docente das instituições federais de ensino será constituído pelos cargos efetivos integrantes do plano de carreiras e cargos de que trata esta lei e pelos professores visitantes, professores visitantes estrangeiros e professores substitutos.

<sup>506</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 94.

<sup>507</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 94.

Toledo. A autora ressalta que a liberdade de cátedra tem por protagonista prima facie o docente, mas esta abrangeria todo o seu entorno, sendo ato que envolve dois movimentos necessários, dos docentes e dos discentes. A autora ainda aborda a dúplice dimensão do tema formada pela liberdade de ensinar e de aprender.<sup>508</sup> Esta relação será retomada no próximo tópico.

Tratadas algumas questões a respeito dos titulares do direito à liberdade de ensino, cumpre informar quem são os destinatários desse direito. Aparentemente a resposta mais adequada é a que vislumbra que o Estado e os particulares situam-se no polo passivo desta relação. Assim, verifica-se que esse direito possui eficácia pública e privada.<sup>509</sup> Portanto, seja na perspectiva subjetiva, ou em uma perspectiva

---

<sup>508</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 2-4. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>509</sup> Não será possível desenvolver essa questão, mas algumas notas fazem-se necessárias. Nos termos da doutrina de Canotilho, o art. 18º/1 da Constituição portuguesa estabelece a vinculação das entidades públicas através das normas de direitos, liberdades e garantias. Seriam destinatários, nesses termos, todos os poderes estatais (legislativo, administrativo e judiciário). O mesmo dispositivo também consagra a eficácia desses mesmos direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem privada. O autor refere que a doutrina denomina esta eficácia de horizontal. Afirma ainda que essa eficácia pode se dar, de acordo com duas teorias clássicas que cuidam do tema, da seguinte forma: *teoria da eficácia direta ou imediata*, que reconhece eficácia absoluta aos direitos, liberdades e garantias, além dos direitos análogos, que seriam aplicados diretamente às relações das entidades privadas sem a necessidade de mediação concretizadora; e *teoria da eficácia indireta ou mediata*, segundo a qual tais direitos teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, vinculando diretamente o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações de acordo com as normas de direitos, liberdades e garantias. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438-448. Na doutrina brasileira, dentre outras obras doutrinárias, cabe informar o posicionamento de Ingo Sarlet, que prefere a terminologia vinculação dos particulares às relações privadas ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O autor parte da diferenciação entre o Estado liberal de Direito e o Estado social de Direito para, diante dessa nova concepção de Estado, bem como de sociedade, discutir a necessidade de uma eficácia dos direitos fundamentais que vá além das relações entre os indivíduos e o Estado. Assim, admite o autor o posicionamento de Vieira de Andrade, no sentido de que os direitos fundamentais seriam princípios constitucionais que, por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, aplicar-se-iam a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como que há a necessidade de se proteger os indivíduos contra atos atentatórios de outros particulares. Além disso, o autor também traz à baila a discussão entre a eficácia direta ou indireta das normas de direito fundamental às relações privadas, concluindo que se inclina a entender que no direito brasileiro utilizar-se-ia de uma vinculação direta (imediate) também dos particulares aos direitos fundamentais. Reconheceu também que esse modo de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não é uniforme, sendo necessárias soluções diferenciadas com o uso da ponderação e da proporcionalidade. A justificativa para tal entendimento se encontraria na aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ressaltando a possibilidade de conflitos entre a vinculação de particulares e o princípio da autonomia privada, o que pressupõe uma análise tópico-sistemática, similar à colisão de direitos fundamentais de diversos titulares, onde se deve buscar solução na ponderação de valores, almejando-se a concordância prática. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 393-402.

objetiva, cabem ao Estado e aos particulares os deveres de abstenção, respeito, promoção e proteção do direito à liberdade de ensinar. No caso dos particulares, podem-se imaginar atitudes atentatórias desta norma de direito fundamental oriundas de diversos agentes privados, tais como os dirigentes de instituições de ensino, os pais de discentes, além de outros.

Amanda Travincas aborda essa questão tratando a liberdade de ensinar como um direito multifuncional. Para a autora, forma-se uma rede de relações entre os titulares e destinatários de um direito fundamental e, na perspectiva de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, todos os direitos evocam, a um só tempo, posições de não intervenção, de proteção e de promoção. Essa relação entre titulares e destinatários seria, portanto, dúplice, pois tem feição negativa, que exige abstenção, e positiva, no sentido de necessitar de condutas, fáticas ou normativas, de promoção e proteção. A partir disso, a autora informa dois planos de observação. O primeiro seria interno por se referir aos atores que dialogam dentro das instituições de ensino e envolvem os professores, o corpo diretivo institucional, os alunos e os demais profissionais da instituição. No plano externo estaria o Estado, a sociedade (imediatamente representada pelas famílias dos alunos) e o mercado<sup>510</sup>. O ponto de observação desses planos seriam os professores, pois titulares do direito, e a liberdade de ensino pode sofrer impactos internos e externos.<sup>511</sup>

Posição semelhante à distinção entre os plano externo e interno é a adotada por Dworkin. Defende o jurista que a liberdade acadêmica impõe dois níveis de isolamento. Um primeiro que isola as instituições de ensino superior das instituições

---

<sup>510</sup> Com relação ao mercado, é interessante trazer o posicionamento de Fabio Comparato, exposto em Conferência na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo em 1986. Tratando sobre o tema: Estado e sociedade civil no desempenho das tarefas educacionais, o autor, ao abordar o quarto dilema sobre a educação, que se refere à educação politicamente neutra versus educação politicamente orientada, afirma o pseudoneutralismo político da educação para o mercado, haja vista que ela corresponderia à filosofia política do liberalismo, em que as atividades políticas seriam excluídas das atividades normais da sociedade civil. Portanto, Estado e sociedade civil estariam separados. Conforme: COMPARATO. Fábio Konder. **Educação, Estado e Poder**. São Paulo: editora brasiliense, 1987, p. 118-119. Ainda nesse aspecto chama a atenção o posicionamento de Boaventura de Sousa Santos. O autor, ao tratar sobre a relação Universidade e Escola Pública, destaca que instituições privadas, sob a égide da globalização neoliberal, têm assumido algumas das funções da universidade pública no desenvolvimento da educação pública. Essa mudança manifestar-se-ia na primazia das metodologias quantitativas, em estudos de caráter avaliativo e de diagnósticos informados pela racionalidade econômica e na preocupação com a medição de resultados da aprendizagem, através da aplicação de testes padronizados. Além disso, ganharam centralidade na agenda educacional os seguintes temas: eficiência; competição; *performance*; *choice* e *accountability*. Conforme: SANTOS. Boaventura de Sousa. **A universidade do século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 81.

<sup>511</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 95-96.

políticas e das potências econômicas e um segundo que isola os acadêmicos dos administradores da universidade.<sup>512</sup> Tal questão está diretamente relacionada com o conteúdo do direito e será analisada a seguir.

## 4.5 Conteúdo da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar

### 4.5.1 Noções introdutórias e opções realizadas

Para que fosse possível realizar o estudo sobre o âmbito de proteção da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar, antes se fez necessário um estudo sobre interpretação constitucional e âmbito de proteção dos direitos fundamentais, tarefa que foi realizada em capítulos antecedentes. Optou-se, naquele momento, pela realização de uma sucinta abordagem sobre algumas discussões envolvendo a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais, além do estudo de teorias sobre o suporte fático, o âmbito de proteção e as restrições aos direitos fundamentais.

Neste ponto do trabalho serão utilizadas as premissas estudadas, acrescentando-se a tomada de posição sobre quais teorias, dentre as estudadas, serão adotadas para o presente tópico. Além disso, serão enfrentadas as especificidades que envolvem o direito à liberdade acadêmica e à liberdade de ensinar, tendo sempre como pressuposto, além dos estudos de dogmática dos direitos fundamentais, os estudos realizados sobre a proteção integral de crianças e adolescentes e sobre o direito à educação. Assim, partindo-se das noções de interpretação dos direitos fundamentais, é preciso buscar o âmbito de proteção da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar.

Inicia-se, retomando que âmbito de proteção refere-se aos atos, fatos ou posições jurídicas protegidas pela norma garantidora do direito fundamental<sup>513</sup>. No presente texto, adotar-se-á um modelo de suporte fático restrito, portanto, alguns estados, ações ou posições jurídicas não estariam protegidas pela norma de direito fundamental. O fundamento da utilização desse modelo decorre do que se

---

<sup>512</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393-394.

<sup>513</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 72.

considerou uma interpretação mais adequada da Constituição. Com relação às restrições a direitos fundamentais, entende-se pela aplicação da teoria externa.

Admite-se o posicionamento, já enunciado no tópico sobre interpretação dos direitos fundamentais, segundo o qual deve ser considerada a noção de pré-compreensão e a sua relevância, assim como a importância do intérprete para a interpretação, e que o real conteúdo de uma norma somente se revela em sua aplicação concreta. A partir disto, reconhece-se, também, como afirmado por Konrad Hesse<sup>514</sup>, que é tarefa da teoria constitucional a fundamentação da pré-compreensão. Assim, possui extrema importância a utilização da interpretação constitucional, com seus métodos e princípios para, tendo por base o texto da Constituição, buscar-se auxiliar na definição do âmbito de proteção adequado para a liberdade acadêmica e para a liberdade de ensinar.

Acolhe-se que a concretização necessita da situação real, todavia a dogmática jurídica pode ajudar nessa tarefa, traçando alguns contornos em abstrato ao direito fundamental, com base no texto constitucional e na experiência jurídica, o que diminui a possibilidade de subjetivismos e aumenta a racionalidade e legitimidade da decisão, mesmo que essa fundamentação realizada pela teoria dos direitos fundamentais deva ser confirmada e corrigida na prática, nos termos do método hermenêutico-concretizador.

Esta interpretação deve ser realizada através da utilização de alguns dos princípios de interpretação constitucional estudados. O primeiro princípio a ser lembrado é o da unidade da Constituição, segundo o qual a Constituição deve ser interpretada como um todo, ou seja, deve-se buscar uma interpretação que dê sentido a um dispositivo em harmonia com o restante do texto constitucional.

Outro princípio interpretativo a ser retomado, que pode auxiliar na definição do suporte fático de um direito fundamental, é o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, segundo o qual se deve dar preferência à interpretação que reconheça maior efetividade aos direitos fundamentais.

Por fim, tem-se o princípio da concordância prática, que prevê a coordenação de bens jurídicos constitucionais em conflito, buscando-se limites recíprocos e harmonização para evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

---

<sup>514</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-110.

Pelo uso desses princípios é possível a exclusão de certas condutas, por exemplo, cuja proteção por preceito de direito fundamental ocasionaria uma evidente desarmonia entre este e outros direitos ou bens constitucionais, ou à Constituição como um todo.

Ressalte-se que não se está querendo afastar, em abstrato, todas as posições de conflitos entre direitos fundamentais, entretanto há situações cuja proteção parece entrar em conflito com o texto do restante da Constituição. Ademais, a tentativa de estabelecer contornos ao âmbito de proteção de um direito fundamental não afasta a possibilidade de sua alteração, principalmente diante da situação concreta. Todavia, este estabelecimento pode acarretar a necessidade de um aumento do ônus argumentativo do intérprete, o que parece salutar.

Desta forma, a adoção de um posicionamento de suporte fático amplo parece não valorizar a interpretação do texto constitucional, transportando a discussão sobre os direitos fundamentais diretamente para a esfera de sua ponderação. Além disso, transfere, equivocadamente, para a decisão do intérprete, parte das escolhas que já foram direcionadas pelo Constituinte.

Entende-se também que deve ser adotada como teoria dos direitos fundamentais a teoria dos valores, em seu terceiro período, com a qualificação dos direitos fundamentais como princípios, de acordo com a teoria dos princípios já admitida no texto, isto é, a de Robert Alexy, todavia com modificações.

Devidamente justificadas essas escolhas, passa-se à definição, primeiramente, do conteúdo da liberdade acadêmica.

#### 4.5.2 Conteúdo da liberdade acadêmica

A primeira posição que se observa é a trazida por Amanda Travincas. Segundo a autora, que segue os ensinamentos de Robert Post e, por conseguinte, das Declarações de 1915 e 1940 da Associação Americana de Professores Universitários (AAUP)<sup>515</sup>, a liberdade acadêmica compreenderia a liberdade de

---

<sup>515</sup> Trata-se de associação formada com o intuito de proteger a liberdade como um direito subjetivo dos professores e que originou as Declarações de 1915 e 1940. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 32-33.

pesquisar e divulgar o pensamento, ensinar em sala de aula, manifestação extramuros e discurso intramuros, fora da sala de aula.<sup>516 517</sup>

A primeira das dimensões da liberdade acadêmica refere-se à liberdade de pesquisar e publicar os resultados, o que demonstra a sua íntima relação com a produção do conhecimento. Nessa dimensão a autora, reportando-se a Robert Post, levanta a questão da discussão que envolve o que se considera por conhecimento relevante, que geraria essa proteção, enquanto o conhecimento considerado não relevante poderia ser restringido. A dificuldade se encontra na definição do que pode ser considerado como conhecimento relevante, haja vista que tal definição possui caráter de subjetivismo, devendo ser criados critérios para auxiliar nessa escolha. A autora ainda ressalva que a inexistência de qualquer restrição à pesquisa, poderia ocasionar a sua incidência sobre qualquer conteúdo e de qualquer forma, o que afastaria a própria concepção de conhecimento científico.<sup>518</sup>

Chama-se a atenção, nesse ponto, para o posicionamento de Cláudia Mansani Queda de Toledo. Segundo a autora, a pesquisa, qualificada pela liberdade, tornou-se um imperativo para a qualidade de ensino. Assim, o objetivo na construção do conhecimento através da pesquisa seria de que o ensino não se trate apenas de um repasse e armazenamento de informações, mas no aprendizado de processos, na capacidade de entender e analisar o objeto. A aula passaria a ser uma consequência da pesquisa, produção e divulgação do conhecimento. No caso das universidades, a autora bem se lembra do disposto no *caput* do art. 207, da Constituição, que traz o princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.<sup>519</sup>

Nesse ponto, é possível concordar com a autora, no sentido dessa relação entre pesquisa e ensino. Como se observa, a liberdade de pesquisa e divulgação

---

<sup>516</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 37-38.

<sup>517</sup> De acordo com a Declaração de Princípios de 1940 da Associação Americana de Professores Universitários, estaria inserida na liberdade acadêmica: a liberdade de pesquisar e divulgar os resultados da pesquisa; a liberdade de ensinar em sala de aula e a liberdade de manifestação extramuros como cidadãos. AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 1940. **Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/1940%20Statement.pdf> Acesso em: 09 out. 2019.

<sup>518</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 38-39.

<sup>519</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 16. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

prevista no art. 206, II, da Constituição, está inserida no contexto educacional. Assim, parece haver diferença parcial entre o seu âmbito de proteção e o âmbito de proteção da livre expressão da atividade científica, que seria mais abrangente, prevista no art. 5º, IX, da Constituição.

A segunda das dimensões da liberdade acadêmica abordadas é a liberdade de manifestação extramuros. Trata-se da expressão de professores na condição de cidadãos. O que definiria o âmbito de proteção da expressão extramuros seria o conteúdo da fala. Portanto, quando o professor se manifesta sobre assuntos de interesse público, não inseridos em sua área de *expertise*, ainda que na instituição, estará protegido por essa dimensão da liberdade acadêmica.<sup>520</sup>

A autora traz duas questões relacionadas à proteção da expressão extramuros. A primeira refere-se à dificuldade de separar, no conteúdo do discurso, o que seria matéria relacionada à *expertise* do professor, em razão da interdisciplinaridade do conhecimento científico. Tal fato, segundo alega, originou a dimensão extramuros, pois essa seria um reforço protetivo, conferido ao professor frente às instituições, que poderiam cerceá-lo em razão de suas convicções pessoais. A segunda questão refere-se à utilização da dimensão extramuros como uma imunidade profissional para impedir que normas institucionais tenham repercussão para fora da relação profissional e possam acarretar censura.<sup>521</sup>

Ainda sobre a dimensão extramuros da liberdade acadêmica é importante trazer duas observações. A primeira refere-se ao que foi denominado princípio controlador, inserido pela Declaração sobre o Discurso Extramuros da AAUP, de 1964, de acordo com o qual a expressão de um docente como um cidadão não pode ser motivo para a sua demissão, salvo se demonstrar a incapacidade técnica do docente.<sup>522</sup> A segunda observação, nos termos do posicionamento de Ingo Sarlet e Amanda Travincas, alude-se ao fato de que é a condição de docente, não o seu lugar de expressão, que acarreta a inclusão de sua conduta no âmbito de proteção da liberdade acadêmica, inclusive no que atine à liberdade de expressão

---

<sup>520</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 40-41.

<sup>521</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 41-42.

<sup>522</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. O Direito Fundamental à Liberdade Acadêmica – Notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, publicado em 31 ago. 2016, p. 534. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10328/pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

extramuros. Assim, em situação fática, poderia ocorrer uma concorrência aparente entre a dimensão extramuros da liberdade acadêmica e a liberdade de expressão do docente que, em razão da especialidade, deveria ser resolvida em proveito da liberdade extramuros.<sup>523</sup>

Amanda Travincas reconhece que existe oposição à inclusão da dimensão extramuros na liberdade acadêmica. Tais objeções fundamentar-se-iam na afirmação de que ela pertenceria ao âmbito de proteção da liberdade de expressão, pois a manifestação do pensamento se daria na condição de cidadão e não de profissional. Entretanto, entende, seguindo Robert Post, que a sua inclusão na liberdade acadêmica seria um reforço à proteção do profissional, diante da dificuldade de distinção entre as falas na condição de profissional e na condição de cidadão.<sup>524</sup>

A terceira dimensão da liberdade acadêmica trata-se de sua dimensão intramuros. Essa dimensão não foi inserida nas Declarações de 1915 e de 1940, da AAUP. Essa dimensão também não se relaciona à área de estudo do professor, referindo-se ao direito de participação docente nas decisões de natureza administrativa, relacionadas às políticas institucionais. A dimensão está relacionada com um caráter democrático da gestão do ensino e, assim, confere ao docente a condição de criador de normas institucionais e, portanto, autorregulador de sua conduta.<sup>525</sup>

A proteção dessa dimensão, em nossa Constituição, pode ser fundamentada no inciso VI, do art. 206, que prevê a gestão democrática do ensino público, na forma da lei.<sup>526</sup>

Por fim, tem-se a liberdade de ensinar<sup>527</sup>, como dimensão da liberdade acadêmica. A liberdade de ensinar envolveria decisões relacionadas ao conteúdo a

---

<sup>523</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. O Direito Fundamental à Liberdade Acadêmica – Notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, publicado em 31 ago. 2016, p. 543. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10328/pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>524</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 61-62.

<sup>525</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 44-45.

<sup>526</sup> Esse princípio também está previsto no art. 3º, VIII, da Lei 9.394 de 1996. O art. 14, do mesmo diploma legal, determina que os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, nos termos de suas peculiaridades e de acordo com o princípio da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e o princípio da participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

ser ensinado e ao método de ensino que será utilizado. Além disso, ainda sobre o pensamento de Amanda Travincas, as controvérsias em torno da liberdade de ensinar situar-se-iam em torno das seguintes dificuldades principais: a delimitação do conteúdo a ser lecionado por determinado professor, em razão da dificuldade de compartimentalização do saber e da existência de conhecimento transversal que, apesar de não pertencer a uma disciplina curricular, pode auxiliar na compreensão do objeto de estudo; a clivagem entre ensino e doutrinação, sendo que, nos termos da autora, essa última sufoca a crítica e a contraposição; o último ponto refere-se à possibilidade de professores exporem comentários controversos que podem afetar a sensibilidade do corpo discente, isto é, se esses possuem o direito de não se sentirem ofendidos pelo ensino, em razão de uma perspectiva diversa.<sup>528</sup>

Necessário se faz a realização de algumas ponderações sobre essa classificação em dimensões da liberdade acadêmica.

Seguindo uma interpretação mais literal do art. 206, II, da Constituição, Cláudia Mansani Queda de Toledo entende que há quatro formas de liberdades pedagógicas, que seriam a liberdade de aprender, a liberdade de ensinar, a liberdade de pesquisar e a liberdade de divulgar o pensamento, a arte e o saber. Todas elas “[...] modalidades de liberdade relacionadas à concretização do direito fundamental à educação”.<sup>529</sup>

A liberdade de aprender, que também está prevista no art. 206, II, da Constituição, possui íntima relação com a liberdade de ensinar. Nos termos da Declaração de Princípios de 1915 da AAUP a liberdade acadêmica possuiria duas aplicações. A primeira para a liberdade do professor e a segunda para a liberdade

---

<sup>527</sup> O presente texto abordará a liberdade de ensinar como uma liberdade do professor. Há doutrina que entende que o conteúdo da liberdade de ensino possui três aspectos. Nesse sentido Salomão Barros Ximenes que, citando Jorge Miranda, defende os seguintes aspectos: o direito dos pais e estudantes quanto à escolha de escola diferente da ofertada pelo Estado; o direito de criação de escola privada ou não estatal; e a liberdade acadêmica de professores e alunos na escola. Conforme: XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 191.

<sup>528</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 45-47.

<sup>529</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 12-13. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

dos alunos (*Lehrfreiheit* e *Lernfreiheit*). Entretanto, o relatório ressalva que a liberdade que será seu objeto é a do professor.<sup>530</sup>

A liberdade de aprender, que pertence aos discentes, outra parte do processo de ensino-aprendizagem, nos termos de Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco, está ao lado e possui o mesmo patamar da liberdade de ensinar. Segundo esses autores, a liberdade de aprender determina que, além do ponto de vista do professor, caberia a esse expor os demais pontos de vista e teorias sobre o conteúdo específico, assim como os seus fundamentos. Além disso, a discordância de ideias não deveria afetar os alunos e esses também poderiam adotar uma teoria diversa da escolhida pelo docente, desde que cientificamente aceita. Assim, caberia ao professor expor, ao menos, os principais pontos de vista sobre um tema, propondo uma perspectiva crítica.<sup>531</sup>

Concorda-se com os termos expostos pelos autores no que se refere a tratar-se a liberdade de aprender de um direito dos discentes, que está no mesmo patamar da liberdade de ensino e confere a esses a possibilidade de discordar cientificamente da posição docente, sem discriminações, e de receber um ensino com perspectiva crítica. Todavia, a defesa de que caberia ao professor ensinar todos os demais pontos de vista aos alunos, ou os principais, parece se tratar de uma exigência que guarda dificuldades. Seria possível ao docente ensinar todos os tópicos de sua disciplina, trazendo todos os pontos de vista contrários? Caso não seja possível, quem deve determinar quais seriam as principais teorias ou pontos de vista a serem ensinados? Se a resposta for o professor, essa escolha deveria se inserir na liberdade de ensino e não na liberdade de aprender. Ademais, devem ser levadas em consideração as especificidades das disciplinas e das situações concretas que podem influenciar a escolha do professor.

Tais questões relacionadas à relação entre a liberdade de ensino e a liberdade de aprender serão retomadas ao se tratar sobre os limites à liberdade de ensinar.

---

<sup>530</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 1915. **Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em:

<[http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen\\_Dec\\_Princ.pdf](http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf)> . Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>531</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988**: Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 10-11. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

Ainda no contexto do conteúdo da liberdade acadêmica cumpre inserir neste estudo a previsão da primeira parte do art. 206, III, da Constituição. O dispositivo citado refere-se ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Marcos Augusto Maliska afirma que a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas está compreendida na liberdade de ensinar e de divulgar o pensamento, e o objetivo ao tratá-lo em inciso independente foi realçar o pluralismo.<sup>532</sup>

Concorda-se com a posição desse autor. Entretanto, nos termos da Constituição, entende-se que a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas é princípio que está compreendido em todas as formas de expressão da liberdade acadêmica, norteando-a.

Registre-se que a ideia de pluralidade, assim como a de tolerância e diversidade, que estão umbilicalmente ligadas àquela, encontram-se dispostas em diversos preceitos constitucionais. O próprio preâmbulo da Constituição prevê que o Estado Democrático de Direito está destinado a assegurar certos valores, como supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que reconhece a existência de uma sociedade pluralista.<sup>533</sup>

Observa-se, portanto, que o princípio da pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas reforça esse conceito de pluralidade, que se difunde por toda a Constituição, inserindo-o na liberdade acadêmica e no próprio direito à educação. Como bem observa Marcos Augusto Maliska, a Constituição procurou instituir um Estado Democrático de Direito comprometido com o respeito à pluralidade. Além disso, é necessária uma escola com educação plural, educação da tolerância, para uma sociedade plural.<sup>534</sup>

---

<sup>532</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 179.

<sup>533</sup> Também podem ser citados como exemplos de busca pela pluralidade: o art. 1º, V, da Constituição, que dispõe sobre os fundamentos da República e determina o pluralismo político; o art. 3º, da Constituição, que trata sobre o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações; o art. 5º, VIII, da Constituição prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, conforme lei; o art.5º, XLI, da Constituição determina a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais e o inciso subsequente, isto é, o inciso XLII prevê que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível; o inciso, V, do §3º do art. 215, da Constituição trata do Plano Nacional de Cultura visando o desenvolvimento cultural do País e à integração das ações que conduzem à valorização da diversidade étnica e regional; o art. 216-A, da Constituição, que trata do Sistema Nacional de Cultura, traz, no inciso I de seu §1º, o princípio da diversidade das expressões culturais.

<sup>534</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 181.

A Lei de diretrizes e bases da educação (Lei 9.394 de 1996) reforça essa compreensão em seu art. 3º, III e IV, que preveem, respectivamente, a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas e o respeito à liberdade e apreço à tolerância.<sup>535</sup>

Ademais, é interessante trazer o posicionamento de Horácio Vanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco, para quem a liberdade acadêmica, compartilhada (professores, pesquisadores e alunos) e contextualizada (sistemas e planejamentos educacionais, realidade social), pressupõe o debate crítico apreciativo e a tolerância, não sendo mera manifestação de opinião. Esta liberdade incluiria as liberdades de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o conhecimento.<sup>536</sup>

Diante do exposto, fica mais clara a possibilidade de se traçar o âmbito de proteção da liberdade acadêmica. Segue-se o posicionamento segundo o qual o âmbito de proteção da liberdade acadêmica compreende o âmbito de proteção das liberdades de aprender, ensinar e pesquisar e divulgar o conhecimento, cuja previsão se encontra no inciso II, do art. 206, da Constituição. Ademais, insere-se em seu conteúdo a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas, cuja previsão se encontra no inciso III, do mesmo artigo da Constituição.

Com relação à dimensão intramuros, cuja previsão se encontra no inciso VI, do art. 206, da Constituição, que trata sobre a gestão democrática do ensino público, resta dúvida sobre a sua inclusão no contexto da liberdade acadêmica ou o seu estudo como um princípio independente do ensino. Em uma interpretação literal do texto constitucional, verifica-se que ela se aplicaria somente ao ensino público, o que parece afastá-la da liberdade acadêmica, cujo âmbito envolve também o ensino privado. Em uma análise sobre o art. 14, da Lei 9.394 de 1996, que trata da gestão democrática do ensino público na educação básica, constata-se que o primeiro princípio refere-se especificamente à participação dos profissionais de educação na elaboração do projeto pedagógico da escola, o que tem profunda relação com a liberdade acadêmica. O segundo princípio, por sua vez, diz respeito à participação

---

<sup>535</sup> O art. 26, §4º, do mesmo diploma legal, determina que o ensino de história do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, em especial as de matrizes indígenas, africanas e europeias.

<sup>536</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988**: Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 22-23. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

das comunidades escolares e locais em conselhos escolares, o que se aparta da liberdade acadêmica, aproximando-se da noção de democracia.<sup>537</sup>

Assim, a possibilidade de inclusão da dimensão intramuros na liberdade acadêmica, no direito brasileiro, trata-se de tema que requer um estudo mais aprofundado.

No que atine à dimensão extramuros, apesar dos relevantes argumentos apresentados, entende-se que se trata de dimensão não incluída na liberdade acadêmica, nos termos do direito brasileiro. O instituto da liberdade extramuros foi elaborado no contexto jurídico norte-americano. Nesse contexto, a abordagem jurídica da liberdade acadêmica costuma ser atribuída a duas tradições. A primeira tradição entende que a liberdade acadêmica não possui expressa previsão constitucional, decorrendo da Primeira Emenda como uma manifestação da liberdade de expressão, em interpretação conjunta à Nona Emenda à Constituição, que não obsta a identificação de outros direitos não enumerados, conforme entendimentos da Suprema Corte.<sup>538</sup> Verifica-se, assim, clara relação entre a liberdade de manifestação em geral e a liberdade acadêmica. A segunda tradição de abordagem da liberdade acadêmica que, segundo Amanda Travincas, a percebe como uma diretriz profissional, desenvolveu-se a partir da Declaração de Princípios sobre Liberdade e Estabilidade Acadêmica de 1915 da AAUP e admitiu, como conteúdo da liberdade acadêmica, a liberdade de manifestação extramuros.<sup>539</sup>

Diferentemente do contexto norte-americano, no caso brasileiro há expressa previsão constitucional com relação ao conteúdo da liberdade acadêmica, como já

---

<sup>537</sup> É interessante trazer o pensamento de Boaventura de Sousa Santos. O autor trata sobre a democracia externa e interna da universidade. Para o autor a ideia de democracia externa confunde-se com a responsabilização social da universidade, trata-se da criação de um vínculo político orgânico entre a universidade e a sociedade. Tal democracia poderia ser exercida, por exemplo, por conselhos sociais, social e culturalmente diversos. A democracia interna, por sua vez, possui os mecanismos que sustentam a liberdade acadêmica e barrariam a proletarização de docentes e pesquisadores. A participação nos órgãos de democracia interna deve ser informada pelos princípios de ação afirmativa, trazendo para os conselhos os grupos e interesses sociais distantes da universidade. Conforme: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade do século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 98-102.

<sup>538</sup> Este é o posicionamento jurídico de Amanda Travincas, que cita como precedentes da Suprema Corte Norte-Americana: *Adler vs. NY Board of Education (1952)* e *Sweezy vs New Hampshire (1957)*. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 30-32. Este também é o posicionamento de RANIERI, Nina. Quem tem medo da liberdade acadêmica? In: **Jornal da USP**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/quem-tem-medo-da-liberdade-academica/>. Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>539</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 32-33.

se verificou, em seus incisos II e III, do art. 206. Nesses dispositivos não há menção com relação à liberdade de manifestação extramuros. Assim, diante dessa circunstância, parece estar reforçado o argumento de que a liberdade de manifestação extramuros, por se tratar de manifestação do docente enquanto cidadão, não deve encontrar guarida no âmbito de proteção da liberdade acadêmica, mas sim na liberdade de manifestação do pensamento, prevista nos incisos IV e IX, do art. 5º, da Constituição.

Feitas essas ponderações, iniciar-se-á o estudo da liberdade de ensinar.

#### 4.5.3 Conteúdo da liberdade de ensinar

Algumas ponderações são relevantes. Em primeiro lugar, não foram feitas grandes observações, até o momento, sobre a diferenciação entre a aplicação da liberdade acadêmica à educação básica e ao ensino superior. Tal decisão decorreu do fato de que pareceu possível realizar um estudo mais genérico da liberdade acadêmica até a abordagem específica da liberdade de ensinar, além do que a maior parte dos textos que cuidam da liberdade acadêmica refere-se ao ensino superior.

A segunda observação refere-se à aplicação, neste tópico, da interpretação constitucional considerada mais adequada para a definição do âmbito de proteção da liberdade de ensino. Esta operação, que se utilizará dos conceitos das partes anteriores desse estudo, não foi totalmente realizada no tópico anterior para que não houvesse redundâncias com o presente. Entretanto, boa parte do que for dito, aplica-se à liberdade acadêmica como um todo. Relembre-se, ainda, que a interpretação constitucional não prescinde do caso concreto, sendo possível somente o esclarecimento de alguns contornos dos direitos em abstrato.

A segunda observação possui relação com a primeira, ou seja, o fato de existirem distinções no que se refere à liberdade de ensino na educação básica acarreta algumas especificidades em sua interpretação constitucional. Assim, há que se realizar seu estudo levando-se em consideração as especificidades que envolvem os discentes dessa relação de aprendizagem, no atual contexto constitucional.

Por fim, cumpre deixar registrado que o estudo da liberdade de ensino abordará diretamente o ensino público. Entretanto, a maior parte do que for

analisado pode ser aplicada ao ensino privado, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Portanto, feitas as observações, para iniciar a realização da definição do âmbito de proteção da liberdade de ensino, retoma-se algumas explicações já formuladas sobre o tema e que já delinearão parte de seu conteúdo.

Primeiramente, a liberdade de ensino possui natureza jurídica de direito fundamental fora do catálogo, estando expressamente prevista na Constituição. Desta maneira, a ela deve ser aplicado o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais.

Além disso, resta claro que os titulares do direito à liberdade de ensino, na educação escolar básica, devem ser os profissionais que exerçam atividades de docência na educação formal e que estejam em efetivo exercício. Os destinatários, por sua vez, são o Estado e os particulares. Observa-se também que a relação entre titulares e destinatários seria dúplice, já que possui feição negativa, relacionada à abstenção, e positiva, no que se refere às condutas de proteção e de promoção desse direito. Ademais, a liberdade de ensino poderia sofrer impactos no plano de observação interno, isto é, dentro das instituições de ensino, e no plano externo<sup>540</sup>, decorrência do Estado, da sociedade e do mercado.

A liberdade de ensinar envolve questões relacionadas ao conteúdo a ser ensinado e ao método de ensino a ser utilizado. Por fim, o princípio da pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas, disposto no inciso III, do art. 206, da Constituição, está compreendido na liberdade de ensinar e reforça o conceito de pluralidade, que se difunde por toda a Constituição.

Estas são, resumidamente, as informações específicas produzidas até o momento sobre a liberdade de ensinar. Tais pontos não esgotam o tema, que carece

---

<sup>540</sup> Em razão do objeto deste trabalho abranger a educação básica e da falta de previsão constitucional específica, não haverá o estudo da autonomia universitária, cuja previsão se encontra no art. 207, da Constituição. Entretanto, assim como Salomão Ximenes, entende-se possível falar sobre um princípio da autonomia pedagógica e administrativa das escolas, com base no art. 15, da LDB. Conforme: XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 195. O tema pode ser aprofundado com a leitura de Nina Ranieri, que confere um caráter principiológico à autonomia das universidades, além de, no aspecto semântico, delimitar autonomia como *direção própria*. Acrescenta a autora que a autonomia possui uma natureza instrumental, através da qual se entende que somente em face do serviço que a universidade deve prestar à sociedade (ensino, pesquisa e extensão) é que a autonomia pode ser exercitada. Por fim, a autora traz o que denomina de limites específicos da autonomia, inserindo neste contexto a liberdade de ensinar e de pesquisar, e a liberdade de administrar-se e de gerir os seus próprios recursos. Conforme: RANIERI, Nina. **Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988**. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013, p. 143-146.

de mais contornos específicos. Dois assuntos chamam a atenção nessa delimitação e necessitam de esclarecimentos. São eles: o conteúdo que é ensinado e a noção do local onde a relação ensino-aprendizado se desenvolve.

✓ Abrangência da noção de sala de aula

Iniciando-se pela questão que parece ser menos tormentosa, passa-se à análise do local onde a relação ensino-aprendizagem se verifica e que, portanto, estaria acobertada pela liberdade de ensino.

Tradicionalmente, entende-se que essa relação entre professores e estudantes ocorre em sala de aula, isto é, o espaço físico compreendido em uma instituição de ensino, a qual o professor está vinculado. Assim, não resta dúvida de que a relação ensino-aprendizagem que ocorre nesse espaço está abarcada pela liberdade de ensino. Entretanto, há situações que parecem acarretar a necessidade de novas interpretações sobre o espaço em que a relação educacional se desenvolve. Discute-se nesse ponto a possibilidade de ensino à distância.

Como se observa do art. 80, da LDB, o Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino à distância (EAD), em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. O dispositivo é regulamentado pelo Decreto 9.057 de 1997.<sup>541</sup> A utilização de tecnologia da informação e comunicação nos processos de ensino e aprendizagem, somado ao fato de que estudantes e profissionais de educação estejam em lugares e tempos diversos, faz com que o ensino à distância não se enquadre no conceito tradicional de ensino em sala de aula.

A AAUP, atenta a essas questões, apresentou alguns relatórios sobre liberdade acadêmica e comunicações eletrônicas. Em relatório de 2013, fez-se questionamento sobre o que constitui “sala de aula”. Em resposta, que faz menção a relatório de 2004, foi registrado que o conceito de “sala de aula” deve ser ampliado no sentido de incluir a instrução que ocorre por meios que não possuem limites

---

<sup>541</sup> Nos termos do art. 1º do Decreto: “(...), considera-se educação à distância a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorra com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos.” O art. 2º, do Decreto prevê, por sua vez, que a educação básica e a educação superior poderão ser ofertadas na modalidade à distância, nos termos do Decreto.

físicos e sala de aula deve englobar todos os locais onde a educação ocorre. No mesmo documento, após chamar a atenção para o grande incremento de Massive Online Courses (MOOCs), oferecidos, normalmente, por corporações privadas com fins lucrativos, o relatório reafirma que sala de aula seria qualquer local, real ou virtual, em que a instrução ocorre.<sup>542</sup>

Amanda Costa Travincas traz o seguinte conceito de sala de aula: “(...) entende-se por sala de aula, no âmbito de IES, espaços físicos e virtuais que tenham destinação própria ao ensino formal”. Ademais, em razão da destinação ao ensino formal, o conceito exclui, segundo a autora, espaços que, embora aptos à manifestação docente, não se constituem como plataforma de ensino. A título de exemplo, a autora informa as *social networks*.<sup>543</sup> O conceito refere-se ao ensino superior, mas pode ser aplicado à educação básica.

A temática da utilização da comunicação eletrônica e dos cursos à distância e suas repercussões sobre a educação é matéria de grande atualidade e importância. Entretanto, tais discussões demandam um estudo específico, o que alargaria demasiadamente os objetivos deste trabalho.<sup>544</sup>

Por fim, ainda sobre a conceituação do que pode ser considerada sala de aula, cumpre trazer duas importantes constatações de Amanda Travincas. A primeira diz respeito aos espaços institucionais onde são executadas atividades condizentes à prática profissional supervisionada, que fazem parte do currículo, tais como laboratórios de prática simulada, que devem ser abarcadas pelo conceito de sala de aula.<sup>545</sup> Esses locais podem ser utilizados pela educação profissional técnica de nível médio, prevista na Seção IV-A da LDB.

A segunda observação acrescenta que a sala de aula abrange todo o espaço de ensino em que o professor é um representante institucional e realiza o ato de

---

<sup>542</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2013. **Academic Freedom and Eletronic Communications**. Disponível em:

<https://www.aaup.org/file/Academic%20Freedom%20%26%20Electronic%20Communications.pdf>.

Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>543</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 115.

<sup>544</sup> Para maiores informações sobre algumas das questões envolvidas nesta discussão: AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2013. **Academic Freedom and Eletronic Communications**. Disponível em:

<https://www.aaup.org/file/Academic%20Freedom%20%26%20Electronic%20Communications.pdf>.

Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>544</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018.

<sup>545</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 117.

ensinar. Assim, poderá ser considerada atividade em sala de aula a depender do teor da manifestação docente e se estiver na condição de representante institucional. Isso ocorre, normalmente, em palestras fora da instituição.<sup>546</sup>

Feita essa análise sobre a abrangência do conceito de sala de aula, que compõe o âmbito de proteção da liberdade de ensinar, passa-se à análise do conteúdo a ser ensinado.

✓ Conteúdo do processo educacional

Neste ponto, o que se pretende aclarar é o alcance da liberdade de ensino sobre o conteúdo do processo educacional, ou seja, o conteúdo a ser ensinado. Com base no que foi estudado até o momento, questiona-se se todas as informações transmitidas por um professor, no exercício da função e no contexto da sala de aula, devem ser consideradas conhecimento para fins de alcance do âmbito de proteção da liberdade de ensinar.

De antemão, pensando-se em situações concretas, é possível vislumbrar que há hipóteses de transmissão de conteúdo, ainda que por professor em sala de aula, que não poderiam ser alcançadas pela proteção da liberdade de ensinar. Pense-se, por exemplo, no caso de professor de matemática que resolve, durante todo o período de suas aulas, tratar de tema completamente aleatório, sem utilizar tal informação para a fixação de nenhum conhecimento voltado à sua disciplina ou para qualquer outro tipo de aprendizagem. Parece que essa atitude não deve estar protegida por direito fundamental.

Entretanto, nem sempre a verificação de situações que devem ser objeto de proteção da liberdade de ensino parece tão clara. Não parece possível ou adequado a estipulação de um critério absoluto que identifique conteúdos protegidos ou não pela liberdade de ensinar. Todavia, é recomendável que se criem direcionamentos a serem seguidos, que auxiliem na resposta de situações concretas.

No que se refere especificamente ao conteúdo a ser ensinado, verifica-se que a discussão adentra sobre a questão do conceito de conhecimento.

Já na introdução de seu trabalho, Amanda Travincas, utilizando-se dos ensinamentos de Peter Burke, apresenta a distinção entre conhecimento e

---

<sup>546</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 118.

informação. Informação seria um dado minimamente processado por indivíduos a partir de suas suposições e preconceitos. Conhecimento, de outro lado, seria o resultado de repetições, verificações, avaliações e sistematizações. Em seguida, a autora afirma que seria professor quem transmite o que sabe, sendo esse conteúdo disciplinarizado, isto é, o conhecimento, e esteja vinculado a instituição de ensino ou submetido às normas do plano educacional.<sup>547</sup>

Como se observa, trata-se de uma conceituação adotada pela autora como forma de fundamentar a relação existente entre conhecimento e educação. Entretanto, a noção de conhecimento guarda grande controvérsia na filosofia. Diante disso, a primeira observação que deve ser feita é que transborda os limites deste trabalho realizar uma análise mais aprofundada e crítica sobre conhecimento e sua relação com educação. Tal análise demandaria um estudo sério de Teoria do Conhecimento<sup>548</sup> e de Filosofia da Educação e alteraria os caminhos definidos para a análise do objeto de estudo.

Todavia, em breves linhas, é possível demonstrar a complexidade envolvida no tema e justificar as razões da escolha da perspectiva de estudo adotada. Ressalte-se que essa sucinta enunciação tem por finalidade somente apresentar um panorama da questão e reforçar as escolhas do texto.

Partindo-se da noção de conhecimento, de acordo com Maria Lúcia de Arruda Aranha, é possível fazer alguns esclarecimentos. A autora designa conhecimento como o ato de conhecer, como a relação entre a consciência que conhece e o objeto conhecido, e também como o produto do conhecimento, isto é, o saber adquirido e acumulado. Esse segundo aspecto é enfatizado quando é atribuída à escola a tarefa de transmissão do conhecimento, como saber acabado. Feitas estas menções, a autora trata da relação entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido no ato de conhecer. Apresenta, a partir dessa perspectiva e da tentativa de resposta à

---

<sup>547</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 17.

<sup>548</sup> Nos termos de Nicola Abbagnano, de acordo com a produção filosófica mais recente, quando se trata de Teoria do Conhecimento, não se entende apenas a questão do conhecimento da maneira como ele se configurou historicamente no mundo moderno, isto é, a questão de atingir um objeto “externo”, a partir de um dado “interno”, mas se entende toda e qualquer forma de reflexão filosófica em torno do conhecimento. Para esses estudiosos, a Teoria do Conhecimento: “se configura, para todos os efeitos, como uma seção típica da filosofia, munida da mesma dignidade e consistência de disciplinas como a lógica, a ética, a filosofia política, etc.”. Conforme: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 215.

pergunta sobre a fonte do conhecimento, além da busca pela verdade, as tendências do racionalismo e do empirismo.<sup>549</sup>

Para superar algumas insuficiências dessas tendências, surgiram novas concepções que, segundo a autora, possuem em comum o fato de se valerem de uma concepção mais dinâmica da verdade, assim como por estabelecerem uma relação intrínseca entre sujeito e objeto.<sup>550</sup>

No que tange especificamente à Filosofia da educação, cumpre trazer alguns apontamentos, com base em Dermeval Saviani. O mencionado autor, tratando sobre as tendências e correntes da educação brasileira, ressalva que o tema filosofia da educação possui dois sentidos fundamentais. São eles: a filosofia da educação enquanto processo e enquanto produto. No mencionado texto o autor afirma que trabalhará o tema com ênfase no sentido de produto, isto é, a filosofia da educação seria estudada enquanto concepção razoavelmente articulada pela qual se interpreta e/ou se direciona o processo educativo.<sup>551</sup>

A partir dessa perspectiva, o autor apresenta classificação do que seria, em grandes linhas, as concepções fundamentais de filosofia da educação, tal como se manifesta no seio da organização social em que vivemos. A primeira concepção foi denominada de “humanista” tradicional e envolve as correntes que possuem uma visão essencialista de homem, isto é, o homem seria visto como constituído por uma

---

<sup>549</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 160. No que se refere às tendências apresentadas, a autora informa: o *racionalismo*, cujo maior expoente foi Descartes, parte do conceito de *ideias inatas*, ou seja, ideias verdadeiras que provêm da razão, a partir das quais se pode conhecer o restante. A realidade se encontra, primeiramente, no espírito, na razão do sujeito, apresentando-se na forma de ideias. Na relação sujeito-objeto, o primeiro seria privilegiado. No *empirismo*, por sua vez, o conhecimento se inicia após a experiência sensível. A experiência interna, reflexão, resulta da experiência externa, ou seja, a sensação. O papel do objeto se destaca. Conforme: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 160-161.

<sup>550</sup> A título de exemplo, a fenomenologia entende que a consciência seria intencional, assim, toda consciência seria a consciência de alguma coisa. Ademais, o objeto somente existiria para um sujeito, que lhe atribui significado. Portanto, o objeto do conhecimento seria aquilo que se apresenta para a consciência, sendo que o objeto é apresentado progressivamente em um processo de conhecer que nunca acaba. Além disso, é importante destacar que a autora também traz as teorias pedagógicas conhecidas como interacionistas e construtivistas. As interacionistas partem da ideia de que o conhecimento seria concebido como resultado da ação entre o sujeito e o objeto. Nessa perspectiva, valoriza-se o aluno, sua experiência e capacidade de construção do conhecimento, sem desvalorizar o professor e o conhecimento acumulado. Não se trataria de mera transmissão do saber do mestre, sem o contraponto do saber do aluno. Cita-se, por fim, entre as teorias dinâmicas do conhecimento, as teorias progressistas e o construtivismo soviético, que se utilizariam da dialética. Conforme: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 162-164.

<sup>551</sup> SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 22.

essência imutável, cabendo à educação conformar-se a esta essência. A vertente leiga dessa concepção, cujo centro é a ideia de natureza humana, teria inspirado a construção dos sistemas públicos, obrigatórios e gratuitos de ensino. A concepção “humanista” moderna, que abrangeria diversas correntes<sup>552</sup>, parte de uma visão de homem fundada na existência. A natureza humana seria mutável e determinada pela existência. Para o autor, a visão tradicional privilegia o homem acabado em detrimento da criança que seria incompleta, a educação teria por centro o educador, o intelecto e o conhecimento. Na visão moderna, o homem seria considerado completo desde o nascimento e inacabado até o fim. A educação centrar-se-ia na criança (educando), na vida e na atividade.<sup>553</sup>

A concepção analítica da educação pretende que a tarefa da filosofia da educação seria efetuar a análise lógica da linguagem educacional. A linguagem educacional seria uma linguagem comum, isto é, não formalizada, não “científica”. O método que mais se prestaria a essa tarefa seria o chamado de análise informal, que entende que o significado de uma palavra deve ser determinado em função de seu contexto, contexto linguístico.<sup>554</sup>

Por fim, a visão dialética da Filosofia da Educação também se recusaria a inserir em seu ponto de partida uma determinada visão de homem, preferindo o homem concreto, “síntese de muitas determinações”, ou seja, o homem como conjunto das relações sociais. Entende que seria tarefa da Filosofia da Educação apontar os problemas educacionais, que devem ser compreendidos com referência ao seu contexto histórico. Para essa concepção, o papel da educação seria estar a serviço da nova formação social em gestação na velha formação dominante.<sup>555</sup>

De acordo com o exposto, como dito, constata-se a complexidade da temática, haja vista que a noção de conhecimento e a sua relação com a educação é tratada por diversos enfoques filosóficos. Contudo, essa dificuldade não afasta a

---

<sup>552</sup> Segundo o autor, abrangeria o Pragmatismo, a Fenomenologia, o Existencialismo, dentre outras. Conforme: SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 25.

<sup>553</sup> SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 24-26.

<sup>554</sup> SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 26-27.

<sup>555</sup> SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 27-28.

necessidade de se tratar essa relação e de se estabelecer algumas definições, uma vez que parte da discussão sobre a liberdade de ensino se dá justamente sobre o conteúdo a ser transmitido.

Assim, permanece a questão: qual o conteúdo que, uma vez lecionado, estaria, a princípio, resguardado pelo âmbito de proteção da liberdade de ensinar?<sup>556</sup>

Iniciando o caminho de uma resposta a essa questão, é possível dizer que o primeiro direcionamento a ser dado para se apurar se o conteúdo lecionado está inserido no âmbito de proteção da liberdade de ensino é a verificação de sua adequação aos contornos do direito fundamental à educação e, em especial, às finalidades da educação. Portanto, um conteúdo lecionado por docente, que esteja no sentido do pleno desenvolvimento da pessoa do estudante, de seu preparo para o exercício da cidadania e de sua qualificação para o trabalho, aparenta estar protegido pela liberdade de ensinar.

No que se refere às finalidades da educação, cumpre informar que a LDB conferiu regulação ao disposto na Constituição, de maneira específica para cada nível educacional. Assim, como já foi mencionado, o art. 29, da LDB prevê as finalidades da educação com relação à educação infantil; o art. 32, da LDB com relação ao ensino fundamental; e, por fim, o art. 35, da LDB disciplina as finalidades do ensino médio. Tais dispositivos também devem balizar a compreensão do conteúdo do processo educacional.

Assim, a conclusão de que o conteúdo que esteja em conformidade com as finalidades da educação deve estar protegido pela liberdade de ensino, decorre da interpretação da liberdade de ensinar à luz do direito à educação.

A liberdade de ensinar não deve ser vista como um fim em si mesmo, isto é, a sua existência como um direito fundamental, inserido entre os princípios do ensino, decorre da necessidade de se resguardar a atividade docente com a finalidade de garantir o direito à educação, nos termos em que a Constituição o delinea.

No mesmo sentido, mas tratando sobre a liberdade de cátedra, se encontra o posicionamento de Cláudia Mansani Queda de Toledo, para quem: "(...) o conceito de cátedra não se faz isolado da definição constitucional do direito à educação, (...)”,

---

<sup>556</sup> Atente-se para o fato de que é necessário não confundir o conteúdo da aula, isto é, os saberes a serem lecionados, e o conteúdo da liberdade de ensinar, enquanto direito fundamental, em que pese o conteúdo da aula poder estar inserido no conteúdo da liberdade de ensinar, ou seja, em seu âmbito de proteção.

sendo a educação o fim último da liberdade de cátedra.<sup>557</sup> A mesma autora complementa com o seguinte: “(...) apenas a partir da definição de educação é que se poderá avançar para então compreender a liberdade de ensinar e aprender, (...)”.<sup>558</sup>

Este também é o posicionamento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco. Para esses autores, que são mais enfáticos em sua posição:

A liberdade de cátedra existe como instrumento do direito à educação – é uma liberdade meio -, o que implica que deve ser garantida para permitir que se alcance os objetivos fixados. Se ela surgir como um entrave é porque está sendo desvirtuada.<sup>559</sup>

Portanto, a liberdade de ensinar deve ser compreendida dentro do contexto do direito à educação, isto é, a finalidade da liberdade de ensino é assegurar que o direito à educação se realize, nos termos em que a Constituição o prevê.

Ainda sobre essa temática é interessante apresentar o posicionamento de Robert Post. O autor, em seu texto, realiza um contraponto à obra *Versions of Academic Freedom* de Stanley Fish. Nessa obra, segundo Post, Fish defende que a liberdade acadêmica seria endereçada às profissões acadêmicas e não poderia ser justificada em termos de bens fora da profissão acadêmica. Fish estaria inserido na “*its Just a job*” escola de liberdade acadêmica, que se distinguiria da “*for the common good*” escola de liberdade acadêmica a que Post estaria associado.<sup>560</sup>

---

<sup>557</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 7-8. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>558</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 14. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>559</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988:** Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 14. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

<sup>560</sup> Além do já informado, segundo Post, como decorrência dessa posição, Fish acredita que a liberdade acadêmica não poderia ser justificada por valores externos à empreitada acadêmica, assim ele deveria descartar os entendimentos constitucionais da liberdade acadêmica, pois esses seriam justificados por valores constitucionais, em uma perspectiva externa da Constituição. Fish, entende que apesar da “*for the common good*” escola da liberdade acadêmica acreditar que essa liberdade existe para proteger a autonomia docente, há um equívoco na tentativa de justificar essa liberdade em termos de bens sociais como democracia ou produção do conhecimento. Para Fish, essas

Em resposta, Robert Post afirma que o perigo de bens exteriores corromperem a liberdade acadêmica somente se materializaria se o conceito de liberdade acadêmica fosse um aspecto essencial da prática acadêmica. Afirma também que acadêmicos, ao trabalhar, não invocam o conceito de liberdade acadêmica, mas a competência do trabalho, determinada pela disciplina acadêmica. Docentes recorrem à liberdade acadêmica para proteger o seu trabalho de controles externos. A liberdade acadêmica é um valor usado para defender a autonomia do empreendimento acadêmico. A tradicional justificativa para a liberdade acadêmica é que acadêmicos produzem conhecimento, que é um valor social, e que esse conhecimento só pode ser produzido se houver liberdade para seguir as normas disciplinares que definem a liberdade acadêmica. Assim, a liberdade acadêmica deve convencer não acadêmicos a respeitá-la, porque essa autonomia irá produzir valores para a sociedade. Acrescenta que, dentre outras discussões, se a liberdade acadêmica não puder ser justificada por valores externos, ela não terá relevância para o direito Constitucional. Para Post, como ele afirma já ter arguido, as razões constitucionais para a proteção da liberdade acadêmica devem incluir a necessidade democrática pela criação e distribuição de conhecimento especializado, que são aspectos da jurisprudência da Primeira Emenda.<sup>561</sup>

Apesar da necessidade de lembrança sobre duas considerações a respeito do pensamento de Robert Post, ou seja, refere-se ao direito norte-americano e às instituições de ensino superior, cumpre assinalar algumas importantes conclusões trazidas por ele. Em primeiro lugar, constata-se que o autor claramente reconhece que a liberdade acadêmica se justifica em valores externos e, dessa forma, não deve ser considerada como um fim em si, mas como algo criado para a garantia da autonomia da atividade docente, o que acarretará benefícios para a sociedade.

Entende-se, apesar de se reconhecer que a liberdade acadêmica deve ser justificada por valores externos, que não parece adequado utilizar a doutrina do “*for the common good*” escola da liberdade acadêmica para justificar a liberdade de ensinar, ou mesmo a liberdade acadêmica, no Brasil. Com essa afirmação não se

---

justificativas externas poderiam corromper a profissão, distorcendo-a para esses valores. POST, Robert. Why Bother with Academic Freedom? In: **FIU L. Review**, v. 9, n. 1 (2013), p. 9-11. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=lawreview>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>561</sup> POST, Robert. Why Bother with Academic Freedom? In: **FIU L. Review**, v. 9, n. 1 (2013), p. 11-14. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=lawreview>. Acesso em: 11 set. 2019.

quer dizer que essa escolha seja equivocada, pois é possível reconhecer grande similitude entre ela e a finalidade da educação brasileira relacionada ao preparo para o exercício da cidadania, que, por sua vez, deve direcionar a liberdade de ensino. Ocorre que, na sistemática da atual Constituição brasileira, há outros elementos que alargam os objetivos da educação e, portanto, da liberdade de ensinar.<sup>562</sup> Esse maior alcance das finalidades da educação fica mais evidente quando se trata de educação básica.

Assim, o primeiro direcionamento possível a ser dado sobre o conteúdo a ser ensinado e o âmbito de proteção da liberdade de ensinar, levando-se em conta que a liberdade acadêmica não é um fim em si, refere-se às finalidades da educação, que já foram objeto de estudo em tópico específico deste trabalho.

Entretanto, a utilização somente das finalidades da educação como direcionamento confere contornos muito abstratos. Assim, há outros dispositivos da Constituição que trazem indicações de caminhos a serem percorridos pela educação e seu conteúdo.

O art. 210, da Constituição fala em conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de forma a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Sobre esse artigo é necessário fazer algumas observações. De início, averigua-se que a fixação de conteúdos mínimos para garantir uma formação básica comum, acarreta repercussões no sentido do direito à igualdade, assim como auxilia na realização de um ensino de qualidade. Além disso, sublinhe-se que a criação desses conteúdos mínimos foi determinada pela Constituição.

Portanto, é possível dizer que o conteúdo de ensino que esteja inserido dentro desses conteúdos mínimos, devidamente fixados pelos órgãos competentes, está de acordo com o direito à educação e, como consequência, deve ser protegido

---

<sup>562</sup> Entendimento diverso é o adotado por Amanda Travincas. Para a autora, a liberdade acadêmica e a liberdade de ensinar justificam-se juridicamente "*for the common good*". A autora, baseando-se em Robert Post, entende que a liberdade de ensinar, assim como a acadêmica, são condições para o desempenho das tarefas referentes ao processo educacional, pois corroboram para o fim principal para o qual existem as Instituições, isto é, a produção e disseminação do conhecimento. A atividade de ensino, de maneira sistemática e com disciplina, asseguraria a formação de cidadãos aptos a participar de forma qualificada do discurso público e, portanto, à concretização do princípio democrático. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 68.

pelo direito à liberdade de ensinar? Antes da tomada de posição, o tema deve ser desenvolvido.

As primeiras disposições a serem lembradas sobre a temática, referem-se ao art. 26, da LDB, que, além de determinar que os currículos da educação básica devem ter base nacional comum, a ser complementada pelos sistemas de ensino e estabelecimentos escolares, dispõe em seus parágrafos sobre conteúdos obrigatórios. O art. 26-A também dispõe sobre conteúdo obrigatório, relacionado ao estudo de história e cultura afro-brasileira e indígena. O art. 27, igualmente da LDB, por sua vez, cuida de algumas diretrizes que devem ser observadas pelos conteúdos curriculares.<sup>563</sup>

Para tratar sobre os conteúdos mínimos é preciso, ainda que de forma sucinta, trazer algumas informações sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica (DCN) e a Base Nacional Comum Curricular (BNCC).

A formulação das DCN<sup>564</sup>, que visa o estabelecimento de bases comuns nacionais para a educação básica, constitui atribuição federal, que é executada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE).<sup>565</sup> O sentido adotado para as diretrizes no parecer que as delimita é no sentido de reconhecê-las como conjunto de definições doutrinárias sobre princípios, fundamentos e procedimentos na Educação Básica, que irão orientar as escolas, na organização, na articulação, no desenvolvimento e na avaliação de suas propostas pedagógicas, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 2/98.

Cumprir chamar a atenção para algumas disposições da DCN. Primeiramente, estão entre os objetivos das Diretrizes, conforme o art. 2º, da Resolução CNE/CEB nº 4/2010, sistematizar os princípios e diretrizes gerais da educação básica inseridos na Constituição, na LDB e em outras legislações,

---

<sup>563</sup> “Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática; II - consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento; III - orientação para o trabalho; IV - promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais.”

<sup>564</sup> BRASIL. MEC. CNE. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2013-pdf/13677-diretrizes-educacao-basica-2013-pdf/file>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>565</sup> As Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais estão definidas na Resolução CNE/CEB nº 4/2010.

traduzindo-os em orientações que auxiliem na garantia de formação básica comum, tendo por foco os sujeitos da educação e o estímulo a reflexão crítica e propositiva.

O art. 3º, da DCN afirma que essas devem evidenciar o seu papel de indicador de opções políticas, sociais, culturais e educacionais, além da função da educação em um projeto de Nação, tendo por referência os objetivos constitucionais e, por fundamento, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, o que pressupõe: igualdade; liberdade; pluralidade; diversidade; respeito; justiça social; solidariedade e sustentabilidade. O art. 6º, da DCN, por sua vez, prevê que na educação básica é preciso considerar as dimensões do educar e do cuidar, buscando recuperar, para a função social desse nível educacional, a sua centralidade, que corresponde ao educando, pessoa em formação na sua essência humana.

A partir da análise conjunta desses dispositivos é possível se chegar a algumas conclusões. A primeira refere-se à noção de que está enfatizada a relação existente entre a educação e as previsões da Constituição, em especial o seu fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana, além da preocupação com a ideia de pluralidade. Diretamente ligada a essa previsão, principalmente no que tange à dignidade, encontra-se a afirmação da centralidade do educando, enquanto pessoa em formação. Reafirma-se, assim, a necessidade de interpretação de um tipo específico de educação, trazida pelo Estado Democrático de Direito.

O art. 13, da DCN, já em seu *caput*, define a noção de currículo como o conjunto de valores e práticas que proporcionam a produção e a socialização de significados e contribuem para a construção de identidades socioculturais dos educandos. O mesmo dispositivo prevê, em seu §3º, que o percurso formativo deve ser aberto e contextualizado, e a sua organização deve incluir componentes curriculares obrigatórios e outros, também de modo flexível e variável, conforme cada projeto escolar. O art. 14, da DCN, por sua vez, determina que a base nacional comum da educação básica constitui-se de conhecimentos, saberes e valores produzidos culturalmente e expressos em políticas públicas. Esses seriam gerados em instituições científicas e tecnológicas; no mundo do trabalho; no desenvolvimento das linguagens; nas atividades desportivas; nas artes; nas formas de exercício da cidadania; e nos movimentos sociais.

Desses dispositivos é preciso ressaltar a função do currículo como instrumento de formação dos educandos. Ademais, que o processo educacional deve ser visto como aberto e levar em consideração o contexto do educando, com a

inclusão no currículo de componentes obrigatórios e não obrigatórios, conforme o projeto escolar. Por fim, a base nacional comum, que compõe o componente obrigatório, compõe-se não apenas de conhecimentos e saberes, mas também de valores e a sua produção não advém apenas das instituições científicas, mas de diversas entidades que fazem parte da sociedade.

A BNCC, por outro lado, trata-se de:

*(...) documento de caráter normativo que define o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver ao longo das etapas e modalidades da Educação Básica, de modo a que tenham assegurados seus direitos de aprendizagem e desenvolvimento, em conformidade com o que preceitua o Plano Nacional de Educação (PNE).<sup>566</sup> (“Destaque no original”)*

Os marcos legais que fundamentam a BNCC podem ser encontrados no citado artigo da Constituição, além dos seguintes dispositivos: art. 9º, IV, LDB<sup>567</sup>; o art. 26, da LDB<sup>568</sup>; art. 35-A, da LDB<sup>569</sup>; art. 36, LDB<sup>570</sup>; e Lei 13.005 de 2014<sup>571</sup>.

Cumprir trazer algumas observações. Nos termos do art. 9º, IV, LDB, as competências e diretrizes são comuns e os currículos seriam diversos e norteados por aquelas. Além disso, com base nesse dispositivo, a própria BNCC afirma que os conteúdos curriculares estão a serviço do desenvolvimento de competências e, assim, a LDB orienta a definição de aprendizagens essenciais, e não apenas dos conteúdos mínimos a serem ensinados.<sup>572</sup>

<sup>566</sup> BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 7. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>567</sup> “Art. 9º. A União incumbir-se-á de:

(...)

IV - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum;”

<sup>568</sup> “Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.”

<sup>569</sup> Este artigo determina que a Base Nacional Comum Curricular definirá direitos e objetivos de aprendizagem do ensino médio, conforme diretrizes do CNE, informando as áreas do conhecimento em espécie.

<sup>570</sup> Trata sobre a composição do currículo do ensino médio.

<sup>571</sup> Plano Nacional de Educação (PNE).

<sup>572</sup> BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 11. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

Conforme dispõe a BNCC as aprendizagens essenciais por ela definidas devem concorrer para garantir aos estudantes o desenvolvimento de dez competências gerais, que consubstanciarão, no âmbito pedagógico, os direitos de aprendizagem e desenvolvimento. Ainda nos termos da BNCC, o conceito de competência teria por definição a mobilização de conhecimento (conceitos e procedimentos), habilidades (práticas, cognitivas e socioemocionais), atitudes e valores para a solução de demandas complexas da vida, do pleno exercício da cidadania e do trabalho.<sup>573</sup>

Ademais, relembra a BNCC, que o desenvolvimento de competências é o enfoque adotado nas avaliações realizadas internacionalmente, tais como: Programa Internacional de Avaliação de Alunos (Pisa, na sigla em inglês), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>574</sup>; e o Laboratório Latino-americano de Avaliação da Qualidade da Educação para a América Latina (LLECE, na sigla em espanhol), da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco, na sigla em inglês)<sup>575, 576</sup>

O BNCC ainda afirma expressamente o seu compromisso com a educação integral, reconhecendo que a educação básica deve almejar a formação e o desenvolvimento humano global, o que implicaria na compreensão da complexidade e não linearidade desse desenvolvimento. Tratar-se-ia também de ser assumida uma visão plural, singular e integral da criança, do adolescente, do jovem e do adulto (sujeitos de aprendizagem) e da promoção de uma educação voltada para o acolhimento, reconhecimento e desenvolvimento pleno, em suas singularidades e diversidades. Ademais, caberia à escola, como local de aprendizagem e de democracia inclusiva, atuar no sentido de respeito às diversidades e na prática coercitiva de não discriminação e de não preconceito. Os processos educacionais devem promover aprendizagens em sintonia com as necessidades, as

---

<sup>573</sup> BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 8. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>574</sup> OECD. **Global Competency for an Inclusive World**. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/pisa/aboutpisa/Global-competency-for-an-inclusive-world.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>575</sup> UNESCO. **Oficina Regional de Educación de la Unesco para América Latina y el Caribe**. Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación (LLECE). Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/es/santiago/education/education-assessment-llece>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>576</sup> BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 13. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

possibilidades e os interesses dos estudantes, além dos desafios da sociedade contemporânea. A BNCC também propõe a superação da fragmentação radicalmente disciplinar do conhecimento, o estímulo à sua aplicação à realidade, a importância do contexto para o sentido do que se aprende e o protagonismo do estudante.<sup>577</sup>

A Constituição ainda determina, em seu art. 214, que lei estabelecerá o plano nacional de educação, com duração decenal e objetivo de articular o sistema nacional de educação, em regime de colaboração, além de definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para garantir a manutenção e o desenvolvimento do ensino, em todos os seus níveis, etapas e modalidades, através de ações integradas dos entes federados. A Constituição também dispôs a que devem conduzir essas ações, como, por exemplo: a erradicação do analfabetismo e a universalização e melhora da qualidade do ensino. O Plano Nacional de Educação (PNE) está contido na Lei 13.005 de 2014.

Registre-se, como afirmado, que cabe à União, em colaboração com os demais entes, estabelecer as diretrizes para a educação básica, art. 9º, IV, LDB, além do estabelecimento da base comum curricular, de acordo com o art. 26, LDB. Aos demais entes federados, dentro de seus respectivos sistemas de ensino, assim como aos estabelecimentos de ensino, caberão complementar a parte diversificada, de acordo com as características regionais e locais, da sociedade, da cultura, da economia e dos próprios educandos.

Assim, feitas estas observações, verifica-se que é possível, diante desses disciplinamentos trazidos pela Constituição, pela LDB e pelo PNE, além de atos infralegais como as DCN e a BNCC, encontrar subsídios para afirmar que os conteúdos curriculares mínimos ou as aprendizagens essenciais, da educação básica, devem servir de norte para a aferição de conteúdo que seja considerado inserido no âmbito de proteção da liberdade de ensinar. O disciplinamento infraconstitucional apresentado, nos termos de seus objetivos, parece estar em consonância com as finalidades da educação, regulamentando-a.

É importante destacar que com essa afirmação não se quer dizer que não possam ocorrer críticas ou discussões jurídicas. É possível que se discuta se o

---

<sup>577</sup> BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 14-15. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

conteúdo ensinado se encontra ou não dentro dessas determinações informadas, assim como é possível a discussão sobre a constitucionalidade de ato legal, ou a constitucionalidade e/ou legalidade de ato infralegal<sup>578</sup>, que preveja os direcionamentos apontados.

Também deve ficar claro que a alegação de que as normas constitucionais e infraconstitucionais, que tratam da base comum curricular, devem servir de direcionamento para a apuração do conteúdo que está inserido no âmbito de proteção da liberdade de ensino, não acarreta a conclusão de que outros conteúdos não estariam protegidos pela mesma liberdade.

Em primeiro lugar, já se observou que a lei prevê a inclusão de outros conteúdos, além dos obrigatórios, e que esses devem levar em consideração o contexto do educando. Além disso, a aplicação da liberdade de ensino sempre demandará uma análise do caso concreto, onde o primeiro passo será apurar se a conduta está inserida no âmbito de proteção do direito fundamental. Os elementos apresentados apenas devem auxiliar nessa tarefa.<sup>579</sup>

#### 4.5.4 Críticas à atuação do professor e o âmbito de proteção da liberdade de ensinar

A importância da discussão a respeito do conteúdo da liberdade de ensinar e a necessidade de seu esclarecimento podem ser verificadas, inclusive, através das críticas que são feitas à atuação docente.

Para iniciar essa discussão, é preciso resgatar o que dito, no sentido de que as controvérsias sobre a liberdade de ensino situar-se-iam em torno da delimitação do conteúdo a ser lecionado; da clivagem entre ensino e doutrinação e da possibilidade de exposição de comentários controversos que afetem o corpo discente. Além disso, de maneira muito semelhante a essas controvérsias, são

---

<sup>578</sup> Neste ponto é importante fazer breve menção ao posicionamento de Marcelo Figueiredo, no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade. Segundo o autor: “Os atos normativos secundários não podem ser levados ao Supremo Tribunal Federal para controle concentrado, salvo se se apresentarem com coeficientes de abstração e generalidade. Mesmo pareceres normativos podem encaixar-se nessa categoria.” Conforme: FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-38.

<sup>579</sup> Interessante trazer nesse momento uma jurisprudência do STF, do ano de 1978, que trata sobre método e conteúdo do ensino superior, e entendeu que a liberdade de comunicação de conhecimento, no exercício da função, não impede o departamento de fixar diretrizes gerais para o conteúdo do programa, pois a regra diz respeito à maneira de ensinar, não à delimitação da matéria. Conforme: BRASIL. STF. RE 85.999/RS. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Segunda Turma. Julgado em 12.06.1978. DJ 16.06.1978 PP – 04396.

apresentados os chamados abusos em sala de aula de acordo com os atuais críticos, nos termos de relatório da AAUP. Informa-se que os abusos, segundo os críticos, seriam: a doutrinação; as falhas na apresentação de visões conflitantes, privando os alunos de diversidade; a intolerância dos educadores com certas visões dos alunos e a introdução de material político-ideológico irrelevante para o assunto.<sup>580</sup>

A primeira observação a ser feita sobre essas críticas é que não será possível aferir, com certeza, sem a análise de eventual caso concreto, se a crítica à conduta do professor é procedente ou não e, portanto, se a sua conduta está, ou não, protegida pela liberdade de ensinar. Assim, qualquer discussão em abstrato apenas acarretará a possibilidade de trazer maiores delineamentos para as soluções concretas dessas críticas.

A segunda observação, que decorre do enfoque do trabalho, é que, normalmente, para a verificação da pertinência da crítica será necessário apurar se a conduta está inserida no âmbito de proteção da liberdade de ensinar para, em caso positivo, passar à análise das limitações a esse direito, inclusive com a possibilidade de utilização da ponderação. Assim, a análise das críticas deverá ser feita em dois momentos. O primeiro, relacionado ao âmbito de proteção do direito, e o segundo momento através do estudo das críticas, inseridas no contexto de outras disposições constitucionais que, eventualmente, estejam em conflito com o direito à liberdade de ensino.

Ressalta-se que, ainda que se apure, no caso concreto, que a conduta do professor seja protegida pela liberdade de ensinar, o passo seguinte será a verificação da constitucionalidade de eventual restrição ou a resolução de possível conflito entre direitos fundamentais, exceto se esta apuração for suficiente para concluir que a conduta do professor não está protegida pelo âmbito de proteção da liberdade de ensinar, hipótese em que a crítica será procedente.

A última observação a ser feita é que, para facilitar a compreensão do trabalho, haja vista a possibilidade de análise conjunta do âmbito de proteção e dos limites à liberdade de ensinar, o estudo mais aprofundado dessas críticas será realizada no tópico referente às limitações à liberdade de ensinar.

---

<sup>580</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

Feitas essas observações, inicia-se o estudo dos limites à liberdade de ensinar.

#### 4.6 Limites à liberdade de ensinar<sup>581</sup>

Para iniciar o estudo dos limites à liberdade de ensinar é preciso retomar, sucintamente, algumas escolhas realizadas. No presente texto foi adotado o posicionamento no sentido de um modelo de suporte fático mais restrito, ou seja, utiliza-se da interpretação constitucional para definir o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, que não abrangeria alguns exercícios desse. Tal tarefa, no que se refere à liberdade de ensino, foi iniciada no tópico anterior e será complementada nesse.

Assim que verificado o âmbito de proteção da liberdade de ensinar, é necessário apurar a existência de restrições que possam atingir o exercício dessa liberdade. Observa-se, a partir da leitura do texto constitucional, a inexistência de restrições imediatas que afetem a liberdade de ensino no sentido das críticas formuladas<sup>582</sup>, bem como de restrições mediatas simples e qualificadas.<sup>583</sup> Contudo, adota-se a teoria de que seria possível a restrição da liberdade de ensinar, ainda que sem previsão constitucional, para a sua harmonização.

Por fim, caberá a análise do conflito entre a liberdade de ensinar e outros direitos ou valores constitucionais. Para a solução destes conflitos deve ser utilizada a regra da proporcionalidade e deve ser buscada, sempre que possível, a sua harmonização.<sup>584</sup>

---

<sup>581</sup> O presente estudo, em razão das escolhas adotadas, isto é, modelo de suporte fático mais restrito e teoria externa de restrições, utilizará os termos *limites* e *restrições* de maneira fungível, da mesma forma que Amanda Travincas, em sua nota de rodapé 373. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 133-134. Cumpre registrar que também se reconhece a possibilidade dessa diferenciação, no sentido de que a teoria externa recorrerá à ideia de restrição a direitos fundamentais e a teoria interna à ideia de limites imanentes. Conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 130-133.

<sup>582</sup> Contudo, parece razoável o entendimento de que o §2º, do art. 210, da Constituição, seja considerado uma restrição constitucional à liberdade de ensino. O dispositivo se refere à obrigatoriedade de utilização de língua portuguesa no ensino fundamental, a exceção das comunidades indígenas, a quem também será assegurada a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

<sup>583</sup> Essas definições foram abordadas no tópico referente às restrições a direitos fundamentais.

<sup>584</sup> Cumpre deixar registrado que ainda não há uma posição clara do STF no que se refere ao conteúdo e aos limites da liberdade de ensinar. Todavia, já há algumas decisões que indicam alguns direcionamentos. Nesse ponto, é relevante informar sobre a decisão na Medida Cautelar na Arguição

Amanda Travincas possui posição que guarda similaridades com a adotada.<sup>585</sup>

---

de Descumprimento de Preceito Fundamental 548 do DF. O processo tem por objeto decisões proferidas por juízes eleitorais, que determinavam a busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral em universidades e em associações docentes, assim como a proibição de aulas com temática eleitoral, além de interrupção de manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos nas eleições de 2018, em ambiente virtual ou físico de universidades estaduais e federais. A relatora entendeu, dentre outros argumentos, que as liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; e a autonomia universitária, previstos nos arts. 206 e 207, da Constituição, devem harmonizar-se com os direitos à liberdade de expressão do pensamento e de informar e ser informado. Além disso, defendeu que ensino e aprendizagem devem se conjugar, assegurando espaços de libertação da pessoa. Afirma, ainda, que o pluralismo de ideias estaria na base da autonomia universitária, como extensão do princípio da democracia, que é plural em sua essência. Foi deferida a medida cautelar, para suspender atos judiciais ou administrativos que possibilitem a prática dos atos informados acima, posteriormente referendada pela Plenária do STF. Conforme: BRASIL. STF. ADPF 548 MC/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 27.10.2018. DJe – 232 Divulg. 30.10.2018 Public. 31.10.2018. Chama-se também a atenção para a decisão do Ministro Edson Fachin, na Medida Cautelar na Reclamação 33.137, cujo objeto seria a decisão monocrática de membro do TJ/SC, que teria violado o conteúdo da medida cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental 548, informada acima. No caso, cuida-se de processo que discute ato de futura parlamentar que teria emitido comunicado direcionado ao “estudante catarinense”, instigando a gravação e filmagem para fins de denúncia de “professores doutrinadores”, que emitissem manifestações político-partidárias ou ideológicas. Entendeu o Ministro que o núcleo da ADPF 548 seria a proibição de agentes públicos controlarem a livre manifestação de pensamento. Assim, entendeu possível a sua aplicação como paradigma para o caso. Entendeu também que seria possível a aplicação do núcleo da ADPF a outros ambientes escolares, isto é, além das universidades, tal entendimento caberia às instituições de ensino. Afirmou que a liberdade de expressão é o pilar da democracia e que a liberdade seria inerente ao ambiente acadêmico, *microcosmo democrático e plural*. Julgou procedente a Reclamação para cassar a decisão do TJ/SC. Conforme: BRASIL. STF. Rcl 33137/SC. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 10.06.2019. DJe-128 Divulg. 12.06.2019 Public. 13.06.2019.

<sup>585</sup> A autora afirma que, no texto da atual Constituição, a liberdade de ensinar não está acompanhada de nenhuma restrição direta, ou mesmo uma reserva de lei, o que projetaria uma expectativa de direito sem limites, absoluto. A autora afirma que tal expectativa seria falsa e, após esclarecimentos, declara que as restrições à liberdade de ensinar são, predominantemente, do tipo não expressamente autorizadas. Assim, a justificativa para a restrição da liberdade de ensinar não se encontraria diretamente na Constituição, bem como indiretamente, em decorrência de reserva de lei e, ainda, não se limitaria àquelas impostas aos direitos concorrentes, a exemplo da existência de reserva legal como limitador da liberdade profissional referente à qualificação, que também se aplicaria à liberdade de ensinar, já que mesmo com relação a esses não há taxatividade nos limites. Portanto, os limites decorreriam da estrutura das normas de direitos fundamentais, pois se tratam de princípios. Desta forma, a coexistência da liberdade de ensinar com outros direitos constitucionalmente protegidos pode requerer que o seu conteúdo sofra limitações para o exercício dos direitos envolvidos em concreto. Conforme: TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 135-138.

#### 4.6.1 Análise de limites à liberdade de ensinar em razão de críticas à conduta docente

Não seria possível analisar todas as possíveis limitações aos direitos fundamentais. Assim, optou-se por realizar um estudo com base nas críticas à liberdade de ensinar dispostas no tópico anterior. Desta forma, a partir das críticas anunciadas, será feita uma análise sobre a inclusão das condutas criticadas no âmbito de proteção da liberdade de ensinar e, em caso positivo, será realizado um exame da justificação constitucional de eventual restrição à liberdade de ensinar, com base nos direitos e bens constitucionais que podem servir de fundamento para as críticas enunciadas. Ressalve-se, como já se destacou anteriormente, a apuração integral no sentido de solução de conflitos dependeria do caso concreto.

É possível resumir as críticas referidas ao seguinte: a delimitação no conteúdo a ser lecionado; a doutrinação; a exposição de comentários controversos que afetem os estudantes; a não apresentação de visões conflitantes; a intolerância dos educadores com certas visões dos alunos; e a introdução de material político-ideológico irrelevante para o assunto.

Retoma-se, portanto, o estudo sobre o conteúdo da liberdade de ensinar, ou seja, o seu âmbito de proteção. Verifica-se que a estipulação de conteúdos foi estudada no tópico anterior como um direcionamento ao professor e uma forma de demonstrar que o conteúdo lecionado, nos termos da normativa abordada, estaria inserido no conteúdo da liberdade de ensino. Foi dito, também, que não se trata de recorte absoluto, podendo haver a proteção de outros conteúdos.

No presente tópico, as mesmas previsões constitucionais, legais e infralegais, que serviram de direcionamento ao conteúdo, devem ser vistas como limites à liberdade de ensinar. Essa afirmação parece contraditória, mas em verdade não o é. O fato de que a liberdade de ensinar pode ser exercida, com menores discussões, no conteúdo a ela reservado por algumas disposições, não significa que essas disposições não sejam limites, assim como não significa que não se possam questionar essas disposições, inclusive na perspectiva da colisão entre os direitos fundamentais que as fundamentam.

Dito isso, é possível reconhecer nas disposições legais que cuidam do conteúdo da liberdade de ensino a natureza de restrição legal ao direito fundamental liberdade de ensinar.<sup>586</sup>

Em sua obra, Amanda Travincas, ao tratar sobre os limites a liberdade de ensinar, divide-os em restrições quanto ao conteúdo a ser ensinado e restrições quanto às escolhas metodológicas. Iniciando o estudo pelas restrições ao conteúdo, a autora, trata sobre a institucionalização e a compartimentalização do conhecimento em currículos e destes, dos programas de ensino individualizados das disciplinas<sup>587</sup>. Tal institucionalização, segundo alega, teria por finalidade a avaliação de docentes e discentes e ajustes dos projetos pedagógicos aos objetivos da educação. Entretanto, esta compartimentalização do conhecimento em currículos e programas de ensino acarreta a limitação da liberdade de ensinar, pois o exercício da liberdade de ensinar se daria nos limites desses planos de ensino. A partir dessa constatação, a autora questiona sobre a margem da liberdade docente no ensino dos temas do plano de ensino e traz hipóteses em que o docente pode influenciar no plano de ensino. Seriam elas: a exclusão de conteúdos; a distribuição de carga horária por conteúdo programático; a ordem de abordagem dos temas; a vinculação à bibliografia; a inclusão de conteúdos; e a emissão de opiniões sobre temas polêmicos.<sup>588 589</sup>

---

<sup>586</sup> O presente texto não terá por finalidade a análise da constitucionalidade destas restrições legais à liberdade de ensino. Tema que demandaria estudo específico. Ressalte-se que seria possível a discussão a respeito de se tratar, ou não, de restrição com previsão constitucional.

<sup>587</sup> De acordo com o Glossário de terminologia curricular: "(...) currículo é uma descrição do que, por que, como e quão bem os estudantes devem aprender, sistemática e intencionalmente. O currículo não é um fim em si, mas um meio para fomentar uma aprendizagem de qualidade (...)" e programa de estudos (*syllabus*) é "Documento que indica os objetivos, a seleção e a sequência de conteúdos a serem tratados, assim como o modo de entrega, os materiais a serem usados, as tarefas e as atividades de aprendizagem, os objetivos ou os resultados de aprendizagem esperados e os esquemas de determinação/avaliação de um curso, uma unidade de estudo ou uma matéria de ensino específica". Conforme: UNESCO. **Glossário de Terminologia Curricular**, 2013. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223059\\_por/PDF/223059por.pdf.multi](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223059_por/PDF/223059por.pdf.multi)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>588</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 138-140.

<sup>589</sup> De acordo com a BNCC, enquanto a Base Nacional Comum explicita as aprendizagens essenciais que todos os estudantes devem desenvolver, os sistemas e redes de ensino devem construir currículos e as escolas precisam elaborar propostas pedagógicas que considerem as necessidades, as possibilidades, os interesses e o contexto dos estudantes. Além disso, A BNCC e os currículos se identificam na comunhão de princípios e valores e reconhecem que a educação tem o compromisso com o desenvolvimento humano global, nas dimensões intelectual, física, afetiva, social, ética, moral e simbólica. Assim, o papel da BNCC e dos currículos seriam complementares para assegurar as aprendizagens essenciais. A BNCC ainda prevê que os sistemas e redes de ensino, bem como as escolas, em suas esferas, podem incorporar aos currículos e às propostas pedagógicas a abordagem de temas contemporâneos que afetam a vida humana, de forma local, regional e global,

Assim, seria possível a discussão da crítica com relação à delimitação do conteúdo, sob o ponto de vista de todas essas hipóteses em que o docente pode influenciar o plano de ensino. Observe-se, contudo, que a emissão de opinião sobre temas polêmicos, ao menos na classificação aqui adotada, compõe em si uma crítica específica.

Ingressando-se na análise das condutas referidas, o primeiro passo a ser dado refere-se à verificação se elas estão compreendidas pelo âmbito de proteção da liberdade de ensinar. Assim, questiona-se se a conduta do professor, em sala de aula, que: exclui ou inclui conteúdos; distribui a carga horária por conteúdo; determina a ordem de abordagem dos temas; ou decide sobre a vinculação à bibliografia, estão inseridas no conteúdo da liberdade de ensinar?

A resposta a essa questão deve ser afirmativa. Em princípio, examinando-se as condutas, verifica-se que elas se inserem na atividade profissional típica do professor e devem estar abrangidas pelo âmbito de proteção da liberdade de ensinar. Todavia, a depender da situação concreta, essa constatação poderia se alterar. Imagine-se a conduta do professor que resolva excluir todo o conteúdo a ser lecionado e, em seu lugar, prefira permanecer em silêncio durante as aulas. Essa conduta não estaria sequer protegida pela liberdade de ensino.

Assim, aceitando-se que as condutas estão inseridas no âmbito de proteção da liberdade de ensino, é preciso seguir a diante. Para isso, necessário se faz a reflexão sobre quais seriam os direitos fundamentais ou os bens constitucionais que estariam sendo afetados por essa conduta protegida pela liberdade de ensino.

Observando-se as condutas, é possível encontrar fundamento constitucional em mais de um dispositivo para a discussão sobre eventual conflito entre direitos e/ou bens constitucionais. Os principais dispositivos constitucionais que poderiam ser afetados parecem ser os referentes ao seguinte: a liberdade de aprender; a garantia de qualidade do ensino; a fixação de conteúdos mínimos ao ensino fundamental; e o direito à proteção da infância.

O princípio da liberdade de aprender, previsto no art. 206, II, da Constituição, foi brevemente estudado no tópico referente ao conteúdo da liberdade acadêmica. Trata-se de um direito fundamental que pertence aos estudantes que, por sua vez,

---

preferencialmente de maneira transversal integradora. Conforme: BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 15-19. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

são a outra parte do processo de ensino-aprendizagem. Foi dito também que esse direito está no mesmo patamar da liberdade de ensino e confere aos estudantes a possibilidade de discordar, cientificamente, da posição docente, sem que ocorram discriminações. Além disso, possuem o direito de receber um ensino com perspectiva crítica. Por fim, foi questionada a necessidade de que esse direito preveja a exigência de apresentação de todos os pontos de vista sobre o tema.

Recordados esses pontos, o tema será agora abordado em sua relação com a liberdade de ensino.

Para José Afonso da Silva, o enunciado do inciso, II, do art. 206, da Constituição compreende duas dimensões. Na dimensão subjetiva estaria a relação entre os sujeitos do conhecimento, o que envolve a liberdade do professor de transmitir o conhecimento e o direito do aluno de receber o conhecimento ou de buscá-lo, no caso do pesquisador. Na dimensão objetiva, encontra a liberdade do professor de escolher o objeto relativo do ensino, pois sua liberdade fica condicionada pelos currículos escolares e programas oficiais de ensino.<sup>590</sup>

Cabe também trazer o posicionamento de Cláudia Mansani Queda de Toledo. Para a autora, há uma dúplici dimensão formada pela liberdade de ensinar e pela liberdade de aprender. Tratar-se-ia de uma dupla face.<sup>591</sup> A autora também entende a educação como um processo que envolve professores e alunos, em um movimento de reciprocidade, onde se necessita do exercício da liberdade de cátedra ativa e passivamente para a construção do conhecimento.<sup>592</sup> Por fim, a autora afirma que somente seria possível falar em liberdade de cátedra em uma relação dialógica entre docentes e discentes, haja vista que a liberdade de ensinar atrela-se à liberdade de aprender.<sup>593</sup>

---

<sup>590</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 802.

<sup>591</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 4. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>592</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>593</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico):** direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 20. Disponível em:

No posicionamento de José Afonso da Silva está registrada a relação entre professores e alunos, que compreende o disposto quanto às liberdades de aprender e ensinar. Com relação ao pensamento de Cláudia Mansani Queda de Toledo, concorda-se com a autora quanto à necessidade de uma relação dialogal entre professores e alunos, no processo de aprendizagem. Esta parece ser a situação ideal. Entretanto, em razão da possibilidade de condutas docentes distorcidas, ou seja, que atentem contra a liberdade de aprender, há a necessidade de reconhecê-la como um direito autônomo, que pode estar em conflito com a liberdade de ensinar.

Feitas essas observações, passa-se à análise da garantia de padrão de qualidade. Essa garantia está prevista como princípio do ensino no inciso, VII, do art. 206, da Constituição. Além disso, a Constituição também prevê o padrão de qualidade do ensino em três outros dispositivos: o §1º, do art. 211<sup>594</sup>, o §3º, do art. 212<sup>595</sup> e o inciso III, do art. 214<sup>596</sup>.

É possível encontrar na doutrina, ao menos, duas possibilidades de entendimento sobre esse princípio. A primeira, nos termos de Marcos Augusto Maliska, enxerga na garantia de qualidade de ensino um mecanismo de obrigação jurídica. Para o autor, caberia à escola o dever de prestação do ensino de qualidade, assim como ao Estado o dever de fiscalizar essa prestação. A qualidade do ensino seria garantida através de processos de fiscalização do Estado. O autor reconhece que essa obrigação jurídica acarreta o direito do aluno de exigir o seu cumprimento e que não se trata de mera meta a ser atingida. Por fim, afirma que a interpretação do princípio da qualidade do ensino deve ter em consideração critérios racionais como o mínimo necessário à obtenção de padrões de qualidade razoáveis.<sup>597</sup>

Em posição diversa, que parece ser mais adequada, Salomão Barros Ximenes defende que a garantia da qualidade do ensino seja um direito fundamental

---

[https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>594</sup> O dispositivo trata das incumbências da União, que exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva em relação aos demais entes federados, para garantir, além de outro, o padrão mínimo de qualidade do ensino.

<sup>595</sup> Está disposto no mencionado parágrafo, que se refere à distribuição de recursos públicos, a garantia de prioridade no atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere, dentre outras coisas, à garantia de padrão de qualidade, nos termos do plano nacional de educação.

<sup>596</sup> O dispositivo determina que lei estabelecerá o plano nacional de educação, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino por meio de ações que conduzam, entre outras finalidades, a melhoria da qualidade do ensino.

<sup>597</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 185-188.

e, assim, um mandamento de otimização da qualidade educativa, que poderia ser limitado por razões fáticas ou jurídicas, devidamente justificáveis. Para o autor, a qualidade seria expressão da dimensão interna (material) do ensino, ao lado da dimensão externa (formal) que se refere ao acesso, permanência e conclusão. O autor ainda critica a ideia de padrão, pois essa, apesar de relevante para a sua concretização, reduziria o âmbito de proteção da qualidade do ensino, pois seria uma estratégia de implementação.<sup>598</sup>

Assim, há que se observar a garantia de qualidade do ensino, que também encontra previsão na LDB, como um direito fundamental, passível de harmonização e ponderação.

No que tange à garantia de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, para assegurar a formação básica comum e o respeito a valores culturais e artísticos, nacionais e estrangeiros, cumpre informar que a temática já foi devidamente tratada, principalmente no tópico referente ao conteúdo da liberdade de ensino, não havendo o que acrescentar no momento.

Por fim, tratando-se do direito à proteção à infância, cuja previsão pode ser encontrada nos arts. 6º e 227, da Constituição, é preciso esclarecer alguns pontos. Em primeiro lugar, verifica-se que esta proteção está prevista, no primeiro dispositivo mencionado, enquanto um direito social. O art. 227, por sua vez, determina a proteção integral de crianças e adolescentes, além de jovens, conferindo-lhes a qualidade de sujeitos de direito e, com prioridade absoluta, a titularidade de direitos gerais e especiais. A segunda parte do dispositivo ainda determina o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se, desta forma, a grande preocupação do Constituinte com esse sujeito de direito. No presente trabalho, adota-se o posicionamento de que, ao menos para a discussão das críticas apresentadas, o direito à proteção da criança estaria em concorrência com outros direitos específicos que, em razão de sua especialidade, devem prevalecer no momento de sua aplicação. Assim, parece mais adequado o entendimento de que devam ser aplicados ao caso os direitos enunciados acima, em especial a liberdade de aprender, em razão de sua titularidade por crianças e adolescentes. Portanto, os direitos em espécie,

---

<sup>598</sup> XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 130-134.

titularizados por crianças e adolescentes, com todas as suas especificidades, têm prioridade sobre a utilização do direito à proteção, que seria genérico.

Encerrada estas breves explicações, retomam-se as condutas do professor que: exclui ou inclui conteúdos; distribui a carga horária por conteúdo; determina a ordem de abordagem dos temas; ou decide sobre a vinculação à bibliografia. A questão agora é se essas condutas, que estariam protegidas em princípio pela liberdade de ensinar, podem ser restringidas em face dos direitos e bens constitucionais informados, ou seja, a liberdade de aprender, a garantia de padrão de qualidade e a fixação de conteúdos mínimos.

Como já se anunciou, não será possível trazer uma resposta definitiva a essa questão, sem a análise de uma situação concreta e suas especificidades, mas os direcionamentos à solução são realizáveis. Assim, seguem-se três pontos de orientação da conduta do intérprete:

O primeiro ponto a ser levantado para a solução deste conflito é a verificação da possibilidade concreta de harmonização dos direitos fundamentais. Caso essa seja possível, inclusive com a utilização da proporcionalidade, estará em consonância com os princípios de interpretação constitucional da unidade da Constituição, da efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. Caso não seja possível a harmonização, há a necessidade de se apurar o direito ou interesse constitucional que prevalecerá, através da ponderação.

O segundo ponto, como já adiantado, é que, em razão dos titulares dos direitos que estão em conflito com a liberdade de ensino, isto é, crianças e adolescentes, que são pessoas em desenvolvimento de suas potencialidades, e da proteção a eles conferida, em especial no que se refere ao princípio da prioridade absoluta, deve haver um ônus argumentativo maior ao intérprete para justificar a não prevalência dos direitos desses titulares. Em situações de paridade e na impossibilidade de harmonização, esses devem preponderar.

Por último, verifica-se, de acordo com os direitos e interesses constitucionais envolvidos no conflito, que se trata de conflito inserido nas disposições constitucionais da educação e, portanto, há uma relação de sentido que abrange todos esses direitos, em razão da educação e principalmente de suas finalidades, o que deveria favorecer a harmonização em concreto.<sup>599</sup> Ressalte-se que a situação

---

<sup>599</sup> Para Salomão Barros Ximenes trata-se de colisões em sentido estrito e interno, pois expõem relações de interdependência, limitação mútua e concorrência entre os princípios constitucionais do

de crianças e adolescentes, enquanto pessoas em desenvolvimento, reforça a preocupação e o direcionamento de proteção que deve ser realizado pelas finalidades da educação, intimamente ligadas à noção de desenvolvimento.

Analisando-se as condutas em espécie, a partir desses enunciados, verifica-se:

Com relação à exclusão de conteúdo da aula, que componha disciplina definida, parece que tal conduta, a exceção de uma justificção razoável como, por exemplo, a abordagem da temática com leitura e discussão em sala ou o tópico se tornou obsoleto<sup>600</sup>, acarreta ofensa desproporcional à liberdade de aprender dos alunos, além de implicar violação, como regra, à qualidade de ensino e à definição de conteúdos mínimos. Consta-se ser possível a restrição da liberdade de ensino do professor, com a determinação para que o conteúdo seja ofertado, como medida adequada, necessária e proporcional à promoção dos demais direitos constitucionais. Essa decisão é robustecida pelo princípio da prioridade absoluta que favorece os direitos dos alunos e pela adequada interpretação das finalidades da educação.

Quanto às demais condutas do professor, isto é, distribuir a carga horária por conteúdo, determinar a ordem de abordagem dos temas, decidir sobre a vinculação à bibliografia, ou incluir conteúdo, a situação parece caminhar de maneira diversa. No que se refere às três primeiras condutas, salvo situações concretas excepcionais, parece adequado que o professor possua autonomia para a prática dessas condutas. Em verdade, se o exercício da liberdade de ensino estiver em consonância com o direito à educação e suas finalidades, essas condutas do professor estarão em harmonia com a liberdade de aprender, a qualidade do ensino e a definição de conteúdos mínimos, pois caberia ao professor, na dinâmica de sala de aula, realizar tais escolhas, no melhor interesse dos alunos e do processo ensino-aprendizagem. Em uma aplicação da regra da proporcionalidade, verificar-se-ia que a restrição da liberdade de ensinar não é sequer adequada para a proteção dos outros direitos.

No caso da inclusão de conteúdo, alguns cuidados devem ser tomados. Primeiramente, registre-se que o art. 210, *caput*, da Constituição e o art. 26, *caput*,

---

ensino. Conforme: XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 172.

<sup>600</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 142-143.

da LBD, incentivam a inclusão de conteúdos complementares de uma parte diversificada, exigida em razão das características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. Conteúdos complementares com essas finalidades, além de aceitos são incentivados. Além disso, concorda-se com Amanda Travincas no sentido de que tais conteúdos devem guardar relação com o conteúdo da disciplina e com a área de conhecimento docente, pois não seria razoável que essa inclusão atestasse alguma incompetência do professor. Todavia, discorda-se da autora no que se refere à manifestação opinativa docente fora de sua área de estudo, mas que pudesse servir como exemplo para o conteúdo da aula. Entende a autora que, nesse caso, a manifestação docente estaria protegida pela liberdade acadêmica em sua dimensão extramuros.<sup>601</sup> Parece que a melhor solução para o caso, em se admitindo que a manifestação opinativa tenha relação com a aula, seria a permanência da proteção pela liberdade de ensino e, caso não tenha relação, haveria o ingresso na seara da liberdade de expressão.

Tomando-se os cuidados afirmados acima, ou seja, tratando-se da inclusão de tema incentivado pela legislação ou relacionado à aula, que esteja em sintonia com as finalidades da educação, verifica-se que o exercício do direito à liberdade de ensino ocorreu em harmonia com os demais direitos citados, ainda que consideradas as especificidades de seus titulares. Ademais, tal solução está em sintonia com o princípio da pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas.

Neste ponto, utilizando-se do que foi dito, é possível já abordar outra crítica. Trata-se da conduta docente que realize a introdução de material político-ideológico irrelevante para o assunto. A referida conduta parece ser inconstitucional, contudo a situação é mais complexa do que parece. De uma maneira simples seria possível dizer que essa conduta poderia ser considerada desproporcional, em razão da irrelevância do material, como informa o enunciado da crítica. Todavia, a situação necessita de uma observação mais cuidadosa.

Em primeiro lugar, há que se questionar sobre o conceito de irrelevância do material. Como bem observa o Relatório da AAUP, o conhecimento é sempre conectado a outro conhecimento e a noção de relevância não pode ser determinada pela descrição do curso. Assim, utilizando-se de exemplos que relacionam fatos passados a situações envolvendo, por exemplo, políticos no presente, o Relatório

---

<sup>601</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 145-147.

defende que como um professor aborda o material na classe seria uma questão de estilo, influenciado por metas pedagógicas e pela dinâmica da classe. Se o professor se utiliza de grande variedade de exemplos e de analogias sob o objetivo de criar discussões e, assim, inculcar nos alunos a capacidade de pensar crítica e independentemente, o conteúdo não é irrelevante e está pedagogicamente justificado.<sup>602</sup>

Assim, há que se buscar entender, de acordo com a disciplina e os objetivos da adoção do material, se ele é de fato irrelevante, ou se estimula o pensamento crítico. Caso ele tenha essa relevância, a conduta deve ser considerada constitucional, em razão da harmonia entre os direitos.

Além disso, ainda que o material não seja relevante para o assunto da disciplina, ele pode possuir alguma relevância para o aluno. Nesse caso, é preciso verificar se a sua inclusão causou algum prejuízo para o conteúdo da disciplina, no sentido, por exemplo, da exclusão de tema ou de abordagem muito célere de tema que componha a disciplina. Caso tais situações não tenham ocorrido, aplicando-se a regra da proporcionalidade, é possível questionar se alguma medida que impeça a utilização desse conteúdo irrelevante pelo professor, que não prejudicou o conteúdo da aula, seria apta a, potencialmente, promover os outros direitos fundamentais. A resposta parece ser negativa. E, ainda que assim não se entenda, há outros meios menos gravosos que poderiam auxiliar na maior promoção dos outros direitos fundamentais, tais como alguma readequação na disciplina.

Ademais, verifica-se que a crítica traz em seu âmbito não somente a questão da relevância, mas o tipo de conteúdo tratado, isto é, material político-ideológico<sup>603</sup>. Assim, outra questão envolvendo o tema diz respeito à possibilidade da inclusão desse tipo de material na sala de aula. A primeira observação que se faz é que não existe ensino neutro. Isto é, existe uma carga político-ideológica em todas as escolhas relacionadas ao ensino.<sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – rept.** Disponível em: <https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

<sup>603</sup> O termo ideologia pode ser considerado em seu predominante significado “fraco”, especificado por Abbagnano e reiterado por Bobbio com a seguinte definição: “sistema de crenças ou valores que é utilizado na luta política para influir sobre o comportamento das massas, para orientá-las numa direção e não em outra, para obter consenso, enfim para fundamentar a legitimidade do poder”. Conforme: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 616.

<sup>604</sup> Paulo Freire entende que ensinar exige reconhecer que a educação é ideológica. Afirma ainda que a ideologia possui um poder de persuasão indiscutível e que o professor deve estar advertido do

Como já se verificou no decorrer do texto, o direito à educação parte de um conceito específico de Estado, concebido pela Constituição. Portanto, o direito à educação já é, em si, um direito para a educação do Estado Democrático de Direito, vinculado ao princípio democrático e que têm por fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana. Some-se a isso o fato de que a escolha dos conteúdos a serem ministrados e os métodos a serem utilizados não são neutros, e isso não ocorre somente na atuação docente, mas desde a atuação do legislador e dos sistemas de ensino. Assim, não há como haver neutralidade na educação.

Cláudia Mansani Queda de Toledo, após afirmar que seria impossível a neutralidade nas relações humanas, questiona se seria desejável a mencionada neutralidade, quando se trata de liberdade de cátedra e educação, pois não seria possível afastar o caráter ideológico das teorias pedagógicas, uma vez que essas se ligam diretamente às práticas docentes.<sup>605</sup>

Sobre o tema é importante trazer o pensamento de Paulo Freire. Para o autor, a nota fundamental da mentalidade democrática é a criticidade. Considera que o grupo humano mais crítico é, em regra, o mais permeável e democrático.<sup>606</sup> Acrescenta Paulo Freire:

Ora, a democracia e a educação democrática se fundam ambas, precisamente, na crença no homem. Na crença em que ele não só pode mas deve discutir os seus problemas. Os problemas do seu país. Do seu continente. Do mundo. Os problemas do seu trabalho. Os problemas da própria democracia.<sup>607</sup>

Assim, em uma educação para a democracia seria necessária a crítica, que também é indispensável na busca da ciência pela verdade. Para além da crítica, considera-se, nos termos de Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida

---

poder do discurso ideológico. Seria, inclusive, ideológico o discurso de *morte das ideologias*. Conforme: FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 55. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 122 e 129.

<sup>605</sup> TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 19. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra\\_58\\_edb3c1e83a0.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58_edb3c1e83a0.pdf). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>606</sup> FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 126.

<sup>607</sup> FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 127.

Leite Marocco, que se faz necessário para a democracia e para a produção científica, a tolerância.<sup>608</sup>

Ainda sobre a questão política, é importante a observação sobre essa temática trazida por Robert Post. Para o autor, a liberdade acadêmica não é uma licença para a prática política, mas não é tão simples traçar a distinção entre política e academia. Esta tarefa demanda cuidado e modéstia, e deve levar em conta as atuais práticas de distintas disciplinas.<sup>609</sup>

Questiona-se se os docentes estariam praticando alguma conduta que prejudique crianças e adolescentes, em razão da introdução de temas político-ideológicos. A resposta a essa questão depende da apreciação de tudo o que foi dito. Assim, em princípio, a educação é, em si, ideológica, sendo necessário que o aluno aprenda a ter consciência crítica para reconhecer as ideologias inseridas na educação e no mundo em geral. Além disso, as escolhas valorativas feitas pela Constituição devem ser transmitidas. Somado a isso, deve ser verificado que a apuração da correição, ou não, da introdução de temas político-ideológicos deve sempre ser muito cuidadosa e levar em conta a disciplina e o enfoque do assunto. Preenchidas tais circunstâncias, não haveria inconstitucionalidade a ser alegada, pois a inclusão desses temas estaria fundada, sendo injustificadas as medidas de cerceamento da liberdade de ensinar, principalmente as inspiradas na liberdade de aprender. Tal ocorre, pois crianças e adolescentes teriam, em verdade, a sua liberdade de aprender respeitada com a inclusão de tais discussões.<sup>610</sup>

---

<sup>608</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988**: Alcance e Limites da Autonomia Docente. p. 18. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

<sup>609</sup> POST, Robert. Why Bother with Academic Freedom? In: **FIU L. Review**, v. 9, n. 1 (2013), p. 20. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=lawreview>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>610</sup> Sobre a questão é interessante trazer o posicionamento firmado pelo STF em duas decisões já antigas. A primeira corresponde à concessão de ordem em HC a professor de economia, acusado da prática de crime, em razão da distribuição de material contrário à situação política vigente, com "ideias comunistas". Apesar da concessão da ordem, houve discussões a respeito do conteúdo político ministrado pelo professor e de sua adequação ao conteúdo da disciplina. Chama-se à atenção ao voto do Ministro Evandro Lins que afirma a pertinência da temática à aula e ressalta a liberdade de expressão e de cátedra. Interessante também o voto do Ministro Victor Nunes que, trazendo histórico da jurisprudência norte-americana, ressalta o papel da universidade, onde o pensamento deve ser livre para a produção de conhecimento. Além disso, afirma a íntima relação entre os diversos ramos das ciências sociais, o que demonstra a dificuldade de distinção das matérias. Por fim, entende que se o professor não cumprir com os seus deveres, caberia aos órgãos universitários o seu disciplinamento. Conforme: BRASIL. STF. HC 40.910/PE. Rel. Min. Hahnemann Guimarães. Tribunal Pleno. Julgado em 24.08.1964. DJ 19.11.1964 PP - 04174. Além disso, é ilustrativo trazer decisão em recurso ordinário em MS, contra ato do Governo de São Paulo que

Atente-se para o fato de que tais inclusões, como dito, não podem prejudicar o conteúdo das disciplinas.

A próxima crítica que pode ser analisada refere-se à exposição de comentários controversos que afetem os estudantes. Cabe, nesse ponto, trazer o posicionamento de Amanda Travincas. Para a autora, a discussão diz respeito à extensão do direito de emitir opiniões sobre temas polêmicos em sala de aula. Além disso, os temas polêmicos podem estar ligados a questões técnicas, ou seja, situações em que há modelos explicativos contrapostos em que a aceitação de um seria a negação do outro modelo, e a questões polêmicas por envolverem discussões sobre raça, sexo, religião, orientação sexual, filiação político-partidária e outras.<sup>611</sup>

Essa conduta, em razão de sua proximidade, pode ser estudada em conjunto com as críticas referentes a não apresentação de visões conflitantes e a intolerância dos educadores com certas visões dos alunos. Registre-se que, em princípio, não haveria como afastá-las do âmbito de proteção da liberdade de ensino, sendo necessário verificar a sua constitucionalidade ou não através da apuração de eventuais limites no caso concreto.

Assim, com relação às polêmicas técnicas, verifica-se que caberia ao professor, ao ensinar tais temáticas, apresentar as principais teorias, demonstrando o conflito entre elas e as vantagens e desvantagens de cada. A falta de apresentação, ao menos das principais teorias, pode ser considerada como exclusão de conteúdo,<sup>612</sup> o que seria desproporcional em relação à liberdade de aprender, à qualidade de ensino e aos conteúdos mínimos.

---

aplicou demissão a professor catedrático da Faculdade de Medicina da USP, em razão de eventuais atos subversivos ou de corrupção, fundados no Ato Institucional nº 1 de 1964. Entendeu o relator que não caberia à Justiça dizer se o ato foi justo ou injusto, conveniente ou não, cabendo, tão somente, verificar se foram observadas as exigências formais com a audiência do acusado. Lembrou também em sua decisão que há posicionamento, aparentemente diverso do posicionamento do Relator, que entende que pregação ideológica, estranha aos objetivos da cátedra, é a negação da própria liberdade. Por fim, em razão da impossibilidade de apreciação da prova, negou provimento ao recurso. Conforme: BRASIL. STF. RMS 17.108/SP. Rel. Min. Themistocles Cavalcanti. Segunda Turma. Julgado em: 14.05.1968 DJ 28.06.1968 PP – 02440.

<sup>611</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 147-148.

<sup>612</sup> Para Relatório da AAUP a aferição do equilíbrio das visões conflitantes não deve ser feita em abstrato, mas determinada em um específico campo de conhecimento disciplinar. Conforme: AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

Entretanto, isso não significa que o professor tenha o dever de ofertar todas as visões possíveis e imagináveis sobre o tema. Tal exigência, além de inviável, não estaria amparada pelo Direito. Em uma análise de proporcionalidade esta exigência não preencheria os requisitos da necessidade, ou seja, há meios menos gravosos à liberdade de ensino que protegeriam melhor a liberdade de aprender e a qualidade de ensino. Por exemplo: o aprendizado crítico que enfoque nas principais correntes sobre o assunto e estimule os alunos a pesquisarem as demais, não restringindo qualquer debate sobre essas.

Outro tema afeto às polêmicas técnicas diz respeito à possibilidade de professor, direta ou indiretamente, manifestar preferência por determinado modelo de pensamento. Tal conduta, em princípio não ultrapassa os limites da liberdade de ensinar, desde que o professor apresente a sua opinião de forma fundamentada, permitindo questionamentos, proporcione adequadamente as visões conflitantes e tenha tolerância com posições divergentes dos alunos.<sup>613</sup> Verifica-se que, preservados esses cuidados, restariam resguardados os direitos pedagógicos dos alunos.<sup>614</sup> Todavia, se algum desses cuidados não for observado, há possibilidade de que a conduta seja considerada desproporcional, no caso concreto.

Imagine-se a situação de professor que apresente duas visões sobre o assunto, dê clara preferência por uma delas, desqualifique a outra e não aceite qualquer posição em contrário, ainda que bem fundamentada. Em tal circunstância, verifica-se que será possível a restrição do direito à liberdade de ensinar.

---

<sup>613</sup> Conforme a Declaração de Princípios de 1915 da AAUP, o professor não está obrigado a esconder a sua opinião sobre assuntos controversos, mas deve apresentar o conteúdo sem supressão ou insuficiência sobre opiniões divergentes. Conforme: AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 1915. **Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <[http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen\\_Dec\\_Princ.pdf](http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf)> . Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>614</sup> Sobre a temática é interessante trazer um texto de Robert Post em que o autor discute sobre um curso, e sua descrição, que foi intitulado: “*The Politics and Poetics of Palestinian Resistance*”. Na primeira descrição do curso constou, provocativamente, que se trataria sobre o contexto da *Intifada* palestina e a sua relação com a escrita palestina. Ao final, havia um aviso de que conservadores seriam incentivados a procurar outras seções. Entre suas observações, cumpre informar que o autor entende que não há normas acadêmicas que proibam o docente de informar ponto de vista definido sobre questões controvertidas e importantes, tais como: democracia, direitos humanos e Estado do bem-estar. É preferível que tais pontos de vista sejam formados com a aplicação de padrões profissionais de pesquisa, do que em razão de sucumbirem a incentivos externos como ganhos financeiros ou pressões políticas. Além disso, o curso também deve envolver a liberdade acadêmica de estudantes, isto é, o seu direito de pensar livremente e de expressar diferentes pontos de vista. E conclui que a descrição original não seria aceitável, por sugerir que o instrutor não seria tolerante às perspectivas dos alunos que diferem da sua. Assim, a maior objeção à descrição é a possível indicação de que estudantes seriam julgados por suas posições políticas e não pelo mérito de seu trabalho. Conforme: POST, Robert. **Academic Freedom and the “Intifada Curriculum”**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository (2003). Faculty Scholarship Series 183. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/183/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/183/)>. Acesso em 10 nov. 2019.

Observa-se que, de acordo com a aplicação da regra da proporcionalidade, nesse caso, deverá prevalecer o direito à qualidade de ensino e à liberdade de aprender. Com relação a esse último, o seu peso maior na ponderação decorrerá, em primeiro lugar, da aplicação dos princípios constitucionais de interpretação da unidade da Constituição e da efetividade, assim como do clássico princípio da interpretação sistêmica. Realizada uma interpretação que leve em conta o texto da Constituição, em especial as finalidades do ensino e a proteção integral de crianças e adolescentes, somado ao fato de que o princípio da prioridade absoluta confere maior peso à liberdade de aprender, verifica-se que será possível, após ponderação, a restrição da liberdade de ensino.

Com relação ao outro aspecto relacionado às situações polêmicas a questão é um pouco mais complexa. Verifica-se, nesses casos, que o ponto principal seria a possibilidade de que o exercício da liberdade de ensino acarrete ofensa a outros direitos dos alunos, tais como o direito à igualdade e a não discriminação em razão de raça, religião, sexo, orientação sexual, dentre outros. Nesses casos o eventual conflito entre direitos fundamentais se dará fora do âmbito exclusivo do direito à educação.

Tal crítica é estudada em Relatório da AAUP como ambiente de aprendizagem hostil [tradução nossa]. De acordo com essa ideia, um professor não deve perseguir ou agir de forma discriminatória em relação a um discente. O professor também não deve ridicularizar ou desprezar o discente em razão de uma ideia. Entretanto, não é discriminação ou perseguição, a crítica a um ponto de vista do estudante. A discussão em sala de aula não deve ser censurada porque um estudante com particular posicionamento político ou religioso pode ser ofendido. O ensino não pode ocorrer em uma atmosfera de medo.<sup>615</sup>

Trata-se, como se observa de tema complicado. A colocação de pontos de vista diversos deve ser sempre incentivada. Tal incentivo decorre, dentre outros fatores, do princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas que está inserido na liberdade de ensino e no próprio contexto educacional. Todavia, a discussão não pode se dar no sentido de que haja ofensa ou perseguição a um aluno, ou grupo específico. É uma linha tênue que separa essas situações.

---

<sup>615</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

Partindo-se de situações mais extremadas, verifica-se que a conduta de professor, de ofensa deliberada a um grupo minoritário, sem que haja qualquer relação com o tema da disciplina, aparenta não estar inserida no âmbito de proteção da liberdade de ensino. Levando-se em consideração toda a dificuldade de se estabelecer o que seria conteúdo relevante e apurando-se que de fato, em uma situação concreta específica, houve apenas ofensa em nada relacionada ao ensino, é possível dizer que essa conduta não está protegida pelo direito à liberdade de ensinar. Tal conduta, de outro lado, ofenderia direitos relacionados ao valor igualdade. Eventualmente, poderiam ser discutidas questões envolvendo liberdade de expressão e discurso de ódio, mas não liberdade de ensinar.

Outro exemplo refere-se à perseguição a um aluno específico, em razão de um posicionamento seu. Imagine-se a situação em que um professor humilhe um aluno em razão de seu posicionamento específico, que esteja em desacordo com o posicionamento docente. Nesse caso, imaginando-se também que o tema tenha alguma relação com a aula, a conduta do professor pode ser caracterizada por desproporcional. Em princípio a discordância docente fundamentada estará protegida pela liberdade de ensinar. Entretanto, da forma como realizada, poderá sofrer limitações em razão da ponderação com direitos fundamentais do aluno, em especial os seus direitos à igualdade, a não discriminação, à liberdade de consciência e de crença, à honra e a imagem, ao respeito e à liberdade de aprender. Lembrando-se que, no momento de ponderação, deve ser observada a sua condição de pessoa em desenvolvimento e a proteção decorrente.

Situação diversa ocorre se a conduta do professor, considerada ofensiva por aluno, estiver relacionada à aula e não puder ser caracterizada como uma perseguição específica. É possível, por exemplo, que a discussão de posicionamentos envolvesse temas relativos à raça, sexo ou orientação sexual e que parte dos alunos se sentisse ofendida. A solução de tais questões é bem delicada. Em princípio, a conduta docente está protegida pela liberdade de ensinar. Assim, passa-se à sua análise frente a direitos dos educandos. Os educandos ofendidos poderiam alegar que a conduta docente violou os seus direitos de igualdade, não discriminação, liberdade de consciência e de crença, dentre outros. Presumindo-se que a conduta docente permaneceu no âmbito da discussão científica sobre o tema e que tenha respeitado o posicionamento diverso, além da

condição específica de pessoa em desenvolvimento dos discentes, parece que esta conduta foi constitucional.

Em uma análise de proporcionalidade, frente àqueles direitos, verifica-se que a restrição à liberdade de ensinar para a salvaguarda dos direitos discentes é adequada, pois a sua restrição fomenta o objetivo de proteção. No aspecto da necessidade, contudo, parece que a restrição não seria a melhor medida, havendo a possibilidade de proteção daqueles direitos por outras formas<sup>616</sup>. Caso se entenda, de acordo com a situação concreta, que a proteção através de outros meios não seria eficaz, há que se fazer a ponderação. Nesse caso, apesar de toda a proteção que deve ser conferida à infância e a juventude, parece que deva prevalecer a liberdade de ensinar. Ressalte-se, inclusive que, dentro dos parâmetros informados, a liberdade de ensinar estaria respeitando direitos dos alunos como a liberdade de aprender, a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas, estando em conformidade com a sua dignidade.

Ressalte-se que, nesses casos, mínimas modificações fáticas podem alterar a solução da questão.

Amanda Travincas chama a atenção para o ponto da intencionalidade na conduta docente em atentar contra terceiros. Como exemplo, dentre outros, foi trazido o caso Ellwanger (HC 82.424/RS)<sup>617</sup>, já citado, onde foi denegada a ordem, por 8 votos a 3. Assim, de acordo com o posicionamento da Corte sobre liberdade de expressão e questões raciais, não seria possível afastar a ocorrência de racismo em razão de manifestações docentes. Entretanto, ressalva a autora, que a configuração do crime demanda a vontade manifesta de discriminar. Conclui que, em ocorrendo a intenção de atentar contra terceiros, deveria ser ativada a dimensão

---

<sup>616</sup> Nesse sentido pode ser utilizado o exemplo das “avisos de gatilho” (*trigger warnings*) das instituições de ensino superior norte-americanas, conforme informado por Amanda Travincas. Segundo a autora, professores lançariam notas explicativas sobre os temas e os materiais e serem usados em aula, com o objetivo de que o aluno possa se prevenir de desconfortos causados pela abordagem de certas questões. Caso haja a possibilidade de ocorrer sensibilizações, poderia ser facultado que os alunos não participassem da aula. TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 150. No caso da educação básica, tais notas poderiam ser dirigidas aos alunos ou seus responsáveis.

<sup>617</sup> BRASIL. STF. HC 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. Rel. p/acórdão Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17/09/2003. DJ: 19/03/2004.

objetiva dos direitos supostamente afetados, o que acarretaria a proteção estatal, inclusive com a possibilidade de repressão criminal.<sup>618</sup>

Por fim, a última crítica a ser analisada diz respeito à doutrinação. Conforme se observará, boa parte do que se discute sobre doutrinação já foi, de certa forma, abordado, ao se tratar as outras críticas. Contudo, é necessária essa abordagem.

Primeiramente, o conceito de doutrinação, em contraposição à educação, seria a “[...] transmissão de concepções acompanhada da supressão da possibilidade de crítica”.<sup>619</sup>

Em relatório AAUP sobre a liberdade em sala de aula, alguns importantes pontos são trazidos. Primeiramente, afirmam que não deve ser considerada como doutrinação a expectativa de professores no sentido de que estudantes compreendam ideias e conhecimentos que são aceitos como verdade, com relevante disciplina. Em seguida, citando John Dewey, observam as dificuldades desse consenso quando se tratam de interpretações políticas, econômicas, sociológicas ou históricas. São disciplinas que lidam com problemas da vida e não com teorias técnicas. Assim, para esse autor, seria um abuso da liberdade em sala de aula um instrutor promulgar como uma verdade absoluta ideias ou opiniões não testadas e, assim, não aceitas como verdade com disciplina. Portanto, haveria doutrinação sempre que o instrutor insista que estudantes aceitem como verdade proposições contestáveis.<sup>620</sup>

O relatório AAUP ainda traz outros elementos como a afirmação de que a escolha de um material pedagógico não significa endossá-lo. Assim, a escolha, por exemplo, de um livro, poderá servir para provocar um debate entre os estudantes. Ademais, instrutores doutrinam quando ensinam proposições particulares como verdade dogmática. Não se trataria de doutrinação quando instrutores defendem o seu ponto de vista, que é resultado de pesquisa e estudo, ainda que se trate de tema controverso. Pode o professor, inclusive se engajar vigorosamente na defesa

---

<sup>618</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 155-158.

<sup>619</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 28.

<sup>620</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <<https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

de sua posição. Não será doutrinação se seu ponto de vista não for tratado por verdade dogmática e houver oportunidade de contestação pelos estudantes.<sup>621</sup>

Para Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco o que a Constituição garante ao professor é o direito de expor a sua opinião fundamentada, de forma que possa ser questionada, como garantia da liberdade de crítica da comunidade científica e acadêmica, o que inclui os alunos. Para os autores o instrumento de progressão do conhecimento é a crítica. Ademais, em oposição à atitude crítica estaria a atitude dogmática, que busca confirmar a hipótese já aceita e afastar as tentativas de refutá-la. Para os autores, citando Karl Popper, a dogmática seria importante para a defesa da teoria antiga e testar a força da teoria nova e o debate.<sup>622</sup>

Verifica-se pelo indicado que a alegação de doutrinação, enquanto transmissão de conhecimento como verdade dogmática e sem possibilidade de crítica, está diretamente relacionada às críticas referentes a não apresentação de posições conflitantes e a intolerância com visões dos alunos. Assim, remete-se ao que lá já foi enunciado. Além disso, há uma relação também intrínseca entre as alegações de doutrinação e a inclusão de material político-ideológica em sala de aula, tal temática também já foi estudada.

Encerrada essa fase, cumpre fazer mais algumas ponderações. Em primeiro lugar, como se informou, Amanda Travincas divide as limitações à liberdade de ensino entre limitações ao conteúdo e limitações ao método, isto é, ao como é ensinado. A autora, com base em Antônio Carlos Gil, traz a definição de alguns conceitos:

Método estritamente considerado, é a organização de recursos e procedimentos visando a aprendizagem, enquanto técnicas de ensino são os modos de condução da aprendizagem. Já os recursos didáticos são considerados ferramentas de auxílio do processo de ensino.<sup>623</sup>

<sup>621</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <<https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

<sup>622</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988: Alcance e Limites da Autonomia Docente**. p. 18-19. Disponível em: [https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014-liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

<sup>623</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 159. Além desses conceitos, cumpre trazer o conceito de pedagogia. Para Maria Lúcia de Arruda Aranha, pedagogia refere-se a teorias sobre a educação. A autora informa que ao longo do tempo a

Seguindo em sua exposição, Amanda Travincas realiza a distinção entre o método tradicional de ensino e o método construtivista. No primeiro, em que o centro do processo educativo é o professor, de onde parte o ensino, caberia ao aluno, o sujeito passivo da relação, assimilar os conhecimentos. O método construtivista, de outro lado, parte da premissa de que a aprendizagem depende de um trabalho ativo dos alunos, realizado em liberdade. Trata-se de um processo não focado na autoridade do mestre, mas em formar indivíduos com autonomia moral e intelectual, respeitando-se essa autonomia nos outros. Trata-se, assim, de uma relação colaborativa, que reconhece os saberes antecedentes, aptidões e preferências dos alunos, cabendo ao professor, utilizar esse contexto.<sup>624</sup>

Para a autora há uma relação entre a escolha do método de ensino, que influenciará as técnicas de ensino e, por consequência, dos recursos didáticos. Assim, o método tradicional acarretaria, por exemplo, uma técnica de aula

---

pedagogia, assim como os princípios e fins da educação, sofreu alterações e informa três tendências mais marcantes. São elas: as pedagogias filosóficas ou essencialistas, fundadas nos modelos ideais do ser humano universal; as pedagogias positivistas, que procuram a sua cientificidade; e as pedagogias dialéticas, que refletem de forma científica sobre a educação e propõem modos de uma educação emancipatória. Conforme: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 34.

<sup>624</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 160. Maria Lúcia de Arruda Aranha, ao tratar sobre as teorias pedagógicas, destaca a existência de muitas, que também foram referidas ao se tratar do conteúdo da liberdade de ensino. A título de exemplo, em brevíssimas e parciais linhas, a autora trabalha o seguinte: a escola tradicional, que está centrada no professor e na transmissão de conhecimento, valoriza aulas expositivas e, do ponto de vista epistemológico, privilegia a posição empirista, assim como da perspectiva antropológica a concepção essencialista. Na escola nova, o centro do processo é o aluno e o método seria o *aprender fazendo*, há preocupação com a individualização das atividades e programas e horários tornam-se maleáveis. Além disso, teria sido influenciada pela corrente filosófica do pragmatismo, em que as ideias têm valor para resolver os problemas da experiência humana e o conhecimento está voltado para a experiência. Conforme: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 223-227. Maria Lúcia de Arruda Aranha ainda trata sobre as teorias histórico-sociais e outras tendências, onde inclui, dentre outras, as teorias progressistas da pedagogia libertadora de Paulo Freire. Esta teoria, em um sucinto e também subjetivo recorte, consistiria na educação voltada para a conscientização da opressão, o que permitiria uma ação transformadora. O autor distingue entre *pedagogia dos dominantes*, em que a educação é prática de dominação e se funda em *concepção bancária de educação* (o saber é depositado no aluno) e *pedagogia do oprimido*, em que há um diálogo entre educadores e educandos, onde o conhecimento adquirido será crítico. O trabalho de alfabetização deve vir acompanhado de conscientização e politização, para que a realidade possa ser transformada. Também estão incluídas neste tópico as teorias construtivistas, em que prevalece a orientação antropológica histórico-social, através da qual o ser humano se constrói pela interação social. Do ponto de vista epistemológico, desenvolvem uma concepção *interacionista* ou *construtivista* do conhecimento, que se forma e se transforma pela interação entre o sujeito e o objeto, não estando somente em um ou noutro. O conhecimento resulta de uma construção contínua, interativa e entremeada pela invenção e pela descoberta. Destarte, o conhecimento se produz por etapas ou estágios sucessivos. Conforme: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 263-279.

expositiva, cujos recursos seriam o quadro e os pincéis. A relação de ensino é intencional, em razão da existência de um propósito.<sup>625</sup>

Feitas tais disposições, a autora questiona se tais escolhas cabem às instituições de ensino ou ao professor. Após análise, entende que as instituições podem informar uma base sobre essas escolhas de método, mas o professor não seria obrigado a segui-las. Justifica que tais questões demandam as características próprias da relação professor e alunos. Caberiam ao professor essas escolhas de acordo com as necessidades para atingir os objetivos da aprendizagem. As instituições poderiam vetar as decisões metodológicas tomadas, em razão de incompatibilidade com as condições fáticas de que dispõe a instituição (falta de recursos didáticos), com a filosofia institucional ou com o ordenamento jurídico. Qualquer veto deve ser fundamentado.<sup>626</sup>

A exigência dessa fundamentação para que seja possível a vedação da possibilidade de escolha metodológica do professor pode ser interpretada como a necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade para que seja possível a intervenção na liberdade de ensino do professor.

Assim, concorda-se com o posicionamento da autora no sentido de que haveria maior liberdade do professor quanto ao método em comparação com o conteúdo. Essa constatação decorre, inclusive, da falta de previsão na Constituição com relação à definição de um método oficial, como ocorre com os conteúdos mínimos. Ademais, há a previsão de pluralidade de concepções pedagógicas. Acrescenta-se, no entanto, que não basta às instituições informar a existência do argumento para fundamentar eventual vedação ao método escolhido. Há a possibilidade de verificação se tal fundamento, através da aplicação da regra da proporcionalidade, no caso concreto, pode gerar a limitação proposta.<sup>627</sup>

---

<sup>625</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 161.

<sup>626</sup> TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018, p. 161-164.

<sup>627</sup> Por exemplo, não bastaria a alegação de que não há recursos didáticos para a aplicação daquele método, sob pena de não haver mais liberdade de ensino nesse aspecto. Imagine-se uma situação em que as técnicas de ensino requerem o uso de recursos didáticos que não sejam excepcionalmente caros, estando, inclusive, na média de preços dos recursos tradicionalmente adquiridos. Imagine que houve o pedido e que haja orçamento. Nesse caso, não há justificativa para a vedação. Poderia se falar, até mesmo em um direito à igualdade de possibilidades de utilização de técnicas de ensino, de forma a garantir a liberdade de ensinar e o direito à educação. Essa vedação, além de ofender a liberdade de ensinar, poderia ofender a liberdade de aprender dos alunos, que não teriam acesso a tal técnica.

Ademais, é preciso ter em mente que a utilização das técnicas de ensino deve ter por fim a educação e seus objetivos constitucionais. Desta forma, qualquer técnica que não se direcione a essas finalidades, prejudique a liberdade de aprender dos alunos e/ou cause outros prejuízos a esses pode ser afastada, situação que deve ser apurada no caso concreto, seguindo o que já foi enunciado sobre os limites da liberdade de ensinar.

#### 4.6.2 Conteúdo essencial da liberdade de ensinar

Para encerrar o estudo das limitações à liberdade de ensinar é preciso tratar sobre o limite dos limites. Como se estudou neste trabalho é possível se falar em dois limites à restrição de direitos fundamentais. Seriam esses limites: a regra da proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

No presente momento, será feita uma pequena abordagem sobre o conteúdo essencial do direito à liberdade de ensinar.

Primeiramente, cumpre registrar que a teoria a ser adotada será a de José Carlos Vieira de Andrade, segundo a qual o conteúdo essencial teria um limite absoluto. Como já informado no texto, esse limite refere-se à proteção do preceito constitucional, como norma de valor e garantia. Desta forma, não poderia o legislador atentar contra as exigências mínimas, que seriam projeção da dignidade humana, desfigurando o valor e a garantia, ínsitos aos preceitos de direitos fundamentais. O autor, que também se preocupa com a dimensão subjetiva do conteúdo, entende que a anulação do direito subjetivo, em certas situações, não poderá ser absoluta e ilimitada, o que demonstra a existência ainda de um conteúdo relativo, que necessita da proporcionalidade.

Assim, entende-se possível essa dupla garantia do conteúdo essencial.

No que se refere ao conteúdo essencial absoluto da liberdade de ensinar, o presente texto não possui a pretensão de trazer uma resposta definitiva à questão, que merece um estudo específico. Todavia, é possível fixar os seus parâmetros, isto é, preceitos que compõem as exigências mínimas como projeção da dignidade da pessoa humana. Parecem compor esse conteúdo essencial as ideias de liberdade e pluralidade, além das finalidades da educação, que repercutem diretamente na liberdade de ensinar. Assim, caso o legislador venha a desfigurar essas normas, além dos valores e das garantias por elas consagrados, estaria atentando contra

conteúdo do preceito constitucional. Portanto, há uma esfera de liberdade e pluralidade, direcionadas às finalidades de desenvolvimento da pessoa, qualificação para o trabalho e preparo para a cidadania que não podem ser restringidas, sob pena de desfigurarem a liberdade de ensinar.

Quanto ao seu conteúdo essencial relativo, como afirmado, tal apuração deverá ser feita no caso concreto, com o auxílio da regra da proporcionalidade. Entretanto, a aplicação dessa regra não deve impingir restrição tamanha ao preceito, que o desfigure enquanto valor e garantia.

#### **4.7 Análise de situação concreta**

Após o estudo desenvolvido no presente texto, que teve por objetivo auxiliar na efetivação de alguns contornos constitucionais à liberdade de ensinar na educação básica, este tópico tem por finalidade realizar uma breve análise sobre questão prática relacionada ao tema, envolvendo, especificamente, o “Programa Escola Sem Partido”.

Duas observações são necessárias nessa análise. A primeira delas é que o atual estudo, em razão de seus limites, não abrangerá todas as disposições trazidas pelo projeto de lei que tenta instituir o “Programa Escola Sem Partido”. Assim, as discussões serão baseadas em alguns de seus dispositivos, que serão escolhidos de acordo com a sua ligação com o que foi discutido no trabalho.

A segunda observação é que o estudo será feito sob a perspectiva adotada neste trabalho, ou seja, partirá da premissa da liberdade de ensinar enquanto direito fundamental, sendo essa examinada em face de alguns preceitos trazidos pelo “Programa Escola Sem Partido”, e os eventuais direitos e bens constitucionais que possam lhe dar sustentação. Assim, sob os pressupostos adotados nesse trabalho, será feita uma verificação da constitucionalidade de alguns dispositivos de projeto de lei que prevê o “Programa Escola Sem Partido”.

Segundo informa o seu endereço eletrônico, o “Programa Escola Sem Partido” trata-se de um conjunto de medidas, previstas num anteprojeto de lei, elaborado pelo movimento escola sem partido, que teria por objetivo inibir a prática de doutrinação política e ideológica em sala de aula e a usurpação do direito dos pais dos alunos sobre a educação moral dos seus filhos. Além disso, o texto também informa que os deveres debatidos já existiriam na Constituição, a saber: o princípio

da neutralidade política, ideológica e religiosa (arts.: 1º, V; 5º, *caput*, 14, *caput*, 17, *caput*, 19; 34, VII, “a”; e 37, *caput*); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); a liberdade de ensinar que, segundo afirmam, não se confundiria com a liberdade de expressão, e a liberdade de aprender (art. 206, II); pluralismo de ideias (art. 206, III). Ademais, cita o art. 12, IV, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.<sup>628</sup>

O denominado “Movimento Escola Sem Partido”, elaborou anteprojeto de lei que institui o “Programa Escola Sem Partido”, encaminhando-o para os Poderes Legislativos: Federal, Estadual e Municipal. Em âmbito federal o “Programa Escola Sem Partido” deu origem ao PL 867 de 2015.<sup>629</sup>

Importante fazer algumas referências ao conteúdo de parte desse projeto, para que seja feita análise posterior de sua constitucionalidade. O art. 2º, do PL 867/2015, determina os princípios da educação nacional <sup>630</sup>. O art. 3º, *caput*, do projeto, por sua vez, determina que sejam vedadas em sala de aula a prática de doutrinação política e ideológica, bem como a veiculação de conteúdos e a realização de atividades que possam estar em conflito com as convicções religiosas ou morais dos pais ou responsáveis pelos estudantes. O art. 4º, do PL 867/2015 apresenta os deveres do professor no exercício da função.<sup>631</sup>

---

<sup>628</sup> ESCOLA SEM PARTIDO. **Programa Escola Sem Partido**. Disponível em: <<https://www.programaescolasempartido.org/faq>> Acesso em: 10 nov. 2019.

<sup>629</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 867/2015**. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”. Izalci. Apresentação em 23 mar. 2015. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668> Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>630</sup> “Art. 2º. A educação nacional atenderá aos seguintes princípios:

I - neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado;

II - pluralismo de ideias no ambiente acadêmico;

III - liberdade de aprender, como projeção específica, no campo da educação, da liberdade de consciência;

IV - liberdade de crença;

V - reconhecimento da vulnerabilidade do educando como parte mais fraca na relação de aprendizado;

VI - educação e informação do estudante quanto aos direitos compreendidos em sua liberdade de consciência e de crença;

VII – direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

<sup>631</sup> Desses deveres, destacam-se, resumidamente, os incisos I a V, que preveem que o professor não deve: se aproveitar da audiência cativa dos alunos para cooptá-los para qualquer corrente política, ideológica ou partidária (inciso I); favorecer ou prejudicar os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas (inciso II); fazer propaganda político-partidária em sala de aula, ou incentivar os alunos a participar de manifestações (inciso III); apresentar as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas sobre questões políticas,

O PL 867/2015 determina, em seu art. 5º, que os alunos do ensino fundamental e médio sejam informados e educados sobre a liberdade de consciência e de crença e sobre o previsto no citado art. 4º. O §1º, do art. 5º, dispõe sobre a afixação de cartazes em salas de aula, e demais locais, com os citados deveres dos professores. O art. 7º, do PL 867/2015 trata sobre a criação de um canal de comunicação nas Secretarias de Educação, destinado ao recebimento de reclamações relacionadas a essa lei, sendo resguardado o anonimato. O Parágrafo único, do mesmo dispositivo, determina o encaminhamento das reclamações ao Ministério Público.

Além dos dispositivos do projeto, informados acima, cumpre observar as razões da justificação do projeto, apresentadas pelo Deputado Izalci, do PSDB/DF, que afirma subscrever as razões do “Movimento Escola Sem Partido”.

O primeiro ponto que chama à atenção na justificação do projeto é a preocupação no sentido de que os professores estejam utilizando de suas aulas para tentar obter a adesão dos estudantes a determinadas correntes ideológicas e políticas, e para a adoção de padrões de condutas morais, especialmente moral sexual, incompatíveis com a de seus pais e responsáveis.

Afirma a justificação do projeto que a liberdade de aprender compreenderia o direito do estudante de não ter o seu conhecimento da realidade manipulado para fins políticos e ideológicos. Além disso, a liberdade de consciência dos alunos garantiria o seu direito de não ser doutrinado. Ambas estariam violadas, caso o professor possa se aproveitar da audiência cativa dos alunos para promover as suas próprias concepções políticas, ideológicas e morais. A justificação ainda afirma que a liberdade de ensino não se confunde com a liberdade de expressão, que não existiria para o docente no exercício de sua função, sob pena de ser anulada a liberdade de consciência e de crença dos alunos.

De acordo com a justificação do projeto, a estigmatização de determinadas perspectivas políticas e ideológicas incentivaria o *bullying* político e ideológico a ser praticado por outros estudantes. Destarte, a doutrinação configuraria violação ao regime democrático, em razão de instrumentalização do sistema público de ensino.

Quanto à educação moral, a justificação afirma a previsão do art. 12, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que se refere ao direito dos pais

---

socioculturais e econômicas (inciso IV); e respeitar o direito dos pais a que seus filhos recebam educação moral de acordo com as suas próprias convicções (inciso V).

de que seus filhos recebam a educação religiosa e moral de acordo com suas convicções. Assim, não caberia ao Estado, Escola, ou professores ensinar conteúdo moral não autorizado pelos pais. Por fim, um Estado laico não pode utilizar o ensino para promover a moralidade, já que esta seria inseparável da religião.

A partir das informações colhidas, dos artigos citados e do recorte realizado nas razões da justificação, pretende-se realizar a análise da constitucionalidade de dispositivos do projeto, nos termos da abordagem deste trabalho.

A primeira observação a ser feita é que claramente se trata de projeto de lei com a nítida intenção de criar restrições à liberdade de ensinar. Assim, a análise constitucional de seus dispositivos deve ser feita em face desse direito fundamental. Como já foi dito, é possível a restrição à liberdade de ensinar, mesmo que não haja previsão expressa na Constituição nesse sentido. Todavia, essa restrição deve ser proporcional e respeitar o conteúdo essencial do direito restringido.

Ponderando-se sobre os dispositivos legais, justificativas e demais informações, parece que os pontos mais críticos a serem analisados referem-se ao seguinte: a doutrinação político-ideológica; a liberdade de consciência e crença; a educação moral e, por fim, os mecanismos de controle trazidos.

Iniciando-se pela questão da doutrinação político-ideológica, o primeiro tópico a ser tratado, refere-se ao princípio da neutralidade. Cumpre dizer que não há que se falar em um princípio da neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado. Os fundamentos constitucionais enunciados pelo “movimento escola sem partido” não são adequados para justificar tal princípio, que não se confunde com pluralismo, isonomia, impessoalidade e laicidade. Tais princípios possuem conteúdo próprio e correspondem a valores assumidos pela Constituição, que não se coaduna com a ideia de neutralidade. Em verdade, a Constituição, como já afirmado, possui um claro direcionamento no sentido do Estado Democrático de Direito, fundado especialmente na dignidade da pessoa humana.

Seguindo no estudo, apura-se, como já registrado, que o projeto de lei dispôs sobre o tema em seus arts.: 3º, *caput*; 4º, I, II, III e IV. Analisando o conteúdo desses dispositivos, apura-se que a temática neles abordada já foi objeto de discussão quando se tratou sobre as críticas à liberdade de ensinar, no tópico referente aos limites a essa liberdade.

Assim, utilizando-se do conhecimento lá tratado e observando-se o disposto no art. 3º, *caput*, do projeto de lei, é possível dizer que, de fato, não é adequada a

doutrinação em sala de aula, entendida doutrinação como a transmissão de concepções como verdade dogmática, sem crítica. Cabendo dizer que não é o fato de ser matéria político-ideológica o que caracteriza a doutrinação. Ademais, a existência de doutrinação deve ser apurada na prática, assim como a ponderação entre o direito à liberdade de aprender e à qualidade do ensino dos alunos e a liberdade de ensino do professor.

Com relação à segunda parte do mesmo *caput*, do art. 3º, que se refere à vedação de veiculação de conteúdos ou da realização de atividades que possam estar em conflito com as convicções religiosas ou morais dos pais ou responsáveis pelos estudantes, cumpre registrar que tal vedação é inconstitucional. O primeiro problema dessa disposição diz respeito ao impedimento de veiculação de conteúdos e atividades, o que está no cerne do direito à educação. Assim, a não realização da transmissão de conteúdo pelos docentes atinge diretamente a liberdade de aprender, ensinar, pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, atentando contra a razão de ser do direito fundamental à educação.

Além disso, é importante que fique destacado que eventual ponderação entre a liberdade de crença e consciência dos pais, além de sua liberdade religiosa, deverá ser feita em face não somente da liberdade de ensinar, mas também da liberdade de aprender, do pluralismo de ideias, da qualidade de ensino e do próprio direito à educação de crianças e adolescentes que, portanto, estariam qualificados pela prioridade absoluta. Desta maneira, o direito dos pais ou responsáveis cederá face ao direito das crianças e adolescentes, que possuem peso maior nessa hipótese. Ressalvando-se que, segundo se entende, o direito dos pais ou responsáveis, na tentativa de restrição à liberdade de ensinar e aos direitos das crianças e adolescentes, sequer passaria no teste da necessidade.

No que tange à análise do art. 4º, com relação aos incisos II e IV, que cuidam, respectivamente, da intolerância às visões e convicções dos alunos e da necessidade de apresentação aos alunos das principais versões, teorias, opiniões, e perspectivas correntes, observa-se que as principais discussões desta temática já foram realizadas quando se tratou das críticas correspondentes. Apenas a título de observação cumpre lembrar que no que tange à intolerância com visões dos alunos, esta não ocorreria no caso de crítica do professor a um ponto de vista de aluno, desde que o exercício dessa discordância seja proporcional. Some-se a isso que a discussão deve permanecer no âmbito científico. Quanto aos temas

controversos, ao professor cabe apresentar as principais teorias de tais assuntos, podendo se posicionar a respeito de preferência e defendê-la, desde que, resguarde a possibilidade de discussão e respeite o posicionamento fundamentado dos alunos.

Portanto, verifica-se que os dispositivos, da maneira em que propostos, não resguardam algumas especificidades que, caso ocorram no caso concreto, afastam a possibilidade de restrição da liberdade de ensinar.

Os incisos I e III, do art. 4º, em razão de sua generalidade, também não parecem adequados. O inc. I não distingue o exercício regular de um direito e a cooptação. Parece indicar que a distinção estaria no elemento subjetivo, ou seja, na intenção de cooptar e não de lecionar. Se esse for o caso, a sua efetivação será difícil. Ademais, no que interessa a ambos os incisos, cabe recordar que a utilização de conteúdo político-pedagógico não é, por si só, inconstitucional. Como dito, o ensino não é neutro, e é importante a aprendizagem dessa temática, inclusive para que seja possível o reconhecimento das ideologias. Ademais, a correção ou não da inclusão de temas político-ideológicos deve levar em consideração a disciplina e o enfoque dado.

Feitas tais observações e críticas à ideia de doutrinação político-ideológica trazida pelo projeto de lei, continua-se essa análise com o tratamento da liberdade de consciência e de crença e da educação moral.

Já foi demonstrado que entre os princípios da educação trazidos pelo projeto de lei se encontram algumas menções relacionadas à liberdade de consciência e de crença dos alunos, além do direito dos pais de que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com sua própria convicção. Somado a isso, chama-se a atenção para a previsão do art. 3º, *caput*, já abordado, e do art. 4º, V, que determina o dever do professor de respeitar o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Passando para a análise da liberdade de consciência e de crença, previstas no art. 5º, VI, da Constituição<sup>632</sup>, constata-se que o projeto tenta relacionar a liberdade de aprender com a liberdade de consciência. Em verdade, de forma

---

<sup>632</sup> Nos termos da doutrina de José Afonso da Silva, a Constituição reconhece, no citado dispositivo, a liberdade de consciência, que seria a feição íntima da liberdade de opinião, e a liberdade de crença, feição religiosa, de que o culto é a sua face externa. Assim, todos teriam o direito de aderir a qualquer crença religiosa; corrente filosófica; científica; ou política ou de não aderir a qualquer uma. A liberdade religiosa, por sua vez, compreenderia três formas de expressão: a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de organização religiosa. Conforme: SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95.

inadequada, o projeto compreende a liberdade de aprender como uma projeção da liberdade de consciência. São direitos independentes que podem, eventualmente, proteger concorrentemente o estudante. Atribuir a um direito o conteúdo específico de outro impede a correção em sua interpretação, pois a direciona em um sentido equivocado. Nos termos em que empregado pelo texto, a liberdade de consciência poderia se tornar um impeditivo à liberdade de aprender e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Também parece inadequada a inclusão da liberdade de crença como um princípio da educação. Essa inclusão está em desacordo com os princípios previstos na Constituição e tenta inserir no direito à educação matéria que a ele não diz respeito. Isso não significa que a liberdade de crença não possa ser, por exemplo, ponderada face ao direito à educação, mas não deve ser inserida em seu âmbito.

Constata-se que o material dá uma conotação exacerbada à liberdade de consciência e de crença, tentando criar uma prevalência abstrata desses direitos sobre a liberdade de ensino e a liberdade de aprendizagem, o que seria inadequado.

Com relação à educação moral, observa-se a previsão no art. 2º, VII; art. 3º; e art. 4º, V, do projeto de lei, o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas convicções. Tal previsão estaria fundada no art. 12, n. 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgado pelo Decreto 678 de 1992, que determina que os pais ou tutores têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

A primeira questão a ser levantada refere-se à interpretação do dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Segue-se o entendimento neste trabalho de que se trata de norma que prevê direitos materialmente fundamentais. Assim, como um direito fundamental, esse direito dos pais não possui caráter absoluto, podendo ser restringido. Ademais, o número 3, do mesmo art. 12, da Convenção já prevê essa possibilidade de limitação, inclusive em face de direitos de terceiros.

No que tange ao ensino religioso, cumpre informar que a Constituição já previu o respeito às convicções, como se observa de seu §1º, do art. 210, que determina a sua facultatividade.<sup>633</sup>

---

<sup>633</sup> Há posicionamento do STF no sentido de que a interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a

Quanto à educação moral, é necessário trazer alguns pontos que não pretendem atingir a solução da questão, no sentido da identificação da correta aceção de uma educação moral. Entretanto, demonstram a incorreção da adoção da fórmula realizada pelo projeto de lei.

Sem maiores aprofundamentos, o que suplantaria os limites do trabalho, cumpre, de início, esclarecer sobre um conceito genérico de moral, que pode ser definida como o objeto da ética, conduta dirigida ou disciplinada por normas.<sup>634</sup> A partir desse conceito, caminha-se no sentido exposto por Maria Lúcia de Arruda Aranha que afirma: “[...] A dificuldade da educação ética encontra-se na dupla face da moral, constituída pelos aspectos social e pessoal, pólos contraditórios, mas inseparáveis”.<sup>635</sup>

Assim, reconhecendo a pessoa como integrante da sociedade, que é plural e possui valores conflitantes, a autora chama a atenção para a diferença entre as noções de heteronomia, que se trata do cumprimento de regras externas, e de autonomia, no sentido de lei ditada pelo próprio sujeito moral. A partir dessas diferenciações, aborda algumas teorias que tratam da noção de educação moral. As primeiras, influenciadas pela religião, partem da ideia de que cabe ao professor, de forma heterônoma, a transmissão dos valores absolutos, que devem ser obedecidos. Há outras correntes, a primeira fundada em Aristóteles, que trata a educação moral como a formação de hábitos virtuosos, e a segunda em Émile Durkheim, em que a disciplina moral teria por fim o aprendizado para agir de acordo com as normas da sociedade. Ambas seriam criticáveis em razão de sua heteronomia. Em seguida a autora apresenta teorias construtivistas, segundo as quais o desenvolvimento da

---

interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcançaria a liberdade de expressão de pensamento a luz da tolerância e da diversidade de opiniões. Este fundamento e outros trazidos implicariam a regulamentação integral do preceito do art. 210, §1º, da Constituição, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições, de ensino confessional das diversas crenças. Ainda nos termos da decisão, o binômio laicidade/liberdade de religião estaria presente na facultatividade da matrícula, o que também respeitaria o direito de ateus e agnósticos. Há também impedimento de que o Poder Público crie seu próprio ensino religioso. Conforme: BRASIL, STF, ADI 4.439/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. para Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 27.09.2017. DJe: 21.06.2018.

<sup>634</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 795.

<sup>635</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 173.

consciência moral deve ser no sentido da autonomia, isto é da capacidade de autodeterminação do sujeito.<sup>636</sup>

Sem adentrar aos detalhamentos da questão filosófica e científica de cada corrente, É possível, de início, encontrar um paralelo entre moralidade e dignidade, que pode auxiliar na indicação do tipo de educação moral a ser efetuada.

Observa-se, como já foi abordado no texto, que para alguns autores a dignidade da pessoa humana seria o fundamento moral do sistema. Ademais, concebeu-se a noção de pessoa humana como ser concreto, que seria um fim em si mesmo, mas que necessita ser reconhecido na sociedade e ter supridas as suas necessidades básicas. A partir dessa concepção de pessoa, relembre-se que estão inseridos no conteúdo da dignidade da pessoa humana as ideias de autonomia, valor intrínseco e reconhecimento.

Trazidas essas disposições, resta mais claro que a educação moral a ser adotada deve estar em sintonia com a atual noção de dignidade da pessoa humana e, portanto, deve estar direcionada à autonomia da pessoa humana, enquanto ser concreto, que deve ser reconhecido e não ser instrumentalizado, sendo um fim em si.

A partir dessas constatações, verifica-se que o conceito de educação moral da forma como utilizado pelo projeto de lei, aparenta estar próximo da noção das teorias influenciadas pela religião e, portanto, em desacordo com a dignidade da pessoa humana. Não se exclui que haja o direito dos pais na educação moral de seus filhos, mas esse direito deve ser realizado no contexto da dignidade da pessoa humana dos estudantes.<sup>637</sup>

---

<sup>636</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 173-177.

<sup>637</sup> O presente texto não aprofundará discussão a respeito de o ensino domiciliar, todavia é preciso dizer que a temática pode produzir efeitos à liberdade de ensinar, pois discute os direitos dos pais em relação à educação dos filhos. A decisão que era considerada *leading case* sobre o tema era, nos termos de Nina Ranieri, o julgamento do STJ no MS 7.407, em que o tribunal entendeu que o direito à educação fundamental encerraria dois direitos de cidadania, ou seja, o direito à formação propiciada pelo ensino fundamental e o direito de recebê-lo em estabelecimento de ensino público ou privado. Ademais, a decisão, segundo a autora, estaria fundamentada em três aspectos principais: a frequência à escola é direito de crianças e adolescentes, previsto na Constituição; a capacidade dos pais não é suficiente para privar a criança do direito ao convívio escolar; e não poderia o Poder Público desprezar o ordenamento jurídico, em razão de convicção política e filosófica dos pais. Conforme: RANIERI, Nina. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. In: **Pro-Posições**, v. 28, n. 2, Campinas mai./ago., 2017. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072017000200141&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072017000200141&script=sci_abstract&lng=pt). Acesso em: 27 ago. 2019. Entretanto, a situação tomou novos contornos após a decisão do STF, no RE 888.815/RS. Nesse julgado, entendeu-se que a Constituição teria consagrado o dever de

Ademais, em eventual ponderação envolvendo o direito dos pais a que a educação moral dos filhos seja de acordo com as suas convicções, e o direito à liberdade de ensinar, somado à liberdade de aprender e à qualidade de ensino de crianças e adolescentes, os últimos devem prevalecer, haja vista que estarão em uma relação mais próxima no sentido de respeito à dignidade humana dessas pessoas em desenvolvimento, de acordo, inclusive, com as finalidades atribuídas à educação, além de ser levado em consideração o princípio da prioridade absoluta.

Cumprir registrar que um dos conteúdos que o projeto de lei pretende afastar das salas de aula, através dessa previsão de direito dos pais à educação moral dos filhos, além de considerá-lo material ideológico, refere-se aos estudos de identidade de gênero, pejorativamente designado por “ideologia de gênero”. O presente trabalho não pretende analisar os diversos enfoques dessa profunda discussão, cabendo apenas uma breve menção sobre o assunto e um posicionamento fundado no que já foi estudado.

O primeiro ponto que deve ser mencionado diz respeito à apuração da cientificidade das teorias envolvendo a discussão de gênero. Sobre isso, cumprir trazer a contribuição de Silvia Pimentel. A autora, em artigo que cuida da temática, já em sua introdução, reconhece que gênero enquanto conceito filosófico e científico possui diversos enfoques de estudo. Em seguida, introduz uma classificação, realizada através de recortes de algumas ideias sobre o desenvolvimento do conceito, na perspectiva de algumas teorias, relacionando-as com as três ondas do feminismo e com os novos comportamentos, performances e autodenominações, verificados no cenário contemporâneo.<sup>638</sup>

---

solidariedade entre o Estado e as famílias. Ademais, decidiu-se que a Constituição não vedaria de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proibiria qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre Estado e família, como núcleo principal para a formação de crianças, adolescentes e jovens. Foram consideradas inconstitucionais as espécies de desescolarização radical e moderada, assim como o *homeschooling* puro. O ensino domiciliar não seria um direito subjetivo público do aluno ou de sua família, porém não seria vedada a sua criação por Lei Federal, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que cumprida a obrigatoriedade de 04 aos 17 anos, o dever solidário entre família e Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Estado, assim como o respeito às demais disposições da Constituição, especialmente as finalidades do ensino, havendo preocupação com a socialização do indivíduo. Conforme: BRASIL. STF. RE 888.815/RS. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. p. Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 12.09.2018 DJe-055 Divulg. 20.03.2019 Public. 21.03.2019.

<sup>638</sup> Acrescenta-se ao informado que a autora se utilizou das seguintes teorias: essencialistas; construcionistas sociais; e pós-modernas, as últimas inspiradas no pensamento de Judith Butler. Conforme: PIMENTEL, Silvia. Gênero e Direito. In: PIMENTEL, Silvia. (Coord.); PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica de (Org.). **Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3.

O presente texto trará, de maneira brevíssima, o que naturalmente causará incompletudes, alguns dos enunciados abordados por Silvia Pimentel. No decorrer de seu artigo, a autora trabalha o conceito de gênero e as ondas do feminismo, através de períodos. O período compreendido como a primeira onda do feminismo, relaciona-se com a teoria essencialista do masculino e do feminino, segundo a qual sexo e gênero são considerados como categorias distintas, de origem biológica, com a vinculação do gênero ao sexo e a diferenciação entre masculino e feminino. No segundo período, que abrange a segunda onda do feminismo, são abordadas as teorias construcionistas sociais de gênero, que trazem a distinção entre sexo como um conceito ligado à biologia e gênero como uma construção social, que define os comportamentos esperados do feminino e do masculino. Em razão do afastamento das teorias biológicas, vem à luz as relações de poder existentes na sociedade. No período que se refere à terceira onda feminista, surge o questionamento radical do sistema binário de gênero masculino/feminino. Gênero e sexo começam a ser criticados como discursos normativos que sustentam o sistema binário, o que acarreta hierarquização e controle social. Surgem novas identidades de gênero e fala-se em desconstrução da identidade de gênero, com a alteração para a ideia de fluidez e de performances de gênero.<sup>639</sup>

Portanto, resta evidente, nos termos do artigo mencionado, que há interesse filosófico, científico e social no estudo de gênero.

A partir dessa constatação, é possível realizar a apreciação sobre a constitucionalidade ou não da limitação desse conteúdo. Sob o ponto de vista do direito à educação e os direitos a ele inerentes, é possível adotar o que já foi dito sobre a ponderação envolvendo o direito dos pais a que a educação moral dos filhos seja de acordo com as suas convicções, e o direito à liberdade de ensinar, somado à liberdade de aprender e à qualidade de ensino de crianças e adolescentes. Portanto, também aqui deve prevalecer a possibilidade de veicular o conteúdo que discuta gênero. Ingressa no argumento a favor da veiculação do conteúdo o princípio da pluralidade de ideias. Ressaltando-se que não se está discutindo a forma de exercício dessa veiculação.

---

<sup>639</sup> PIMENTEL, Silvia. Gênero e Direito. In: PIMENTEL, Silvia. (Coord.); PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica de (Org.). **Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5-10.

Entretanto, cabe lembrar que a discussão de gênero em escolas, para além de envolver os direitos relacionados ao ensino, está diretamente relacionada ao direito à igualdade e a não discriminação, além de haver ampla proteção internacional<sup>640</sup> que pode ser relacionada à temática. Desta forma, tais direitos também devem ser ponderados e reforçam a impossibilidade de exclusão desse conteúdo.

O último tópico a ser tratado sobre o PL 867 de 2015 diz respeito aos mecanismos de restrição e controle por ele trazidos. As principais disposições nesse sentido são: o §1º, do art. 5º, que prevê a fixação de cartazes com os deveres dos professores nas salas de aula e nas salas de professores; e o art. 7º, que determina a criação de canal nas secretarias de educação para recebimento de reclamações relacionadas ao projeto e o encaminhamento das reclamações ao Ministério Público responsável, sob pena de responsabilidade.

Pelo exposto, resta evidente que grande parte da inadequação desse projeto de lei refere-se justamente aos mecanismos de restrição da liberdade de ensinar por ele adotados.<sup>641</sup> Ainda que não houvesse qualquer crítica a ser feita sobre os outros aspectos do projeto, o que somente se admite nesse momento para garantir uma crítica mais completa do tema, constata-se que os mecanismos de controle, em uma análise de proporcionalidade, claramente não superariam o teste da necessidade para a promoção dos direitos alegados. Há diversos outros meios menos gravosos para a promoção dos direitos de crianças e adolescentes que, eventualmente, possam ser afetados pela liberdade de ensinar.

Ademais, verifica-se que o projeto de lei parte de noções equivocadas sobre neutralidade no ensino, liberdade de consciência e de crença e educação moral. Assim, alega a proteção de direitos de crianças e adolescentes, mas acaba

---

<sup>640</sup> Para maiores esclarecimentos sobre o âmbito internacional de proteção, remete-se à leitura do tópico 5.1 do artigo Gênero e Direito de Sílvia Pimentel. Conforme: PIMENTEL, Sílvia. Gênero e Direito. In: PIMENTEL, Sílvia. (Coord.); PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica de (Org.). **Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 18-28. Chama-se a atenção para o art. 8, "b", da Convenção de Belém do Pará de 1994, no âmbito da OEA, promulgada pelo Decreto 1.973 de 1996, que prevê o ensino de gênero. Também ressaltam-se os Princípios de Yogyakarta, que se tratam de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

<sup>641</sup> Como pode ser observado pelo disposto na Recomendação da UNESCO relativa à condição docente, aprovada pela Conferência Intergovernamental Especial sobre a Condição Docente. Paris, 5 de outubro de 1966, em seu item 63, que cuida dos sistemas de inspeção ou controle da atividade docente, tais mecanismos deverão ser concebidos de maneira a incentivar e auxiliar os docentes no cumprimento de suas atribuições profissionais, além de evitar restringir a sua liberdade, iniciativa e responsabilidade. Conforme: UNESCO. **Recomendação Relativa à Condição Docente**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000151538>. Acesso em: 14 nov. 2019.

prejudicando-as, seja nos seus direitos relacionados à educação, seja em outros direitos fundamentais a depender do caso concreto.<sup>642</sup>

Portanto, encerra-se a apreciação do projeto com as palavras de Nina Ranieri, que expressam de maneira lapidar os riscos envolvidos:

Obstar a discussão de concepções políticas, filosóficas, ideológicas ou religiosas, dentro dos limites éticos e legais, que pautam a atividade docente, é censura. Vigiar a atividade acadêmica do professor, especialmente em sala de aula, é a antítese da liberdade acadêmica. Este tipo de atitude produz pensamentos padronizados e não o conhecimento, a livre divulgação de ideias, a crítica ou o debate, consentâneos à liberdade acadêmica. Incentivar a denúncia põe em xeque a autoridade e a capacidade acadêmica do professor, ao invés de valorizá-las, como exige a Constituição (art. 206, V).<sup>643</sup>

---

<sup>642</sup> Registre-se que há decisões monocráticas no STF contra leis que instituem o “Programa Escola Sem Partido”. A título de exemplo, em razão de sua completude, ressalta-se a decisão proferida pelo Min. Barroso na Medida Cautelar na ADIN 5.537/AL. Na mencionada decisão, o Ministro discute uma série de questões envolvendo a inconstitucionalidade da Lei. Destaca-se o seguinte: violação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional; violação do direito à educação e supressão de domínios do saber do universo escolar; Incompatibilidade entre suposta neutralidade e as liberdades de aprender e ensinar, assim como o pluralismo de ideias; violação ao princípio da proporcionalidade por inadequação a alcançar os fins visados. Com relação aos argumentos utilizados, chama-se à atenção, com relação ao direito dos pais na educação moral, para a afirmação de que o art. 205, CF não distingue as competências exclusivas dos pais e da escola, de forma que não há separação entre as dimensões do processo educativo, que envolvem a apreensão de conhecimentos, a construção de valores e o desenvolvimento de pensamento crítico. Além disso, a escolha dos pais, prevista no Protocolo de São Salvador, estaria vinculada às finalidades da educação do mesmo protocolo. Afirma-se também a vagueza nas condutas proibidas aos professores. Ademais, os professores, como alega, devem ser livres para estruturar e discutir o material que entendam pedagogicamente relevante, pois a liberdade protege a convicção acadêmica. O Ministro realiza distinção entre liberdade acadêmica e liberdade de expressão. Some-se a isso que caberia ao professor observar os padrões mínimos de sua disciplina, preservando o pluralismo de ideias, quando pertinente, e não impondo a sua visão de mundo, trabalhando com os questionamentos e as divergências dos alunos. Conforme: BRASIL. STF. ADI 5537 MC/AL. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 21.03.2017 DJe-056 Divulg. 22.03.2017 Public. 23.03.2017.

<sup>643</sup> Ranieri, Nina. Quem tem medo da liberdade acadêmica? In: **Jornal da USP**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/quem-tem-medo-da-liberdade-academica/> Acesso em: 22 jul. 2019.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizar a conclusão de um trabalho nunca é uma tarefa fácil. O encerramento de um projeto traz, por si só, um misto de satisfação e de preocupação. A satisfação está relacionada com a concretização de uma etapa e a materialização do que foi produzido. A preocupação, de outro lado, diz respeito ao desejo de que o trabalho tenha contribuído para a discussão do tema proposto. Assim, diante dessa composição de pensamentos e sentimentos, opta-se por realizar uma conclusão que tente demonstrar o caminho percorrido e as principais escolhas feitas, reconhecendo-se a sua inevitável dificuldade.

Como explicitado, o objetivo principal do trabalho foi buscar clarear os contornos constitucionais que envolvem a liberdade de ensinar, no que se trata de sua aplicação à educação básica de crianças e adolescentes. A partir desse norte, o desenvolvimento do texto foi dividido em quatro partes. As três primeiras tiveram a finalidade de servir de premissa para a quarta, que discute, fundamentalmente, o tema principal. Portanto, em cada etapa do trabalho, temáticas foram analisadas, na tentativa de se chegar a algumas conclusões, que serviriam de suporte à discussão principal. O caminho trilhado correspondeu ao objeto de estudo escolhido e ao enfoque metodológico adotado.

A primeira parte do texto abordou a teoria dos direitos fundamentais, através do estudo de alguns de seus temas. Reconhece-se, nesse ponto, que essa escolha possui subjetividade. Todavia, cumpre registrar que a escolha levou em consideração a centralidade da temática e a aparência de sua maior proximidade ao objeto do trabalho.

Inicialmente, tratou-se de algumas noções gerais sobre os direitos fundamentais e a sua relação com a dignidade da pessoa humana, que seria o seu fundamento. Em seguida, pareceu necessário o estudo da interpretação dos direitos fundamentais, sendo admitido o posicionamento de que deve ser considerada a relevância da noção de pré-compreensão e do intérprete para a interpretação. Ademais, verificou-se que o real conteúdo de uma norma somente se revela em sua aplicação concreta, sendo considerado o método hermenêutico-concretizador como o mais adequado à tarefa interpretativa. Como decorrência, reconheceu-se que seria atribuição da teoria constitucional a fundamentação da pré-compreensão e, assim, entendeu-se pela grande importância da interpretação constitucional, com seus

princípios próprios, para o auxílio na definição do âmbito de proteção adequado de um direito fundamental, o que diminui a possibilidade de subjetivismos e aumenta a racionalidade e a legitimidade da decisão.

Ainda na dogmática dos direitos fundamentais, foram estudadas teorias que tratam do suporte fático, do âmbito de proteção, das restrições e dos conflitos entre direitos fundamentais e desses com outros bens constitucionais. No tópico correspondente, foram apresentadas as principais teorias e a sua fundamentação para que, à frente, fossem feitas as escolhas sobre as adotadas no trabalho.

Na segunda parte, foi tratada a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. Esse estudo foi necessário para a fixação dos conceitos de criança e adolescente e de sua proteção, de acordo com a Constituição, que lhes confere a qualidade de sujeitos de direito em especial situação de desenvolvimento, atribuindo-lhes uma série de direitos gerais e especiais, além da prioridade absoluta desses direitos.

Na terceira parte foi estudado o direito fundamental à educação. Os pontos do capítulo concernente à educação, que mais auxiliaram no desenrolar do texto, referem-se: à discussão sobre o conceito de educação, que enunciou a riqueza do assunto; às finalidades da educação que, uma vez definidas, serviram de direcionamento para a interpretação de toda a discussão que envolve educação; a compreensão do conceito de educação básica e algumas de suas especificidades; e, por fim, uma breve observação sobre o âmbito de proteção do direito à educação.

A quarta e derradeira parte do texto teve como propósito, munida das informações oriundas das partes anteriores, a discussão da liberdade de ensinar. Já no início do capítulo, foram reforçadas algumas escolhas e tomado posicionamento no sentido da adoção de uma teoria dos direitos fundamentais de suporte fático restrito, somada à teoria externa de restrição dos direitos fundamentais.

No decorrer do capítulo, foi assumida a autonomia e a natureza jurídica da liberdade de ensinar como um direito fundamental fora do catálogo e, assim, a ele devendo ser aplicado o regime jurídico dos demais direitos fundamentais, o que inclui as escolhas anteriormente feitas.

Também foram feitas breves notas sobre os titulares e destinatários do direito à liberdade de ensinar para, em seguida, ingressar-se na discussão do conteúdo da liberdade acadêmica e da liberdade de ensinar. Com relação ao conteúdo, foi determinado que a liberdade acadêmica fosse o gênero e a liberdade de ensinar

uma de suas espécies ou dimensões. Ingressando-se já no conteúdo da liberdade de ensinar, definiu-se uma noção de sala de aula, local onde a relação educacional se desenvolve, que abrangeria o espaço físico ou virtual em que o professor atua como representante institucional e realiza o ato de ensinar. Posteriormente, tratou-se do conteúdo a ser ensinado e sua relação com a noção de conhecimento, bem como a definição de direcionamentos para estabelecer qual o conteúdo lecionado deve ser inserido no âmbito de proteção da liberdade de ensinar. Os direcionamentos definidos referem-se às finalidades da educação e aos conteúdos mínimos.

Encerrada essa etapa, passou-se a se debater sobre os limites à liberdade de ensinar, utilizando-se dos posicionamentos a respeito da restrição de direitos fundamentais e de seus conflitos. As limitações à liberdade de ensinar foram reconhecidas como relacionadas ao conteúdo ou ao método. Esse capítulo foi organizado para analisar as limitações à liberdade de ensinar relacionadas ao conteúdo sob o enfoque da discussão das seguintes críticas e controvérsias à liberdade de ensinar, quais sejam: a delimitação do conteúdo a ser lecionado; a doutrinação; a exposição de comentários controversos que afetem os estudantes; a não apresentação de visões conflitantes; a intolerância dos educadores com certas visões dos alunos; e a introdução de material político-ideológico irrelevante para o assunto. A seguir, foram feitas também observações sobre as limitações ao método.

Analisadas essas críticas e realizadas as demais observações, com a utilização dos estudos de interpretação dos direitos fundamentais e a aplicação, quando necessário, da regra da proporcionalidade, buscou-se trazer alguns delineamentos para a aplicação concreta da liberdade de ensinar.

Com os contornos debatidos, passou-se à discussão de situação prática, através do estudo do PL 867 de 2015, que tem por objetivo incluir entre as diretrizes e bases da educação nacional o “Programa Escola sem Partido”. Essa análise se baseou nos seguintes pontos tratados no projeto: a doutrinação político-ideológica; a liberdade de consciência e de crença; a educação moral e, por fim, os mecanismos de controle trazidos. Como conclusão, verificou-se a existência de várias críticas ao projeto, que parte de noções equivocadas sobre neutralidade no ensino, liberdade de consciência e de crença e educação moral. Todavia, o principal problema do projeto está relacionado aos mecanismos de controle trazidos que, além de serem desproporcionais, acarretariam um grave prejuízo à liberdade de ensino e não resguardariam os interesses de crianças e adolescentes que, em verdade, teriam os

seus direitos educacionais negativamente afetados, além de sua dignidade, em face de supostos direitos de pais e responsáveis, fundados em suas próprias convicções morais e religiosas. Tal situação não encontra guarida na Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 1915. **Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <[http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen\\_Dec\\_Princ.pdf](http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2019.

\_\_\_\_\_. 1940. **Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/1940%20Statement.pdf> Acesso em: 09 out. 2019.

\_\_\_\_\_. 2007. **Freedom in the classroom – reprt**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/ACASO07FreedomClassrmRpt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

\_\_\_\_\_. 2013. **Academic Freedom and Eletronic Communications**. Disponível em: <https://www.aaup.org/file/Academic%20Freedom%20%26%20Electronic%20Communciations.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2017.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da Educação**. São Paulo: Moderna, 2002, p. 51 apud GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito

fundamental à educação. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RDCI 51/53, abr.-jun./2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. MEC. CNE. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2013-pdf/13677-diretrizes-educacao-basica-2013-pdf/file>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**, p. 7. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **PL 867/2015**. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”. Izalci. Apresentação em 23 mar. 2015. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668> Acesso em: 03 nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COMPARATO. Fábio Konder. **Educação, Estado e Poder**. São Paulo: editora brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Fundamento dos Direitos Humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.); ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. A Perspectiva Constitucional Brasileira da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balance e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Mike Luiz Sella da. O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais. In: **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, v. 3, n. 14.2018. (Direitos Humanos: Direitos econômicos, sociais e culturais). Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume14.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume14.aspx). Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. O Exercício da Liberdade de Expressão e o Respeito aos Direitos Humanos: O Caso da Redação do Enem. In: PINTO, Luís Frederico Balsalobre (Coord.). **Direito e Liberdade: Uma incursão no conteúdo jurídico da liberdade em suas diversas dimensões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. **Cidadania: A educação em direitos a emancipação política do homem**. São Paulo. 2016. 205 fl. Dissertação de Mestrado (Faculdade de Direito) – PUC/SP, 2016.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado –** Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A cidadania e sua história.** Artigo escrito para o sítio Direitos Humanos na Internet. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/historia.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia.** São Paulo: Melhoramentos, 1978.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESCOLA SEM PARTIDO. **Programa Escola Sem Partido.** Disponível em:

<<https://www.programaescolasempartido.org/faq>> Acesso em: 10 nov. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade.** 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. 55. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23.

GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RDCI 51/53, abr.-jun./2005.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **Proteção Integral**: Paradigma Multidisciplinar do Direito Pós-Moderno. Porto Alegre: Alcance, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: A contribuição de Hannah Arendt. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005). Acesso em: 15 dez. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: Uma Questão de Justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MONROE, Paul. **História da Educação**. Nova tradução e notas de Idel Becker. 14. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

MUNIZ, Regina Maria F. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana – Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OECD. **Global Competency for an Inclusive World**. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/pisa/aboutpisa/Global-competency-for-an-inclusive-world.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa, Antônio Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIMENTEL, Sílvia. Gênero e Direito. In: PIMENTEL, Sílvia. (Coord.); PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica de (Org.). **Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POST, Robert. **Academic Freedom and the “Intifada Curriculum”**. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository (2003). Faculty Scholarship Series 183. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/183/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/183/)>. Acesso em 10 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Why Bother with Academic Freedom? In: **FIU L. Review**, v. 9, n. 1 (2013), p. 9-11. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=lawreview>. Acesso em: 11 set. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. “La racionalidad de la ponderación”. In CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 51-80 (em inglês, “The Rationality of Balancing”). Disponível em: [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf). Acesso em: 17 jul. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RANIERI, Nina. **Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988**. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. In: **Pro-Posições**, v. 28, n. 2, Campinas mai./ago., 2017. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373072017000200141&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373072017000200141&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 27 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo da liberdade acadêmica? In: **Jornal da USP**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/quem-tem-medo-da-liberdade-academica/> Acesso em: 22 jul. 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. **Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988: Alcance e Limites da Autonomia Docente**. p. 22-23. Disponível em:

[https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr\\_artigo2014liberdadecatedra\\_unifor.pdf](https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014liberdadecatedra_unifor.pdf). Acesso em 24 ago. 2019.

SANTOS. Boaventura de Sousa. **A universidade do século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU**. Disponível em:

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

\_\_\_\_\_; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. O Direito Fundamental à Liberdade Acadêmica – Notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, publicado em 31 ago. 2016, p. 531. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10328/pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana:** Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SAVIANI, Dermeval. Tendências e Correntes da Educação Brasileira. In: MENDES, Durmeval Trigueiro (Coord.). **Filosofia da Educação Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Ver. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. **Educação: Uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

\_\_\_\_\_. Direito à Liberdade de Cátedra. In: SERRANO JR., Vidal (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direitoaliberdadecatedra58edb3c1e83a0.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. **A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018.

UNESCO. **Oficina Regional de Educación de la Unesco para América Latina y el Caribe**. Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación (LLECE). Disponível em: <http://www.unesco.org/new/es/santiago/education/education-assessment-llece>. Acesso em: 04 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Glossário de Terminologia Curricular**, 2013. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223059\\_por/PDF/223059por.pdf.multi](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223059_por/PDF/223059por.pdf.multi) Acesso em: 05 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Recomendação Relativa à Condição Docente.** Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000151538>. Acesso em: 14 nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica:** Teoria e Crítica. São Paulo: Quartier Latin, 2014.