

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**JOSÉ DE CASTRO MEIRA JÚNIOR**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**  
RESTRIÇÕES AO DIREITO DE ENSINO

BRASÍLIA,  
JANEIRO 2017

**JOSÉ DE CASTRO MEIRA JÚNIOR**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**RESTRIÇÕES AO DIREITO DE ENSINO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

BRASÍLIA,  
JANEIRO 2017

**JOSÉ DE CASTRO MEIRA JÚNIOR**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**RESTRIÇÕES AO DIREITO DE ENSINO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília, 23 de janeiro de 2017.

---

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho  
Professor Orientador

---

Prof (a). Dr(a). \_\_\_\_\_  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof (a). Dr(a). \_\_\_\_\_  
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a Renata, companheira de sempre com quem amo compartilhar a vida. Obrigado pelo amor, carinho, dedicação, paciência e pela capacidade de me trazer paz na correria do dia a dia.

Dedico também a Júlia, amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, grande arquiteto do universo e o maior mestre que se pode conhecer.

A meus pais, ela, assistente social com quem aprendi que o amor ao próximo e a caridade são as únicas saídas para a humanidade e ele, magistrado, que me inspirou a seguir carreira jurídica e me ensinou com muita humildade a perseguir os princípios da justiça, da honradez e da ética.

A meus irmãos mais velhos Marcos, André e Rodrigo, todos juristas, meus primeiros amigos, com quem aprendi a dividir, a ter lealdade e pelos constantes ensinamentos absorvidos até hoje.

A meu orientador Ney Bello, desembargador federal cujos votos leio como se fossem aulas, minha admiração principalmente pela sua humildade, amizade e companheirismo.

Às amigas Nanah e Waleska por retirarem inúmeros livros nas bibliotecas de seus respectivos órgãos públicos, sem os quais essa dissertação não seria possível.

Aos amigos do mestrado que levarei para sempre Afonso Belice, Edvaldo Barreto, Hugo Passos, Jacob Carvalho, Raphael Anunciação, Rubens Pereira Júnior e Thiago Bouza do Grupo IDP Leituras pelo alto nível de debates jurídicos e não jurídicos ao longo dos anos dedicados ao curso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 CONCEITO DE LIBERDADE DE CÁTEDRA COMO ESPÉCIE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	10
<b>1.1 Dos Direitos Fundamentais</b> .....	11
1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana como Superprincípio.....	11
1.1.2 Teoria dos Direitos Fundamentais de Ferrajoli.....	16
1.1.3 Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy.....	20
1.1.4 Das Funções e Classificações dos Direitos Fundamentais.....	23
<b>1.2 Plano Teórico da Liberdade de Expressão</b> .....	31
1.2.1 Breve Histórico da Liberdade de Expressão.....	31
1.2.2 Liberdade de Expressão como instrumento para realização da Democracia.....	38
1.2.3 A relação da Liberdade de Expressão com a Liberdade de Comunicação.....	42
1.2.4 Liberdade de Expressão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	47
<b>1.3 Liberdade de Cátedra</b> .....	56
1.3.1 Breve Histórico da Liberdade de Cátedra nas Constituições Brasileiras.....	56
1.3.2 Liberdade de Cátedra como Espécie da Liberdade de Expressão.....	62
1.3.3 Definição da Ideia de Liberdade de Cátedra.....	66
<b>2 A LIBERDADE DE CÁTEDRA E O TRATAMENTO DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL</b> .....	79
<b>2.1 Liberdade de Cátedra como Direito Fundamental</b> .....	79
<b>2.2 Liberdade Acadêmica, Liberdade de Ensinar e Liberdade Extramuros</b> .....	86
<b>2.3 Liberdade de Cátedra na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</b> .....	102
<b>3 RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL AO ENSINO E À CÁTEDRA</b> .....	106
<b>3.1 Restrições aos Direitos Fundamentais</b> .....	106
3.1.1 Limites dos Limites.....	119
3.1.2 Princípio da Proporcionalidade como Limite às Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.....	128
3.1.3 Restrições não Expressamente Autorizadas aos Direitos Fundamentais.....	133
<b>3.2 Restrições ao direito à cátedra</b> .....	137
<b>CONCLUSÃO</b> .....	146
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	149

## RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a análise da liberdade de cátedra e pretende investigar o seguinte problema: em que medida o direito fundamental à liberdade de cátedra sofre restrições em face do texto constitucional de 1988, bem como no contexto brasileiro em geral e quais suas implicações na prática? Existe uma relação necessária envolvendo a liberdade de cátedra com a dignidade da pessoa humana, bem como com a democracia e uma ligação ainda mais estreita com a liberdade de expressão. Tais imbricações denotam que a liberdade de ensinar goza, de maneira prioritária, de proteção jurídico-constitucional e, por isso, possui o patamar de direito autônomo e fundamental, consoante disposto no art. 206, inciso, II da Constituição Federal e, por isso, submete-se ao regime jurídico dos direitos fundamentais contido nos parágrafos do art. 5º. do texto constitucional e desenvolvido no terreno da dogmática dos direitos fundamentais. Em resposta ao problema levanta-se a hipótese de que a liberdade de cátedra pode sofrer restrições e limites no que tange ao conteúdo a ser lecionado e quanto à metodologia aplicada sempre que necessário à preservação do núcleo caracterizador do projeto pedagógico institucional. Deve-se deixar claro, contudo, que não sendo o caso de preservação do projeto pedagógico institucional, limites e restrições à liberdade de cátedra devem ser tolhidos e considerados inconstitucionais, posto que a regra é a liberdade. Para a análise das restrições que seriam legítimas à liberdade de ensino, dividiu-se a dissertação em três capítulos. O primeiro dedica-se a conceituar a liberdade de cátedra como espécie da liberdade de expressão, definindo os direitos fundamentais em geral, passando pela ideia da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão como instrumento para a realização da democracia e sua relação com a liberdade de comunicar. O segundo capítulo traz a liberdade de cátedra e sua tratamento dogmático-constitucional, posicionando tal liberdade como direito fundamental autônomo e definindo as espécies de liberdade de ensino. O terceiro discorre acerca das restrições ao direito fundamental ao ensino e à cátedra.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Liberdade de cátedra. Liberdade de expressão. Restrições.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the freedom of professorship and intends to investigate the following problem: to what extent does the fundamental right to academic freedom suffer from restrictions in relation to the 1988 constitutional text, as well as in the Brazilian context in general, and what are their implications in practice? There is a necessary relationship involving academic freedom with dignity of the human person, as well as with democracy and an even closer connection with freedom of expression. Such imbrications denote that the freedom to teach enjoys, as a priority, legal-constitutional protection and, therefore, it has the level of autonomous and fundamental right, according to the disposed in art. 206, subsection II of the Federal Constitution and, therefore, submits to the legal regime of fundamental rights contained in the paragraphs of art. 5th. of the constitutional text and developed in the field of dogmatic fundamental rights. In response to the problem, the hypothesis arises that the freedom of professors can suffer restrictions and limits regarding the content to be taught and how much to the methodology applied whenever necessary to the preservation of the core characterizing the institutional pedagogical project. It should be made clear, however, that if it is not the case of preservation of the institutional pedagogical project, limits and restrictions on academic freedom should be stopped and considered unconstitutional, since the rule is freedom. In order to analyze the restrictions that would be legitimate to freedom of teaching, the dissertation was divided into three chapters. The first is to define freedom of teaching as a kind of freedom of expression, defining fundamental rights in general, through the idea of the dignity of the human person and freedom of speech as an instrument for the achievement of democracy and its relation to freedom to communicate. The second chapter brings the freedom of teaching and its dogmatic-constitutional treatment, positioning such freedom as an autonomous fundamental right and defining the species of freedom of teaching. The third concerns the restrictions on the fundamental right to education and to the chair.

**Keywords:** Fundamental rights. Academic freedom. Freedom of expression. Restrictions.



## RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo el análisis de la libertad académica y la intención de investigar el siguiente problema: ¿en qué medida el derecho fundamental a la libertad de enseñanza sufre restricciones debido a la Constitución de 1988 y el contexto brasileño, en general, y cuáles son sus implicaciones en la práctica? Hay una relación necesaria que implica la libertad académica con la dignidad de la persona humana, así como la democracia y un vínculo aún más estrecho con la libertad de expresión. Tales superposiciones denotan que la libertad de enseñar goza, de manera prioritaria, la protección legal y constitucional y, por lo tanto, tiene el nivel de derecho autónomo y fundamental, según dispuesto en el art. 206, fracción II de la Constitución Federal y por lo tanto presenta al sistema legal de los derechos fundamentales contenidos en el arte de los párrafos del artículo 5. de la Constitución y desarrollado en el campo de la dogmática de los derechos fundamentales. En respuesta al problema se plantea la hipótesis de que la libertad académica puede ser restringida y limitada en relación con el contenido que se enseña y lo mucho que la metodología aplicada siempre que sea necesario para preservar el núcleo que caracteriza el proyecto pedagógico institucional. Por supuesto se debe permitir, sin embargo, que no es el caso para la preservación del proyecto educativo institucional, límites y restricciones a la libertad académica deberán estar sujetos y consideradas inconstitucionales, ya que la regla es la libertad. Para el análisis de las restricciones que sean legítimo a la libertad de enseñanza, que divide la disertación en tres capítulos. El primer está dedicado a la conceptualización de la libertad académica como una especie de libertad de expresión, la definición de los derechos fundamentales en general, a través de la idea de la dignidad humana y la libertad de expresión como una herramienta para la realización de la democracia y su relación con la libertad de comunicar. El segundo capítulo trae la libertad académica y su tratamiento dogmática y constitucional, el posicionamiento de esa libertad como un derecho fundamental autónomo y la definición de los tipos de libertad de enseñanza. La tercera habla de las restricciones al derecho fundamental a la educación y la silla.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales. Libertad académica. Libertad de expresión. Restricciones.

## INTRODUÇÃO

A educação é um direito social e, portanto, um direito fundamental, proveniente da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma das mais importantes garantias do cidadão, pois, através da educação é que se pode permitir a uma nação se tornar justa, pluralista e igualitária, e, por isso, merecedora de se denominar Estado democrático de direito.

A liberdade de cátedra (por vezes aqui chamada de liberdade de ensino) é um forte elemento para a concretização do princípio da educação. Trata-se de uma espécie de direito fundamental mais abrangente que é a liberdade de expressão.

Para chegarmos à análise do direito à liberdade de expressão, será necessário tecer previamente considerações acerca dos direitos fundamentais, demonstrando a sua proveniência do chamado “superprincípio” da dignidade da pessoa humana, além das teorias dos direitos fundamentais de Ferrajoli e Alexy, bem como as suas funções dada por Canotilho e, finalmente, sua classificação.

Em seguida, importante tecer esclarecimentos sobre a liberdade de expressão como introito para os comentários sobre a liberdade de cátedra já que esta é espécie daquela. Assim, será realizado um apanhado histórico do instituto desde o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia de 1776 até a nossa Constituição cidadã de 1988. Necessário, também, estabelecer as ligações da liberdade de expressão com a democracia e com a liberdade de comunicação, além de ilustrar o estudo com precedentes do Supremo Tribunal Federal com dois dos mais famosos casos no Brasil: aquele que liberou a Marcha da Maconha e o caso Ellwanger.

Assim, delimitado o gênero liberdade de expressão, o texto começará a tecer considerações acerca do tema principal que é a liberdade de cátedra, iniciando pela sua posição histórica no direito brasileiro desde a primeira Constituição do Império até os dias de hoje. Após a conceituação do princípio, passar-se-á, finalmente, a relacioná-lo com a liberdade de expressão, sem deixar de analisar importantes documentos expedidos desde 1915 pela Associação Americana de Professores Universitários (AAUP).

A definição da liberdade de cátedra como direito fundamental restará explicitada no segundo capítulo que trará, outrossim, jurisprudência nacional acerca do tema.

No terceiro capítulo, será realizado estudo sobre as restrições constitucionais dos direitos fundamentais, passando por limites imanentes, o princípio da proporcionalidade como limite aos direitos fundamentais (ponderação) e as restrições não expressamente autorizadas, para, enfim, chegarmos ao cerne do trabalho que é analisar a legitimidade das restrições impostas à liberdade de cátedra, tanto no texto constitucional de 1988, bem como no contexto brasileiro em geral e quais suas implicações na prática, partindo-se da seguinte hipótese: a liberdade de ensinar do professor pode sofrer restrições quanto ao conteúdo e à metodologia desde que seja para preservar o projeto pedagógico institucional.

A metodologia utilizada foi a jurídico-dogmática porquanto se volta à análise de uma categoria a partir da perspectiva jurídica e, por se tratar de tema pouco abordado no Brasil, também existe no trabalho um caráter exploratório que visa ampliar a discussão existente. Houve, assim, pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira nos idiomas inglês e espanhol e, para além da revisão bibliográfica, foi também realizada análise de dados legislativos e de jurisprudência, mormente no Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do presente estudo é trazer à tona a discussão acerca de tema pouco abordado no Brasil e pensar a liberdade de cátedra a partir da experiência constitucional brasileira, tratando de suas especificidades e investigando seus limites.

## **1 CONCEITO DE LIBERDADE DE CÁTEDRA COMO ESPÉCIE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Apesar de se tratar de um direito autônomo, a liberdade de cátedra (ou de ensino) é decorrente de um complexo normativo presente na Constituição de 1988,

cuja norma maior é a democracia, consagrada no artigo 1º., *caput*, da Carta Magna, com arrimo nos fundamentos da cidadania e do pluralismo, alpendres da concepção de Estado Constitucional.

Liberdade de cátedra é espécie da qual a liberdade de expressão é o gênero.

Segundo Dworkin, o grande distintivo da liberdade de cátedra em relação à liberdade de expressão é que esta última não é, como regra, o direito de manifestar algo em um contexto mantido ou sustentado por outros, como ocorre no caso da primeira. Isto, contudo, não teria o condão de dissociá-las, pelo que algumas posições consolidadas a respeito da liberdade de expressão podem ser aplicadas à liberdade de cátedra. Para o citado autor, as duas instituições estão intimamente ligadas de formas diferentes: elas formam partes importantes de um sistema de ideias e instituições que cria uma cultura de responsabilidade intelectual individual e que as protege de se desintegrarem em uma cultura de conformidade intelectual.<sup>1</sup>

Por estarem intimamente conectados e também por sustentar uma justificativa para a liberdade acadêmica, é imprescindível tecer considerações e discorrer acerca dos direitos fundamentais, para, em pós, passar à análise das relações da liberdade de expressão com outras garantias, tais como liberdade de comunicação e democracia, ainda que de maneira sucinta.

## 1.1 Dos Direitos Fundamentais

### 1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana como Superprincípio

A importância dos estudos científicos sobre direitos fundamentais se dá porquanto apresentam-se como direitos que dão conteúdo às questões que sustentam a estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito e, em grande medida, da própria sociedade, conferindo ao cidadão um núcleo material

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. We need a new interpretation of academic freedom. In: MENAND, Louis (Ed). **The future of academic freedom**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996, p. 181-198, p. 185.

mínimo de segurança frente ao poder público, aos particulares e à sociedade como um todo<sup>2</sup>.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos<sup>3</sup>.

Essa característica de normas obrigatórias dos direitos fundamentais – máxime da liberdade de expressão – ocorre a partir da ideia de dignidade da pessoa humana<sup>4 5</sup>, que atua como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais<sup>6</sup>, considerada fundamento da República Federativa do Brasil e classificada com a mesma importância, por exemplo, da soberania nacional, consoante previsto no primeiro artigo da Carta Magna de 1988.

Segundo José Afonso da Silva, foi a Lei Maior da República Federativa da Alemanha a primeira a estabelecer expressamente a dignidade da pessoa humana como direito fundamental<sup>7</sup>, após o Estado nazista ter vulnerado gravemente tal

<sup>2</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 27.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

<sup>4</sup> SARLET conceitua a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

<sup>5</sup> Kant, citado por MAURER explicou que o homem “possui uma dignidade (um valor interno absoluto), (...) que lhe permite comparar-se com cada uma delas (as outras criaturas racionais) e considerar-se em pé de igualdade”. Complementa o pensamento a autora afirmando que “a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. É porque cada homem é dotado da dignidade da pessoa que todos são iguais. Assim, negar a alguém a dignidade significa considerá-lo como inferior e, portanto, não mais como um ser humano”. MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88.

<sup>7</sup> Nos dizeres de HÄBERLE, a dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade da pessoa humana, com tal, é resistente à ponderação, razão pela qual vale uma proibição absoluta de tortura”. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang.

garantia através da prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado, entre outras razões<sup>8</sup>.

A dignidade é atributo intrínseco da pessoa humana<sup>9 10</sup> (mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames<sup>11</sup>, confundindo-se com sua própria natureza), é insubstituível<sup>12</sup>, irrenunciável e inalienável<sup>13</sup>, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado<sup>14</sup>, impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica<sup>15</sup>.

Pressuposto do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é, como tal, considerada “superprincípio” constitucional a inspirar o direito

**Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 128-129.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 89.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 93.

<sup>10</sup> Conforme ensinamento de MORAES, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.” MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

<sup>12</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão - Direito na sociedade da informação:** mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 28.

<sup>13</sup> Para BRANCO, “a inalienabilidade traz uma consequência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir. Os autores que sustentam a tese da inalienabilidade, afirmam que ela resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana – dignidade que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser auto-consciente e livre. Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade”. Continua lecionando que, uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à liberdade, nem todos os direitos fundamentais seriam inalienáveis, mas apenas aqueles que visam resguardar a vida biológica ou que intentem preservar condições normais de saúde física e mental, bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa. Dentre tais direitos, destaca o autor o direito à vida, à saúde e as liberdades pessoais, tais como a liberdade de expressão. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 123/124.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

<sup>15</sup> CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie:** análise crítica proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

internacional e o interno que garante o “mínimo ético irreduzível”, enquanto parâmetro a conferir validade a toda e qualquer norma<sup>16</sup>, sendo, portanto, um valor absoluto que não comporta hierarquia<sup>17 18</sup>.

O valor da dignidade humana, já que se trata de princípio matriz da Constituição, funciona a um só tempo como fundamento da liberdade de expressão e como limite, “uma vez que o exercício deste direito fundamental deve realizar-se, sempre que possível, no respeito pelos demais direitos fundamentais”<sup>19 20</sup>.

Häberle atribui à dignidade da pessoa humana uma “dupla direção protetiva”, pois é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional direcionado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em face da sociedade (ou de seus grupos)<sup>21</sup>.

É importante destacar no presente estudo a íntima ligação existente entre liberdade e dignidade, tendo em vista que aquela e, por conseguinte, o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (bem como dos direitos fundamentais de modo geral), constituem uma das principais exigências da

---

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004, 92.

<sup>17</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**, p. 81.

<sup>18</sup> Numa posição minoritária, FERRIGOLO defende que nenhum valor é absoluto, mesmo valores fundamentais como liberdade e dignidade que, segundo leciona, precisam ser compatibilizados na estrutura social. FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão - Direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005, p. 30.

<sup>19</sup> CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

<sup>20</sup> Tal pensamento é aprofundado na doutrina de SARLET, segundo a qual “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137.

dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>, mas nelas não se limita<sup>23</sup>. Significa dizer que a dignidade repousa na liberdade que o ser humano possui de formatar sua própria existência e ser sujeito de direitos, daí concluir-se que “sem liberdade (negativa ou positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada”<sup>24</sup>.

Essa ideia que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado nos autoriza a concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como base das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais<sup>25</sup>, ou seja, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>26</sup>.

Sarlet defende a ideia de que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, pode-se falar em um direito fundamental de toda pessoa humana ser titular de direitos fundamentais que reconheçam e assegurem sua posição de pessoa, aproximando-se, assim, do chamado princípio da universalidade dos direitos fundamentais, o qual reclama uma interpretação extensiva a fim de se reconhecer tais direitos a todos indistintamente<sup>27</sup>. O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, pode ser considerado como fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nela devem ser interpretados<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.

<sup>23</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 92.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 106-107.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 110.



A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais<sup>29</sup> é que os primeiros guardam relação com uma concepção jusnaturalista dos direitos, enquanto os últimos são relacionados com uma ideia positivista. Deste modo, os direitos humanos acabam sendo conhecidos como direitos fundamentais através de sua positivação, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, “visto que apenas mediante um processo de fundamentalização (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”<sup>30</sup>.

Realizando a mesma distinção, Branco acrescenta o caráter universalista e supranacional da expressão “direitos humanos”, que também é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em tratados e outros documentos de direito internacional, enquanto que a locução “direitos fundamentais” são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois assegurados na medida em que cada Estado os consagra<sup>31</sup>.

### 1.1.2 Teoria dos Direitos Fundamentais de Ferrajoli

Os direitos fundamentais se servem para garantir a dignidade da pessoa humana com proteção do poder estatal à vida, à liberdade, à igualdade.

---

<sup>29</sup> Segundo ensinamento de Carl Schmitt, “os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política”. Defende, ainda, que “são direitos fundamentais somente aqueles que podem valer como anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado reconhece e protege como dados anteriores, traduzindo esferas de liberdade, das quais resultam direitos e, mais precisamente, direitos de defesa”. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 190. *apud* SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**, Proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 125.

Na obra “Os fundamentos dos direitos fundamentais”, Ferrajoli traz quatro questões preliminares para a definição teórica de “direitos fundamentais”, quais sejam: a) que direitos são fundamentais?; b) quais devem ser esses direitos?; c) que direitos, por que razões, através de que procedimentos e com que grau de efetividade são, de fato, garantidos como fundamentais? e, por fim, d) que são os direitos fundamentais?<sup>32</sup>

À primeira pergunta, pode-se dar duas respostas distintas a depender do sentido: “quais são” e “quais devem ser”. Assim, respondendo sob o primeiro aspecto de maneira juspositivista, são direitos fundamentais a liberdade pessoal, a liberdade de expressão, reunião e associação, os direitos à saúde, à educação e à seguridade social. São direitos que garantem o que é necessário para o cumprimento de valores e do princípio da justiça<sup>33</sup>.

O segundo aspecto da primeira pergunta já responde à segunda, pois de tipo axiológico ou jusnaturalista, devem ser considerados direitos fundamentais, por exemplo, o direito à vida, à liberdade de consciência, as outras liberdades civis, os direitos à subsistência e outros direitos similares, a partir dos quais se asseguram a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a paz e outros valores ético-políticos que sejam definidos com precisão como fundamentais<sup>34</sup>.

A resposta à terceira pergunta é dada de maneira empírica, sem referência em normas que possam conferir direitos em um determinado ordenamento, mas com base nos fatos que ocorreram ou têm ocorrido: as lutas sociais e os processos políticos através dos quais tais direitos têm sido conquistados e se tornaram de tutela efetiva que lhes confere o concreto funcionamento do sistema<sup>35</sup>.

Ferrajoli, respondendo ao quarto questionamento proposto, define os direitos fundamentais como “aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 290-291.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 289.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 289.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 291.

personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”<sup>36</sup>. Para ele, são três as características que distinguem os direitos fundamentais dos demais, quais sejam, a forma universal de sua atribuição, seu *status* de regra geral e abstrata e seu caráter de indisponibilidade e inalienabilidade. Após a identificação destas três características, o autor defende que para se tutelar um direito fundamental, faz-se necessário subtraí-lo da disponibilidade política e de mercado, conferindo-lhe enunciação por uma regra geral a fim de ser constitucionalmente concedido igualmente a todos<sup>37</sup>.

Já para demonstrar como o fundamento axiológico de quais devem ser os direitos fundamentais residem nos valores e necessidades vitais que se formaram ao longo da história através de lutas e revoluções promovidas por pessoas excluídas ou oprimidas, Ferrajoli estipula quatro critérios valorativos: igualdade, democracia, convivência pacífica e proteção do mais fraco, considerados direitos juridicamente universais<sup>38</sup>.

Se somos todos iguais perante a lei, na medida em que somos titulares dos mesmos direitos de forma universal (sejam liberdades ou poderes, obrigações ou proibições), resta evidente que estamos diante de um “governo das leis” em detrimento do “governo dos homens”<sup>39</sup>, exigindo, assim, a proteção das diferenças e redução das desigualdades<sup>40</sup>. Assim, Ferrajoli define a igualdade jurídica como “la igual titularidade de situaciones jurídicas – desde los derechos fundamentales a las prohibiciones penales – proveniente de su atribución a la classe de sujetos entre lo que es predicada, en forma de reglas generales y abstractas”<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 291.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 292.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 315-316.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 329-330.

<sup>40</sup> Conforme a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conceito político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 329.

Ao discorrer sobre o segundo critério, a democracia, o autor anuncia que são as constituições democráticas que asseguram a garantia dos direitos e a separação de poderes, segundo a conhecida definição do artigo 16 da Declaração de 1789<sup>42</sup>. Ferrajoli leciona que a democracia constitucional possui dimensões distintas: de um lado a democracia formal – constituída por direitos secundários ou de autonomia, fundados na democracia civil e na política – e de outro lado a democracia substancial – determinada por direitos primários ou substanciais, fundados na democracia liberal e na social<sup>43</sup>.

No que tange à paz como critério axiológico de identificação dos direitos fundamentais, o autor estudado, baseado nas ideias de Thomas Hobbes de justificação do direito e do estado como instrumentos da paz e da tutela da vida, afirma que existe uma relação biunívoca entre a paz e a garantia de todos os direitos fundamentais. Assim, quanto mais amplos e efetivos forem a garantia desses direitos, tanto sólida será a paz social e menos violentos serão os conflitos<sup>44</sup>.

Em oposição à lei do mais forte – lei do estado da natureza –, Ferrajoli defende a proteção do mais fraco como critério para estabelecer o caráter fundamental de uma norma. A tutela do mais fraco assegura a indisponibilidade e inviolabilidade das expectativas vitais estabelecidas como direitos fundamentais, protegendo-as das relações de força, próprias do mercado e da política<sup>45</sup>.

Os quatro critérios retrocitados – igualdade, democracia, paz e proteção do mais fraco – são convergentes e se complementam, haja vista que a paz só existe quando há, em seu grau máximo, a efetividade da igualdade dos direitos fundamentais e, por via de consequência, da democracia, sem os quais haverá o crescimento das desigualdades entre as pessoas.

---

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 339.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 339-340.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 356.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 362.

#### 1.1.4. Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy

Outro constitucionalista digno de nota, Robert Alexy na sua “Teoria dos direitos fundamentais” afirma que a teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã, enquanto teoria do direito de um determinado ordenamento jurídico, é uma teoria dogmática e distingue três dimensões da dogmática jurídica, a saber, a analítica, a empírica e a normativa<sup>46</sup>.

A dimensão analítica “diz respeito à dissecção sistemático-conceitual do direito vigente”, abrangendo a análise desde os conceitos fundamentais (conceito de norma, direito subjetivo, de liberdade, de igualdade, *v.g.*), “passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento)”<sup>47</sup>. Essa dimensão explica as relações decorrentes entre o sujeito e o objeto, dividindo as posições dos direitos subjetivos em direitos a algo e a liberdades ou competências.

Já a dimensão empírica apresenta dois pontos de vista: “primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica”<sup>48</sup>. Nesta dimensão tende-se a estabelecer um prognóstico da práxis judicial, indo além da descrição do direito nas leis, incluindo também a práxis jurisprudencial. Significa dizer que esta dimensão se preocupa tanto com o direito positivado quanto com o direito jurisprudencial a fim de alcançar a efetividade do direito como condição para a validade do direito (legislado ou jurisprudencial).

Na dimensão normativa, a questão central é “a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto”, numa tentativa de conferir uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32-33.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33-34.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

deixadas em aberto pelo direito positivo, numa crítica à práxis jurídica, principalmente à práxis jurisprudencial.

Após a apresentação de sua teoria tridimensional, Alexy fixa traços de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais para uma adequada teoria integrativa (das três dimensões da dogmática jurídica), enfatizando, no entanto, a racionalidade das fundamentações.

O caminho para uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa<sup>49</sup>.

Alexy procura conferir à sua tese um caráter empírico-analítico, cuja ideia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Segundo ele, “clareza analítico-conceitual é uma condição elementar de racionalidade de qualquer ciência. (...) A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>50</sup>.

Em busca do conceito semântico de norma, o autor faz distinção entre esta e enunciado normativo. Segundo ele, uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos ou, ainda, pode ser expressa sem a utilização de qualquer enunciado. Assim, conclui que o conceito de norma é primário em relação ao de enunciado normativo ou, como afirma textualmente, “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo”<sup>51</sup>.

A norma, conforme os ensinamentos de Alexy, para ser compreendida como um dever-ser, deve trazer consigo a ideia de validade e, para tanto, deve possuir a capacidade de se fazer cumprir o dever-ser nela expresso, ou seja, ter a aptidão de fazer valer sua pretensão frente ao Estado.

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42-43.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

Com base nessas premissas, Alexy formula conceito de normas de direitos fundamentais, tomando como base a Constituição alemã, nos seguintes termos:

Normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados. Essa resposta apresenta dois problemas. O primeiro consiste na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição alemã entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não as expressam, já que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais. O segundo problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã<sup>52</sup>.

Para a declaração de validade de uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional, basta a referência à sua positivação, critério que não serve para legitimar as normas atribuídas.

Direitos fundamentais têm certamente também o objetivo de garantir um estado global de liberdade, do qual todos se beneficiem. Nesse sentido, eles têm uma relação com a situação de outros titulares de direitos fundamentais. Seus próprios direitos fundamentais é que devem cumprir esse objetivo. Nesse sentido, há uma diferença fundamental entre normas de competência e direitos fundamentais de terceiros, e essa diferença justifica não examinar direitos fundamentais de terceiros no âmbito do controle de intervenções em direitos fundamentais<sup>53</sup>.

O autor defende que a irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito acarreta em amplas consequências na natureza jurídica, sendo que três delas possuem especial significado.

A primeira é a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário. Segundo afirma “os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”<sup>54</sup>. Assim, por conta da vigência e eficácia das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico possui a natureza de ser substancialmente determinado pela Constituição.

A segunda consequência decorre do tipo de determinação substancial. A natureza principiológica dos direitos fundamentais implica a necessidade de

---

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65-66.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 391-392.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543.

ponderação ou sopesamento para solução de conflitos quando uma norma de direito fundamental colide com outra e, embora este processo seja racional, não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. O autor defende que os princípios “são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, “decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”<sup>55</sup>.

Assim, o sopesamento é um procedimento aberto, e esta abertura conduz a uma abertura do próprio sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, “em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico aberto, independentemente da extensão dessa abertura”<sup>56</sup>.

Finalmente, a terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura. Conforme o autor, conforme adrede mencionado, o sistema jurídico é um sistema aberto, mas isso se dá em face da moral, o que é perceptível no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Segundo defende, “a definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça”. Assim, “quando o Tribunal Constitucional afirma que o legislador constituinte se esforçou ‘em realizar a ideia de justiça na Constituição alemã’, isso diz respeito sobretudo aos princípios de direitos fundamentais”<sup>57</sup>.

Portanto, a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui uma irradiação da ideia de justiça a todos os ramos do direito.

### 1.1.5. Das Funções e Classificações dos Direitos Fundamentais

---

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544.



Na lição de J. J. Gomes Canotilho, são quatro as funções dos direitos fundamentais, quais sejam, de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

A primeira diz respeito à defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante a força coercitiva do Estado, numa dupla função: a de competência negativa perante os poderes público a fim de inibir ingerências na esfera particular do cidadão e, ao mesmo tempo, a de liberdade positiva, no sentido de exercer positivamente direitos fundamentais e exigir do poder público omissões a fim de evitar agressões lesivas às pessoas<sup>58</sup>.

A segunda função é a de prestação social impõe ao Estado o dever de dispor ao particular serviços essenciais, tais como saúde, educação e segurança social, por exemplo<sup>59</sup>.

Já função de proteção perante terceiros exige do Estado medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais por seus titulares de possíveis agressões de outros indivíduos. Por exemplo, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, à associação do indivíduo perante terceiros<sup>60</sup>.

Finalmente, a função de não discriminação é baseada no princípio da igualdade e pretende assegurar que o Estado trate seus cidadãos de forma isonômica (como fundamentalmente iguais) e tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias individuais como aos direitos de participação política e aos direitos dos trabalhadores. É através dessa função que se discute a questão das cotas e ações afirmativas a fim de se diminuir as desigualdades de oportunidades<sup>61</sup>.

Quanto à classificação, a doutrina costuma separar os direitos fundamentais em gerações (ou dimensões).

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

<sup>60</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

<sup>61</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 410.

Os direitos fundamentais de primeira geração são marcados pela liberdade individual como elemento essencial do próprio sistema constitucional. Foi inicialmente pensado na ideia de proteger o cidadão no sentido de não permitir a intervenção do Estado absolutista na esfera da vida privada das pessoas com base no Leviatã de Thomas Hobbes, segundo o qual a liberdade é o pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais<sup>62</sup>, ou seja, proíbem os direitos fundamentais de primeira geração que o Estado impeça a ação do indivíduo (é o aspecto do direito ao não impedimento de ações)<sup>63</sup>.

Tais direitos são também chamados de direitos de defesa<sup>64</sup> por serem oponíveis ao Estado e se encontrarem, em sua maioria, no art. 5º. da Constituição brasileira, por exemplo, liberdade de manifestação do pensamento e artísticas, liberdade de crença e de culto e inviolabilidade da vida privada e da intimidade, entre outras liberdades positivadas.

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração trazem liberdades negativas, os de segunda dimensão identificam um dever de facilitar pretensões de prestação social perante o Estado, passando a igualdade a ser elemento qualificador e essencial da democracia e, acima de tudo, na sua acepção substancial, princípio de superação de obstáculo de ordem econômica, social e cultural<sup>65</sup>. O Estado social aparece com a deterioração do quadro social em razão do crescimento do liberalismo econômico surgido após a Primeira Grande Guerra.

Referido dever de prestação do Estado pode ser de natureza jurídica (no que tange, por exemplo, na emissão de normas jurídicas penais – como aquelas que coíbem práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais ou oprimem o racismo, a tortura e o terrorismo), ou de normas de organização e de procedimento –

---

<sup>62</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 141.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 140.

<sup>65</sup> “Os direitos fundamentais de segunda geração são, pois, os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o Estado assume uma indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material”. SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27-30.

como o acesso à Justiça –, ou material - uma vez que os indivíduos necessitam que o Estado atue normativamente para poderem gozar dos direitos fundamentais<sup>66</sup>.

Os direitos fundamentais de terceira geração focam nas questões de direitos difusos e coletivos. São os direitos da solidariedade ou fraternidade humana que possuem como destinatário toda a coletividade, sua aceção difusa<sup>67</sup>, ou seja, o gênero humano em si mesmo.

Surgiram tais direitos a partir da evolução da sociedade e a crescente complexidade das relações intersubjetivas, decorrente do pluralismo e das contradições da sociedade contemporânea<sup>68</sup>, que, com o passar dos tempos, passou a priorizar a coletividade (sem se destinar diretamente a determinadas pessoas ou grupos de indivíduos) em detrimento do homem-egoísta ou o indivíduo em si mesmo. Ganharam força a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e com a fundação de entidades como a Organização das Nações Unidas em 1945 que possui entre seus principais objetivos garantir os direitos humanos.

Tal evolução é extremamente importante para o progresso da humanidade em especial para o reconhecimento dos direitos humanos em forma da proteção do direito a um meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos e à paz.

Assim, nas palavras de Ferreira Filho “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>69</sup>.

Apesar de serem minoritários, alguns constitucionalistas defendem a existência de direitos fundamentais de quarta e até de quinta gerações.

---

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 144-145.

<sup>67</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

<sup>68</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

<sup>69</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

Paulo Bonavides elenca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo como direitos fundamentais de quarta geração. Afirma que não são direitos substitutivos das demais gerações, uma vez que as dimensões anteriormente mencionadas são arrimo, servindo de base para a “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”<sup>70</sup> da qual depende a “concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”<sup>71</sup>.

O mesmo autor defende a subdivisão dos direitos fundamentais, ainda, em uma quinta geração que seria o direito à paz, direito impetrado na qualidade de direito universal do ser humano<sup>72</sup> e insculpido no art. 4º., VI da Constituição Federal de 1988. E, conforme leciona, “quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana”<sup>73</sup>.

E, exaltando a importância que se deve conferir à paz, impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, conclui que “dantes, a paz tida por direito fundamental nas regiões teóricas; doravante, porém, a paz erguida à categoria de direito positivo. Ontem, um conceito filosófico, hoje, um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições”<sup>74</sup>.

Apesar de ser bastante difundida, a concepção geracional dos direitos fundamentais recebe certas críticas da doutrina.

Primeiramente, quanto à própria nomenclatura “gerações dos direitos fundamentais” haja vista que dá a entender que uma geração substituiria a anterior, conferindo a ideia de sucessão de uma pela outra. Ocorre que os direitos das gerações seguintes não se excluem, mas, ao contrário, se agregam aos já

---

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 572.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

<sup>72</sup> “A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração”. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *In: Direitos fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun., 2008, p. 86.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *In: Direitos fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun., 2008, p. 92.

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *In: Direitos fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun., 2008, p. 93.

existentes, acumulando-se e complementando-se, o que faz com o que os direitos fundamentais sejam cada vez mais amplos<sup>75</sup>.

Uma segunda crítica que é feita à classificação geracional dos direitos fundamentais se dá ao método de classificação da teoria que utiliza unicamente o momento histórico para classificar basilares direitos, ignorando o conteúdo de tais direitos, o que seria muito mais importante. Assim, é possível encontrar direitos sociais entre os direitos fundamentais de primeira geração, assim como localizar direitos negativos entre os direitos sociais<sup>76</sup>.

Alexy realiza uma classificação que parte do conteúdo preponderante dos direitos fundamentais em uma teoria dualista que se divide em direitos de defesa (ou direitos a ações negativas) e direitos prestacionais em sentido amplo.

Ele lembra que, de acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado que são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado ou direitos de defesa<sup>77</sup>.

Tais direitos são divididos em três grupos: a) direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito (direitos ao não-embaraço de ações); b) direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; e c) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito<sup>78</sup>.

Os direitos ao não-embaraço de ações são os direitos do cidadão perante o Estado para que este não obstaculize ou impeça aquele de realizar determinadas

---

<sup>75</sup> “Os direitos fundamentais, então, são entendidos a partir de diferentes dimensões, de acordo com o momento histórico no qual são reconhecidos. À primeira geração corresponde a dimensão negativa dos direitos fundamentais. Num segundo momento histórico, estes direitos ganham a companhia dos direitos de segunda geração, os quais correspondem à dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Num terceiro momento, agregam-se os direitos fundamentais de terceira geração, que se caracterizam pela dimensão difusa”. SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

<sup>76</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433.

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 196.

ações, tais como locomoção, manifestação de crença, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião em uma rua ou a escolha de uma profissão.

Os direitos à não-afetação de características e situações do titular dos direitos reportam à salvaguarda de esferas privadas de intangibilidade pelo poder público<sup>79</sup>, como o direito fundamental de viver e ser saudável e a inviolabilidade de domicílio.

Já os direitos à não eliminação de posições jurídicas são os direitos que impedem o Estado de interferir na configuração jurídica dos direitos do cidadão com o objetivo de eliminá-los. Seria o caso, por exemplo, da eliminação, por meio de lei, da garantia constitucional do instituto jurídico da propriedade, sendo que esta é subjetivada na medida em que existem direitos individuais à não-eliminação de posições abstratas que se relacionem à criação, ao desfazimento e às consequências jurídicas da posição de proprietário<sup>80</sup>.

Em contraponto aos direitos de defesa (de abstenção estatal), existem os direitos que exigem uma ação positiva do Estado que são os direitos à prestação, os quais englobam todo direito a um ato positivo por parte do Estado que se estende desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens. São tais direitos divididos por Alexy em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa.

O direito a uma ação fática se dá, por exemplo, quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades, sendo irrelevante que esses direitos sejam concretizados por meio de alguma forma jurídica. A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do

---

<sup>79</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 200-201.

direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas<sup>81</sup>.

Já os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas, por exemplo, proteção da titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro através de normas penais.

A extensão dos direitos a prestações para além das prestações fáticas se dá por dois motivos. O primeiro consiste no fato de que muitos dos direitos fundamentais sociais (que são direitos prestacionais por excelência) há partes que dependem de prestações fáticas e outras que dizem respeito a prestações normativas, como por exemplo o direito ao meio ambiente, que se dá a partir de um direito de abstenção do Estado de realizar determinadas intervenções (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular de direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática)<sup>82</sup>.

O segundo motivo ocorre porquanto, ao contrário dos direitos a ações negativas, os direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado a persecução de alguns objetivos que suscitam o problema de saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.

Os direitos a prestação em sentido amplo são por sua vez divididos em: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento; e c) direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos a proteção são os direitos do titular do direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros, ou seja, relativas ao dever estatal de estruturar juridicamente as relações privadas, mediante o

---

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 443.

estabelecimento de regramento próprio para diferentes institutos. Não são somente a vida e a saúde que devem ser protegidos, mas tudo o que for digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais, como dignidade, liberdade, família e propriedade. São também várias as possíveis formas de proteção, que pode ser realizada através de normas de direito penal, de responsabilidade civil, de direito processual, ainda por meio de atos administrativos ou ações fáticas<sup>83</sup>.

Os direitos a organização e procedimento são sistemas de princípios e regras para a obtenção de um resultado, ou seja, direitos procedimentais que regulam a forma de tomada de decisões e a prática de condutas que têm por objetivo a interferência nos direitos fundamentais do cidadão, bem como a regulação de instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos fundamentais<sup>84</sup>. As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais. Podem ser citados como exemplo os procedimentos judiciais e os procedimentos administrativos.

Já os direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. São os direitos sociais, tais como direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

## 1.2 Plano Teórico acerca da Liberdade de Expressão

### 1.2.1 Breve histórico sobre a liberdade de expressão

A Inglaterra foi o primeiro país do mundo a levantar a luta pela liberdade de expressão de pensamento e de opinião sem peias, especialmente quando o

---

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450-451.

<sup>84</sup> SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47.



Parlamento inglês, em 1695, decidiu não reiterar o “*Licensing Act*”, o qual estabelecia censura prévia. Segundo Dotti, a Inglaterra dava mais um passo em direção à liberdade de expressão, “com a intervenção de Wilkes, diretor do *North Briton*, que pela primeira vez na história das democracias ocidentais tivera a audácia de reproduzir os debates do Parlamento, criticando os ministros da Coroa e um discurso do próprio Rei George III. Apesar dos protestos violentos do Governo, o direito de crítica acerca dos negócios públicos entrava deste modo para o patrimônio dos órgãos de informação”<sup>85</sup>.

O *Bill of Rights* do Estado da Virgínia de 1776, com nítida inspiração iluminista, já previa que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”<sup>86</sup>.

Porém, o primeiro documento legislativo a acolher expressamente a liberdade de expressão foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, logo após a Revolução Francesa, que trouxe o seguinte em seus artigos 10º. e 11º.<sup>87</sup>:

Artigo 10º. - Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.

Artigo 11º. - A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

A partir daí, ocorre a positivação do instituto na Constituição Francesa de 1791 (que estabelecia “a liberdade para todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar seus pensamentos, sem que os seus escritos possam ser submetidos a censura alguma ou inspeção antes de sua publicação”)<sup>88</sup> e na Carta Magna Americana através da Primeira Emenda naquele mesmo ano (a qual consagrava que

<sup>85</sup> FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 143.

<sup>86</sup> VIRGÍNIA. **Declaração dos Direitos da Virgínia**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em 1 set. 2016.

<sup>87</sup> PARIS. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em 1 set. 2016.

<sup>88</sup> PARIS. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2016.

“o congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”)<sup>89</sup>.

Mais modernamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948 como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, sendo traduzido para 360 línguas, tornando-se o documento mais traduzido do mundo, estabelece em seu artigo 19 que “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.”<sup>90</sup>

Dois anos depois, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma em 04 de novembro de 1950, traz em seu artigo 10<sup>o</sup>. que

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial<sup>91</sup>.

No ano de 1969 foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, devido ao local em que foi assinada, que reza em seu artigo 13: “toda pessoa tem direito à liberdade

---

<sup>89</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Carta de Direitos dos Estados Unidos da América de 1791**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta\\_direitos\\_eua\\_1789.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

<sup>90</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em: 18 jun.2016.

<sup>91</sup> ROMA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 1 set. 2016.

de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”<sup>92</sup>.

Os direitos ali declarados são naturais (por derivarem da própria natureza humana) e, portanto, abstratos, imprescritíveis (por se prenderem à natureza imutável do ser humano), inalienáveis (pois não se pode abrir mão da própria natureza), individuais (porque cada ser humano é um ente perfeito e completo) e universais (por pertencer a todos os homens)<sup>93</sup>.

No Brasil, desde a Constituição do Império<sup>94</sup>, outorgada em 1824, o assunto é tratado de maneira expressa e sem a dependência de censura, tendo continuado nas promulgadas Constituições Republicanas de 1891<sup>95</sup> e de 1934<sup>96</sup> até a Constituição “Polaca” outorgada em 1937 (ditadura do Estado Novo), a qual previa o direito de manifestação de pensamento, porém mediante condições e limites impostos previamente por lei<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 1 set. 2016.

<sup>93</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22-23.

<sup>94</sup> Art. 179. (...) IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. (BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

<sup>95</sup> Art. 72. (...) § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

<sup>96</sup> Art. 113. (...) 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

<sup>97</sup> 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937).** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

Quando da redemocratização do país, foi promulgada a Constituição de 1946, que incluiu novamente a liberdade da manifestação do pensamento independentemente de censura prévia, entretanto, fez ressalva quanto a espetáculos e diversões públicas<sup>98</sup>, tendo sido mantido praticamente o mesmo texto na Carta seguinte outorgada em 1967<sup>99</sup>, após o Golpe de 1964.

Em 1969, após a morte do General Costa e Silva, os militares não permitiram que o vice-presidente Pedro Aleixo assumisse o poder e perpetraram um novo “golpe dentro do golpe”. Decretaram, então, a Emenda Constitucional n. 01<sup>100</sup>, em que foram juntados os Atos Institucionais à Constituição anterior. Tal emenda significou tamanha modificação do texto constitucional que é considerada por muitos como uma nova constituição autônoma e, apesar de ter assegurado a livre manifestação do pensamento tal como a Constituição de 1967, o que se viam na prática eram violações sucessivas à liberdade de imprensa, praticadas principalmente pela Lei de Segurança Nacional e pela Lei de Imprensa.

Após o segundo período de redemocratização, que teve início em 1985, surgiu uma nova consciência jurídica que assegurou o exercício pleno da democracia e da liberdade de expressão. Com o fim do período de ditadura militar e com a abertura política que antecedeu o processo constituinte de 1988, surgiu a concepção de um novo modelo político organizacional chamado de Estado Democrático de Direito.

---

<sup>98</sup> Art.141. § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

<sup>99</sup> Art. 150. (...) § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016).

<sup>100</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

O art. 5º. do atual diploma constitucional brasileiro, a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, a chamada Constituição Cidadã, assegura em seus incisos IV e IX a livre manifestação do pensamento<sup>101</sup>, sendo vedado o anonimato e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença<sup>102</sup>. Tais direitos e garantias são, inclusive, estendidos aos estrangeiros residentes no Brasil, sendo vedada a extradição por crime de opinião (inciso LII)<sup>103</sup>.

A liberdade de expressão, enquanto comunicação social aparece no Capítulo VI da Constituição em que o art. 220<sup>104</sup> denota a razão maior da liberdade de comunicação social, consistente no processo de formação da opinião pública. Uma leitura apressada deste dispositivo poderia levar a crer que ao Estado bastaria o simples dever de abstenção, porém as restrições à informação e à livre manifestação do pensamento podem vir das próprias entidades privadas quando deixam de enviar todas as informações ou lançam notícias incompletas. Por isso que

---

<sup>101</sup> José Afonso da Silva acrescenta, ainda, que também faz parte da liberdade de manifestação do pensamento o direito de tê-lo em segredo, ou seja, o direito de não manifestá-lo, como o de permanecer calado inculcado no inciso LXIII do art. 5o. da CF/88 (LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado). SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 244.

<sup>102</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 31. ed. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>103</sup> Art. 5º. (...):LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 31. ed. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>104</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 31. ed. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014).

o parágrafo 5º. do mesmo dispositivo proíbe o monopólio e o oligopólio nos meios de comunicação<sup>105</sup>.

Existem, ainda, no mesmo artigo 5º., outros direitos fundamentais que são pressupostos para o exercício da liberdade de expressão, quais sejam: as liberdades de consciência, de crença e de convicção política (inciso VIII), a inviolabilidade das comunicações telefônicas e o sigilo de correspondência (inciso XII), a garantia do acesso à informação e do sigilo da fonte (inciso XIV), entre outros.

Tratam-se de direitos fundamentais de aplicação imediata<sup>106</sup>, conforme estipulado no § 1º. do mesmo art. 5º. da CF/88. Ademais, referidos direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusula pétrea, sendo vedada a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los (art. 60, § 4º., IV, CF)<sup>107</sup>.

Tomaremos a opinião de Sarlet de que nosso documento constitucional é bastante pródigo quando se fala de diversidade semântica, pois utiliza vários termos diferentes para tratar de direitos fundamentais, por exemplo, direitos humanos (art. 4º., inc. II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º., par. 1º.), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º., inc. LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, par. 4º., inc. IV). Para o autor:

há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo –

<sup>105</sup> “De acordo com a Constituição Federal de 1988, assim, a função da liberdade de expressão não é apenas assegurar um âmbito de liberdade moral para a livre expressão do pensamento, ideologia ou religião, mas também criar uma sociedade efetivamente pluralista, onde seja respeitado o igual direito de efetiva participação política de todos os membros da comunidade no sistema de construção de direitos. É a garantia constitucional de que o cidadão brasileiro, nos discursos realizados nos principais fóruns de discussão da democracia contemporânea, tem um papel maior do que o de mero espectador” SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

<sup>106</sup> “Se no momento da promulgação da nova ordem constitucional era tolerável uma interpretação restritiva de alguns preceitos, até mesmo de sua aplicabilidade, hoje, ante um pretendido autêntico Estado Democrático de Direito, deve ser extraído de tais preceitos o máximo de sua efetividade”. GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

<sup>107</sup> Art. 60. (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 31. ed. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014).

de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V)<sup>108</sup>.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil tornou-se também signatário da Declaração de Chapultepec<sup>109</sup> que é uma carta de princípios que foi assinada por diversos chefes de estado, juristas, entidades e cidadãos comuns de países latino americanos, inclusive do Brasil, na Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão realizada em cidade de mesmo nome no México no ano de 1994 e traz os seguintes princípios:

I - Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II - Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.<sup>110</sup>

Diante da ligeira evolução da liberdade de expressão acima demonstrada, verifica-se que se está diante de um direito subjetivo fundamental, assegurado a todos os cidadãos, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias, opiniões através de palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações<sup>111</sup>.

### 1.2.2 Liberdade de Expressão como instrumento para realização da Democracia

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 28.

<sup>109</sup> O então presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração no ano de 1996 e seu sucessor, Luís Inácio Lula da Silva, renovou o compromisso em 2006.

<sup>110</sup> CONFERÊNCIA HEMISFÉRICA SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Declaração de Chapultepec**. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/declaracao-de-chapultepec-2>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>111</sup> FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 145.

O Estado Democrático é pluralístico e incentiva uma variedade de opiniões e de expressões, tendo o cidadão o direito de manifestar e de discordar dentro da legalidade. A força do Estado Democrático repousa na livre troca de ideias, em que os homens são livres para pensar, para expressar suas opiniões, para dirigir suas vidas como cidadãos independentes, apenas limitados pelo sentimento de responsabilidade para com os seus concidadãos. A função do Estado não consiste impor ponto de vista ao indivíduo, mas em criar condições que lhe permita desenvolver seus próprios raciocínios<sup>112</sup>.

Segundo Silva, democracia é conceito histórico.

Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. (...) Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo e em proveito do povo<sup>113</sup>.

Assim, a democracia é mais do que mero conceito político abstrato, é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana em que também vai se configurando a própria noção de povo.

Antes de tecer comentários quanto à liberdade de expressão como instrumento para a realização da democracia, faz-se necessário discorrer sobre as duas concepções que disputam a noção adequada de democracia, quais sejam, a concepção majoritária ou tênue e a concepção material, coparticipativa ou densa<sup>114</sup>.

A primeira concepção exige apenas o cumprimento de dois requisitos:

a) A escolha dos líderes políticos por meio da realização de eleições periódicas razoavelmente frequentes, que permitam aos cidadãos de um país votar em um candidato e ter o voto contabilizado de forma igualitária com o voto dos outros cidadãos.

---

<sup>112</sup> GONÇALVES, Viviane; DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **Liberdade de ensinar do docente no ensino superior**. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/sociedade/cultura/13-07-2006/11952-ensino-0/#>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

<sup>114</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32-46.



b) A elaboração de leis políticas por uma assembleia de cidadãos ou por representantes eleitos na forma do item “a”, por meio de discussões, procedimentos majoritários e/ou da maioria qualificada para assuntos específicos<sup>115</sup>.

Esta concepção é fundada no formalismo e sustenta-se unicamente na vontade da maioria, mas não sem que antes seja garantido o direito do cidadão de ser informado sem censura de discursos, ainda que reprovados pelo Estado. Aqui, a liberdade de expressão é tida como essencial para o debate aberto e para a efetivação do processo de autodeterminação coletiva.

Já a democracia material exige mais condições para se legitimar as decisões coletivas do governo da maioria, como, por exemplo, a igualdade de condições entre os participantes do processo político. É a democracia coparticipativa que explica as cláusulas constitucionais de proteção das minorias e os direitos individuais em face da maioria.

Nesta democracia devem ser atendidos, conforme Dworkin, ao menos quatro requisitos em que a liberdade de expressão é extremamente relevante, quais sejam: soberania popular, sufrágio universal, igualdade entre os participantes e discurso democrático<sup>116</sup>.

A liberdade de expressão é essencial à soberania popular na medida em que é através dela que o povo goza de poder supremo, impedindo que as autoridades censurem discursos, críticas ou notícias que lhes sejam desfavoráveis.

Em ambas as concepções da democracia se exige sufrágio universal, porém na concepção material os cidadãos devem ser iguais como participantes do processo político, no sentido de ter as mesmas oportunidades de defender suas convicções e também de serem as pessoas expostas a diferentes perspectivas, através do discurso livre.

Outro requisito para a democracia material ou coparticipativa é a igualdade entre os participantes, que possui duas correntes diversas.

---

<sup>115</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 511.

A primeira compreende que a liberdade de expressão, como instrumento de autogoverno, deve significar a participação da população no processo político antes de o Governo tomar decisões específicas. Assim, requer que o Estado seja impedido de excluir pessoas ou ideias do processo discursivo (o que retiraria a legitimidade das decisões governamentais) e de dar prioridade a certos valores ou pontos de vista (o que impede a própria existência do processo democrático).

A segunda corrente sobre a igualdade entre os participantes na democracia coparticipativa defende que o Estado deve abolir certos tipos de discurso com o fim de proteger a própria democracia, como o discurso de incitação ao ódio contra certos grupos ou etnias, já anteriormente comentado, pelo motivo de diminuir a autoestima das vítimas, fazendo com que diminua a participação dessas pessoas nos debates públicos. Foi esta, inclusive, a opção do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso *Ellwanger* que será comentado no próximo tópico.

Por fim, o último requisito para a democracia coparticipativa é o discurso democrático, em que se defende a liberdade não apenas como livre escolha, mas na possibilidade de o indivíduo ter suas próprias crenças e preferências formadas a partir de condições apropriadas, após ser exposto por quantidade de informações suficientes para a formação de sua convicção, enfatizando o papel do debate público. Segundo Dworkin, somente desta maneira os cidadãos que perderem nas urnas ou em determinado tema aceitarão a decisão, não apenas por terem sido numericamente derrotados, mas por terem tido a oportunidade de convencer os demais concidadãos e futuramente serão mantidas as regras do jogo<sup>117</sup>.

José Afonso da Silva faz uma crítica àqueles que classificam como pressupostos da democracia a educação, a cultura, o desenvolvimento, que envolva melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo que se considera como direitos sociais. Para o autor, a tese inverte o problema uma vez que a realização desses chamados “pressupostos” deve ser garantida pelo regime democrático. Por

---

<sup>117</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 512.

isso, ele os classifica como objetivos e não pressupostos da democracia, pois “só numa democracia pode o povo exigí-los e alcançá-los”<sup>118</sup>.

### 1.2.3 A relação da Liberdade de Expressão com a Liberdade de Comunicação

Liberdade de expressão é um gênero que abarca diversas espécies de direitos fundamentais, tais como liberdade de consciência e expressão religiosa, de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica, de comunicação e de informação<sup>119</sup>.

Doutrina e jurisprudência distinguem os conceitos de liberdade de expressão e liberdade de comunicação, sendo objeto da primeira “a expressão de pensamentos, ideias e opiniões, conceito amplo dentro do qual devem incluir-se também as crenças e juízos de valor”, enquanto que a outra abarcaria o direito de “comunicar e receber livremente informação sobre fatos, ou talvez mais restringidamente, sobre fatos que se pode considerar noticiáveis”<sup>120</sup>.

A comunicação é a expressão de um direito fundamental reconhecido à pessoa humana, corolário da liberdade de pensamento. Princípio essencial que inspirou as grandes revoluções do final do século XVIII, especialmente na França e na América.

A liberdade de expressão das ideias é a necessidade de comunicar com outros, extrapolando dessa forma à liberdade de informação, podendo ser exercida através de múltiplos meios como a palavra, o som, a escrita e a imagem<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

<sup>119</sup> “Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.)”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

<sup>120</sup> TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *In*: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 271 *apud* FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 146.

<sup>121</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão - Direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005, p. 191.

Verifica-se a importância desta separação para aumentar o âmbito da proteção e delimitar os limites e responsabilidades provenientes do exercício dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, considera que o âmbito de proteção da liberdade de expressão seria mais amplo em relação à liberdade de comunicação, pois esta estaria sujeita ao limite interno da veracidade, uma vez que os fatos (que devem ser o objeto da liberdade de comunicação) são suscetíveis de prova da verdade, ao contrário da base da liberdade de expressão que são as opiniões e os juízos de valor, que, devido a sua natureza eminentemente abstrata, não podem ser submetidos a comprovação<sup>122</sup>.

O citado “limite interno da veracidade” ao qual se sujeita a liberdade de comunicação refere-se à verdade subjetiva, que exige do comunicador dever de investigação da veracidade dos fatos para se alcançar a idoneidade da notícia. É claro que não se exige uma verdade objetiva, pois se estaria pressupondo a existência de uma verdade absoluta e esta, sabe-se, é desconhecida dos mortais. O que se exige é a responsabilidade do sujeito, uma diligência quanto aos fatos e apreço pela verdade<sup>123</sup>.

Com a evolução dos conceitos de liberdade de expressão e de comunicação, pode-se dizer que a proteção ao direito constitucional de informação abrange tanto o de fornecer livremente a notícia quanto o de receber a informação correta, ou seja, o público também possui o direito de estar suficiente e corretamente informado, o que contribui para a formação de uma opinião pública pluralista.

Assim, conclui-se que o dever de informar e o direito de ser informado não são apenas restritos ao profissional de comunicação, mas diz respeito a todos os indivíduos, uma vez que integra a condição de cidadania e faz parte dos direitos à dignidade da pessoa humana e do rol dos direitos humanos os quais tem, como já

---

<sup>122</sup> FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 146-147.

<sup>123</sup> FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 148.

dito anteriormente, preferência nas relações que o Brasil desenvolve com outros países<sup>124</sup>.

E é justamente por ser decisiva para a orientação da opinião pública pluralista que a liberdade de expressão e comunicação é tida como direito fundamental *prima facie*, ou seja, goza de uma posição privilegiada de proteção, apesar de, como os demais direitos fundamentais, também não ser absoluto.

É limitada pelos direitos à personalidade, à honra e à intimidade, à vida privada e à imagem, sempre respeitado o princípio da proporcionalidade na análise de cada caso concreto, sendo imprescindível ao Poder Público limitador justificar a necessidade de intervenção e efetivar a restrição somente por meio de lei<sup>125</sup>.

A liberdade de expressão se serve, outrossim, para a prática da democracia, pois a pressão popular exercida sobre os dirigentes através da imprensa livre, dos direitos de crítica, do protesto e do voto direito, secreto e periódico dão aos cidadãos a oportunidade de chamarem atenção para necessidades gerais e exigir do governante políticas públicas apropriadas<sup>126</sup>.

Sobre a fundamentação da liberdade de expressão, existem teorias que devem ser analisadas para o presente estudo, tais como a liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual, como instrumento para a busca da verdade e como instrumento para a realização da democracia.

Quanto à liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual, surge do pensamento que a compreende como bem humano primordial, um instrumento da garantia da autonomia discursiva do indivíduo, como dimensão de sua liberdade e dignidade pessoal, devendo ser protegida independentemente dos benefícios ou danos que possa causar.

---

<sup>124</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão - Direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 198.

<sup>125</sup> Os eventuais danos causados a terceiros pelo exercício da manifestação do pensamento são ônus que devem ser suportados pelo indivíduo, daí porque a Constituição veda em seu anonimato (art. 5º., IV). Às pessoas cujas situações jurídicas são atingidas, socorre o direito fundamental individual de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º., V), que é uma garantia de eficácia do direito à privacidade. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 245.

<sup>126</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-20.

É dever do Estado se abster em relação ao exercício do direito à expressão livre e não restringir o discurso do emissor, seja quem for o autor da mensagem.

Sankiewicz defende que uma teoria sobre liberdade de expressão fundada exclusivamente na autonomia individual é incompleta porquanto, na sua opinião, por exemplo, não consegue explicar por que quem produz o discurso deve ter prioridade em relação aos seus destinatários, lembrando que o fato de ter nascido como uma típica garantia liberal nunca impediu algum tipo de limitação à liberdade de expressão como forma de proteção a outros valores. Por seu turno, uma doutrina sobre liberdade de expressão baseada exclusivamente pela teoria liberal pode acabar produzindo um efeito silenciador na medida em que grupos hegemônicos podem abafar a voz das minorias, o que distorce o processo de formação da opinião pública e impede que os indivíduos tenham a mesma chance de influenciar seus concidadãos<sup>127</sup>.

Já no que tange à fundamentação da liberdade de expressão como instrumento para a busca da verdade, é importante utilizar a teoria do mercado de ideias em que agentes privados comunicar-se-iam uns com os outros livremente, sem qualquer interferência estatal. Ainda que o mercado tenha suas falhas, elas são preferíveis à intervenção do Estado, cuja atuação sempre tenderia a desfavorecer as ideias que fossem prejudiciais aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias<sup>128</sup>.

Assim, a teoria do mercado de ideias não entende a liberdade de expressão como algo valioso em si mesmo, mas como um instrumento para a busca da verdade ou a obtenção da melhor decisão possível. Com base nessa teoria, Stuart Mill apresenta três situações distintas: (a) se a ideia impopular contém a verdade e é silenciada, a sociedade perde a oportunidade de trocar o equívoco pela ideia correta; (b) se ambas as opiniões possuem apenas parte da verdade, o debate aberto garante a melhor maneira de se descobrir o que é verdadeiro em cada uma delas; e (c) ainda que a opinião popular seja completamente falsa, silenciá-la fará

---

<sup>127</sup> SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24-25.

<sup>128</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 17, p. 391-434, jul. 2015, p. 395.

com que a opinião verdadeira prevaleça como uma espécie de dogma e não por seus próprios méritos<sup>129</sup>.

A crítica que se faz à teoria do mercado de ideias é que ela parte do (falso) pressuposto de que existe uma verdade prévia, pronta para ser descoberta, quando se sabe que não há verdade objetiva. Outro equívoco desta teoria seria acreditar que o diálogo resolverá todos os conflitos, eliminando todas as divergências, porém a verdade é produto da criação e do consenso humanos: as pessoas tendem a adotar opiniões que favoreçam seus interesses pessoais e mantêm seus entendimentos mesmo quando confrontados com fortes argumentos.

Por isso que se defende a parcial reformulação desta teoria, admitindo-se, em determinados casos, a atuação do Estado para corrigir as falhas existentes no mercado de ideias. Por exemplo, quando se fala em discurso do ódio (que é o discurso agressivo e incitador ao ódio para com determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais e religiosos que tende, necessariamente, a diminuir a dignidade das pessoas, sua autoestima, resultando, às vezes, na impossibilidade de eles virem a participar de determinadas atividades e até mesmo do debate público)<sup>130</sup>, verifica-se que há falhas no mercado de ideias, merecedoras de regulamentação estatal, pois o chamado *hate speech* implica no desprezo de grupos minoritários, diminuindo, assim, o número total de informações produzidas. Além do mais, a divulgação de tais ideias opressoras em nada contribuem para aumentar o nosso entendimento sobre o mundo, não fomentando o debate<sup>131</sup>. Exige-se, porém, a possibilidade de confronto entre os méritos e não entre as origens das diversas formas de pensamento e opinião<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> MILL, Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 67 *apud* SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26-27.

<sup>130</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 98.

<sup>131</sup> “Nessa perspectiva, acredita-se que a melhor forma de lidar com o *hate speech* é proibindo-o. Para fundamentar tal assertiva, é imprescindível termos em mente a existência de um Estado Democrático de Direito no qual a produção de uma identidade constitucional inclusiva e aberta ocorre levando-se em conta a tensão entre facticidade e validade, garantindo as autonomias públicas e privadas, aberto a concepções ético-políticas e culturais diversas, sobre o pano de fundo de uma cultura política pluralista”. POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio**. Brasília: Consulex, 2012, p. 22-23.

<sup>132</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

Assim, pode-se concluir que a teoria do mercado de ideias não pode ser aplicada atualmente em sua integralidade devido a essas falhas acima apontadas<sup>133</sup>.

#### 1.2.4 Liberdade de Expressão na jurisprudência do STF

A questão da liberdade de expressão já foi por diversas vezes discutida nos tribunais pátrios e tomaremos alguns exemplos a fim de ilustrar como se dá o enfrentamento da matéria no Judiciário.

No conhecido caso da liberação da chamada “Marcha da Maconha”, o Ministério Público Federal – através da então Procuradora-Geral da República em exercício Débora Duprat – ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>134</sup> com o fim de que fosse conferido ao art. 287 do Código Penal<sup>135</sup> interpretação conforme a Constituição Federal “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”. Levantou como fundamentação que o citado dispositivo penal estava “gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º., incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º., inciso XVI, CF)”.

---

<sup>133</sup> Em sentido contrário, em defesa tese minoritária da integral aplicação da teoria do mercado de ideias, Meyer-Pflug reconhece ser difícil a tarefa de identificar até que ponto o Estado deve garantir ao indivíduo o direito de manifestar ideias contrárias ao próprio Estado democrático de direito. Para ela, a democracia impõe o respeito à pluralidade de ideias e opiniões e, partindo da ideia de que “nada é sagrado”, defende que todo indivíduo tem o direito de expressar qualquer opinião ou ideia, independentemente de seu conteúdo, em uma sociedade livre e democrática. Conforme a citada autora, “assegurar o direito de opiniões adversas, como o discurso do ódio, é um preço que se deve pagar para preservar o tão valioso valor da democracia. O direito de expressar todas as ideias tem por fundamento justamente o repúdio a qualquer forma de intolerância ou violação da dignidade humana. Deste modo, a proibição pura e simples do discurso do ódio, no Brasil, afronta os valores da democracia e do pluralismo e prejudica, sobremaneira, a formação livre e aberta do debate público”. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 226-227.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>135</sup> Apologia de crime ou criminoso. Art. 287. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.



Foi protocolada no mesmo dia Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>136</sup> contra o parágrafo 2º. do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos)<sup>137</sup>, alegando praticamente os mesmos fundamentos acima transcritos.

Tais ações foram necessárias à época tendo em vista a existência de interpretações dos citados dispositivos legais no Judiciário que proibiam atos públicos em favor da legalização das drogas, sob o argumento de que a defesa dessa ideia induziria ou instigaria o uso indevido de droga. Ou seja, para alguns juízes, a realização de reunião pública, pacífica e sem armas, ainda que com prévio aviso à autoridade competente, tão somente pelo fato de defender a legalização das drogas caracterizariam o ilícito penal.

O Pleno do STF decidiu, em junho de 2011, à unanimidade, julgar procedente a ação de descumprimento de preceito fundamental nos exatos termos do pedido formulado pelo Ministério Público Federal.

O relator Ministro Celso de Mello abriu tópico em seu longo voto para destacar a liberdade de manifestação de pensamento como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos, nos termos que seguem:

**Tenho sempre enfatizado**, *nesta Corte*, Senhor Presidente, que **nada** se revela *mais* nocivo e *mais* perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, *mesmo* que se objective, **com apoio** nesse direito fundamental, **expor** ideias **ou formular** propostas **que a maioria** da coletividade repudie, **pois**, *nesse tema*, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, *sempre* livre, *permanentemente* livre, *essencialmente* livre. (...)

**Ninguém desconhece** que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento.

**Não custa insistir**, *neste ponto*, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade** extrema a quaisquer práticas estatais

---

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 23.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>137</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

**tendentes** a restringir **ou** a reprimir o **legítimo** exercício da liberdade de expressão **e** de comunicação de ideias e de pensamento.

**Essa repulsa constitucional** bem traduziu o **compromisso** da Assembleia Nacional Constituinte **de dar expansão** às liberdades do pensamento. Estas são **expressivas** prerrogativas constitucionais **cujo integral e efetivo** respeito, pelo Estado, **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado. (...)

**A liberdade de expressão** representa, *dentro desse contexto*, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal *“a priori”*, as suas convicções, **expondo** as suas ideias **e fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias, *ainda que impopulares, contrárias* ao pensamento dominante **ou representativas** de concepções *peculiares* a grupos minoritários. (...)

A Constituição, **ao subtrair da interferência do Poder Público** o processo de comunicação **e** de livre expressão das ideias, **ainda** que estas sejam rejeitadas por grupos majoritários, *mostrou-se atenta à grave advertência* de que o Estado **não pode dispor** de poder algum *sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos* de sua manifestação. (...)

**Essa garantia básica** da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa**, *em seu próprio e essencial significado*, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque *“o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental”* **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), **“o mais precioso privilégio dos cidadãos...”** (**“Crença na Constituição”**, p. 63, 1970, Forense)<sup>138</sup> (todos os grifos constam do original).

No mesmo julgamento, em didático voto, o Ministro Marco Aurélio Mello dividiu o tema em três argumentos centrais, quais sejam: a) a liberdade de expressão como condição essencial à democracia e ao pluralismo; b) a liberdade de expressão como atributo da autonomia individual e a vedação à censura; e c) a liberdade de expressão à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade do artigo 287 do Código Penal.

Quanto ao primeiro aspecto, destacou a dignidade da pessoa humana como alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

democrático – “genuíno pilar do Estado Democrático de Direito”<sup>139</sup>. A ideia de participação pública, segundo o ministro Marco Aurélio Mello, é o cerne do que se entende por governo democrático, cujo veículo básico para seu exercício é a prerrogativa de emitir opiniões livremente.

Ao argumento de que “não há mais como recorrer a verdades apriorísticas”, o ministro Mello defende a abertura dos espaços comunicativos e a possibilidade de participação geral através do diálogo livre e destemido, a exposição de argumentos e a crítica pública em um ambiente pluralista que garantirá a densidade democrática<sup>140</sup>.

Em defesa da liberdade de expressão fundamentada na autonomia individual do ser humano (enquanto componente da dignidade da pessoa humana), o ministro argumenta que o direito à liberdade de expressão está diretamente ligado ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo por meio de opiniões e pensamentos próprios, merecendo ser protegido de toda e qualquer ingerência estatal arbitrária<sup>141</sup>.

E quanto à vedação à censura, ressaltou no seu voto que “o princípio da liberdade de expressão repudia a instauração de órgãos censórios pelo poder público e a adoção de políticas discriminatórias contra determinados pontos de vistas (...). A possibilidade de questionar políticas públicas ou leis consideradas injustas é essencial à sobrevivência e ao aperfeiçoamento da democracia”<sup>142</sup>.

Por fim, em sua última linha argumentativa, o Ministro Marco Aurélio Mello, ao invocar o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San

---

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>140</sup> PIOVESAN, Flávia. Liberdade de Expressão: o histórico voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 187/DF *in* **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência**. São Paulo: Migalhas, 2015, v. 1, p. 95-104, p. 99.

<sup>141</sup> PIOVESAN, Flávia. Liberdade de Expressão: o histórico voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 187/DF *in* **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência**. São Paulo: Migalhas, 2015, v. 1, p. 95-104, p. 99-100.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

José da Costa Rica já mencionado no início do presente trabalho), opinou que teria ocorrido a derrogação do artigo 287 do Código Penal (apologia de crime ou criminoso), não podendo ser a emissão de opinião considerada crime, somente sendo legítimos os crimes de opinião quando relacionados ao ódio nacional, racial ou religioso, bem como toda propaganda em favor da guerra.

Sustenta, assim, que “a liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão”<sup>143</sup>.

Em novembro de 2011, poucos meses após o julgamento da ADPF 187/DF, o Supremo Tribunal Federal, corroborando o entendimento anterior, decidiu, também à unanimidade, julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 “para dar ao § 2º. do artigo 33 da Lei no 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas”, tudo nos termos do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, conforme ementa abaixo:

EMENTA: ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUITAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”.

1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal.

2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente).

---

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes.

4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV).

5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.<sup>144</sup>

É impossível no Brasil falar sobre liberdade de expressão nos tribunais sem mencionar o julgamento do HC no. 82.424/RS, conhecido como “o caso Ellwanger”, apreciado pela Suprema Corte em 17.09.2003, por representar um marco histórico na jurisprudência daquele Tribunal, tanto por sua repercussão na mídia como pelo ineditismo do julgamento, pois, pela primeira vez, o STF julgaria um caso de conflito de direitos fundamentais envolvendo liberdade de expressão e discurso do ódio.

O escritor e sócio de uma editora de livros Sigfried Ellwanger Castan foi acusado pela prática de crime de racismo contra o povo judeu por causa do teor de sua obra “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”. Embora o autor tenha buscado qualificar-se como historiador revisionista, acredita-se tratar-se de obra com conteúdo anti-semita.

O *habeas corpus* em exame foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria de votos<sup>145</sup>, não acolheu os argumentos da defesa do escritor que, em apertada síntese, alegou que os judeus não constituíam uma raça humana e, portanto, a ofensa não constituía crime de racismo, mas apenas preconceito ou discriminação tipificados na Lei 7.716/89 com redação dada pela Lei 8.081/90, que não estariam acolhidos pela imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII da Constituição Federal.

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 23.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>145</sup> Apenas o Ministro Edson Vidigal concedeu a ordem.

Para o Ministro Moreira Alves, o termo “racismo” deveria ser interpretado estritamente, uma vez que não abarcaria toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, bem como a imprescritibilidade não alcançaria sequer aqueles delitos considerados hediondos. Para chegar a esta conclusão, o ministro Moreira Alves lançou mão de elemento histórico, consistente nos debates parlamentares quando da elaboração do dispositivo constitucional em julgamento, que chegaram a conclusão que “passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime”<sup>146</sup>. Com isso, o voto do Ministro Moreira Alves foi pela extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

O voto divergente do ministro Maurício Corrêa foi no sentido de que a exegese do termo “racismo” não pode se limitar isoladamente no significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Para ele, “deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos”<sup>147</sup>. Assim, com a amplitude conferida ao termo “racismo”, entendendo reprovável qualquer comportamento que decorra da convicção de existência de hierarquia entre os grupos humanos, o ministro Maurício Corrêa indeferiu o *habeas corpus*.

Interessante apontar, agora, votos de dois ministros que invocaram o mesmo princípio da proporcionalidade, porém chegando a conclusões distintas.

---

<sup>146</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

<sup>147</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

O ministro Gilmar Mendes, após tecer considerações acerca do conceito de racismo (anotando que se trata de uma tentativa de afirmar a superioridade de uma raça em relação às demais), concluiu pelo caráter racista do anti-semitismo. Assim, explicou que no caso concreto havia uma verdadeira colisão de princípios e que tal deveria ser resolvida perante o preceito da proporcionalidade para se descobrir qual medida de liberdade de expressão é permitida sem que ocorra prejuízo da dignidade humana e do regime democrático.

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos.<sup>148</sup>

Por fim, o ministro Gilmar Mendes entendeu que seria a punição adequada e necessária a fim de salvaguardar uma sociedade pluralista em que reine a tolerância, ante a inexistência de outra medida menos gravosa e igualmente eficaz.

Invocando o mesmo princípio da proporcionalidade diante da colisão de princípios apresentada<sup>149</sup>, o ministro Marco Aurélio, por seu turno, concedeu a ordem. Isso porque, conforme sustentou o julgador, apesar de o livro do paciente possuir clara ideia preconceituosa, não se poderia proibir a divulgação dessa ideia. Para ele, a condenação não seria adequada haja vista que sua transmissão de ideias não teria, necessariamente, o condão de influenciar na discriminação aos judeus; não haveria necessidade porquanto, não existindo outro meio menos gravoso, melhor seria não aplicar a restrição de liberdade ao paciente; e, da mesma

---

<sup>148</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

<sup>149</sup> “Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.).

maneira, não seria proporcional, pois seria meio bastante gravoso para se obter resultado que não se saberia se iria ser alcançado.

Já o ministro Celso de Mello entendeu que não houve, no caso, colisão de direitos porquanto há “norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação - que constitui um dos núcleos do tipo penal – reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo”<sup>150</sup>.

Portanto, para o ministro Celso de Mello, o direito a liberdade de expressão não é absoluto, devendo ser compatibilizado com a dignidade da pessoa humana. Tais limites são encontrados na própria Constituição Federal de 1988, assim, o racista não pode utilizar a liberdade de expressão para menosprezar pessoas e diminuí-las através de seu discurso.

Verificam-se, pois, pensamentos diversos acerca da liberdade de expressão. Enquanto o ministro Moreira Alves entende que o termo “racismo” deve ser interpretado de maneira estrita por compreender que não abarcaria todas as formas de preconceito, o ministro Maurício Corrêa amplia o seu sentido e defende que “a previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação a racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”. Já os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, ainda que tivessem invocado o mesmo princípio da proporcionalidade, alcançaram conclusões diametralmente opostas quando da utilização da técnica de ponderação.

A posição dominante na Suprema Corte, após a ampla discussão acima explicitada, fixou-se no sentido de que a liberdade de expressão, num juízo de

---

<sup>150</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.



ponderação, deveria ceder em face da dignidade da pessoa humana, o que importou na condenação do paciente pelo crime de racismo.

### 1.3 Liberdade de Cátedra

#### 1.3.1 Breve Histórico da Liberdade de Cátedra nas Constituições Brasileiras

Como visto, liberdade e igualdade formam os elementos essenciais da dignidade da pessoa humana, princípio alçado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º. da Constituição Federal de 1988. Assim, impossível negar a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito<sup>151</sup>.

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana, como condição necessária ao seu pleno desenvolvimento, pois sem proteção às liberdades, todos os demais direitos perdem a razão de ser<sup>152</sup>.

Vale realizar aqui um apanhado histórico acerca da introdução da liberdade de ensino no nosso ordenamento jurídico, tal qual efetuado no capítulo anterior em relação à liberdade de expressão.

Tem-se que as primeiras Constituições brasileiras – a imperial de 1824 e a republicana de 1891 – silenciaram em relação à liberdade acadêmica de maneira específica. Ambos textos constitucionais limitaram-se a defender o direito geral de liberdade. Entretanto, tal omissão pode ser justificada pela ausência de instituições

---

<sup>151</sup> POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio**. Brasília: Consulex, 2012, p. 22-23.

<sup>152</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 27-28.

de ensino superior no Brasil até o ano de 1920 quando foi oficialmente fundada a primeira universidade brasileira, no Rio de Janeiro<sup>153</sup>.

Mas sob a égide da Constituição republicana de 1891 que foi promulgado o Decreto n. 19.851 de 1931, o chamado Estatuto das Universidades Brasileiras<sup>154</sup> que trata, entre outros assuntos, da administração universitária e da organização didática. Nesse contexto, os professores catedráticos eram selecionados com base em “elementos seguros de apreciação do mérito científico da capacidade didática dos predicados morais do profissional” (art. 49). Aprovado no concurso, o professor catedrático permanecia dez anos no cargo (art. 58), ao final dos quais seria submetido a concurso de títulos, caso desejasse permanecer na cátedra (parágrafo único). A partir daí, o professor gozaria de vitaliciedade e inamovibilidade, somente perdidos por abandono do cargo ou por sentença judicial (art. 59). Importante anotar, ainda, que o art. 61 determinava que cabia ao professor catedrático “promover e estimular pesquisas, que concorram para o progresso das ciências e para o desenvolvimento cultural da Nação”, elucidando a essencialidade do catedrático no futuro do país.

Nesse diapasão e em decorrência do citado estatuto, o próximo texto constitucional – a Constituição de 1934<sup>155</sup> – logrou trazer, além da defesa ao direito da liberdade em geral e da livre manifestação do pensamento e de exercício de qualquer profissão, também estabeleceu a competência da União para fixar o plano nacional de educação (art. 150, “a”), o qual deverá obedecer a “liberdade de ensino em todos os graus e ramos” (parágrafo único, “c”). Ademais, fez-se incluir expressamente, pela primeira vez na história, em seu art. 155 uma frase singela, porém bastante significativa, qual seja, “é garantida a liberdade de cátedra”.

---

<sup>153</sup> Vale dizer que, no início do século passado, alguns Estados como Paraná, São Paulo e Amazonas criaram universidades, porém foram logo descontinuadas. OLIVEN, Arabela Campos. **Histórico da educação superior no Brasil**. Disponível em: <[http://naipedigital.com/fid/images/docencia/moduloIII/Apostila\\_1\\_Alunos.pdf](http://naipedigital.com/fid/images/docencia/moduloIII/Apostila_1_Alunos.pdf)> Acesso em: 1 set. 2016.

<sup>154</sup> BRASIL. **Decreto n. 19.851/1931. Estatuto das Universidades Brasileiras**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19851.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19851.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

<sup>155</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

Foi no advento da Constituição de 1934 que comeram a surgir as ideias referentes aos sistemas de ensino e da criação de uma Lei de Diretrizes para a Educação Nacional.

Apesar de ter trazido como novidade a liberdade de ensino à iniciativa privada (art. 128), sem eximir do Estado a sua responsabilidade com a educação, Constituição “Polaca” de 1937<sup>156</sup> suprimiu do texto constitucional o termo “liberdade de cátedra” previsto de maneira literal no anterior sistema.

A Constituição de 1946<sup>157</sup> explicitou no seu art. 166 que a educação é direito de todos e deve “inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana” e, no art. 168, VII afirma, a exemplo da Carta anterior, que “é garantida a liberdade de cátedra”. Ademais, no art. 170, indicou que “a União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios”.

Esses dois pontos foram importantes para a instituição da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei 40.245 de 1961.

Após o golpe militar de 1964, os atos institucionais baixados suspenderam as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade<sup>158</sup> (art. 7º. do AI 1), direitos políticos (art. 16 do AI n. 2 e art. 5º. do AI n. 5) com a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política (art. 16, III do AI 2 e art. 5º., III do AI n. 5) e a aplicação de medidas de segurança contra o descumprimento da ordem, tais como liberdade vigiada (art. 16, IV, “a” do AI 2 e art. 5º., IV, “a” do AI n. 5).

Com a posterior Constituição de 1967<sup>159</sup>, retomou-se ao pensamento de que educação é direito de todos, devendo seguir “nos ideais de liberdade e de solidariedade humana” e, novamente, foi garantida a liberdade de cátedra no art. 168, § 3º., VI.

---

<sup>156</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

<sup>157</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

<sup>158</sup> Isso afetava diretamente a garantia conquistada no art. 59 do Estatuto das Universidades Brasileiras.

<sup>159</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

Aparentemente, a nova Constituição não se distanciou da anterior de 1946, mantendo-se sem alterações substanciais, os mesmos direitos e garantias individuais. Entretanto, conforme assinalado por Horta, houve uma alteração que causou profunda repercussão na concepção liberal dos direitos fundamentais: a introdução da noção de abuso dos direitos individuais e dos direitos políticos, inspirando-se na Lei Fundamental da Alemanha. A figura do abuso, segundo o autor, relaciona-se, entre outros direitos fundamentais, com a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação, além do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão<sup>160</sup>.

A configuração do abuso, como se vê, é de natureza complexa. Não basta a crítica descomedida, fruto, muitas vezes, da intemperança verbal e do passionalismo político. Não é suficiente a bravata da *canina facundia*, da “eloquência ladrante”, da “descompostura sem raciocínio”, formas apopléticas do discurso político, às quais se referiu RUY BARBOSA, em página candente. É necessária a pesquisa de finalidade do abuso e da existência nele de atentado que ponha em risco a ordem democrática, ou a evidência da prática degradante da corrupção. (...) A noção de abuso de direito individual, na forma prevista na Constituição de 1967, reclama a elaboração de cláusula jurisprudencial, como a do “clear and present danger” que a Suprema Corte norte-americana criou e vem aplicando aos casos concretos, para apurar se os fatos e as provas evidenciam a existência do *perigo evidente e atual*, de forma a determinar ou não o emprego da legislação repressora de situações perigosas às instituições democráticas<sup>161</sup>.

No ano seguinte à Constituição de 1967, foi promulgada a Lei n. 5.540/68<sup>162</sup> a qual fixava “normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média” e trazia logo em seu artigo primeiro que o ensino superior tem por objetivo a pesquisa, o desenvolvimento das ciências, letras e artes e formação de profissionais de nível universitário.

Segundo Martins, a chamada “Reforma de 1968” modernizou parte significativa das universidades federais, bem como foram criadas condições propícias para que determinadas instituições passassem a articular as atividades de ensino e de pesquisa que até então – salvo raras exceções – estavam relativamente desconectadas. Além disso, aboliram-se as cátedra vitalícias e introduziu-se o

---

<sup>160</sup> HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista de Informação Legislativa**. a. 20, n. 79, p. 147-164, jul./set. 1983, p. 161.

<sup>161</sup> HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista de Informação Legislativa**. a. 20, n. 79, p. 147-164, jul./set. 1983, p. 162.

<sup>162</sup> BRASIL. Lei n. 5.540, de 28 de novembro de 1968. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5540.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

regime departamental<sup>163</sup>, institucionalizou-se a carreira acadêmica, a legislação pertinente acoplou o ingresso e a progressão docente à titulação acadêmica através de uma política nacional de pós-graduação<sup>164</sup>.

Não se pode olvidar, contudo, que tal Reforma se deu no âmbito do regime militar, sendo as propostas de modernização e expansão do ensino combinadas com estrita vigilância dos docentes, tanto que o Decreto n. 477/69 impôs severas punições aos estudantes, professores ou funcionários que desenvolvessem atividades consideradas hostis ao regime militar, inclusive com a criação, de uma divisão de segurança e informação para fiscalizar as atividades políticas de professores e estudantes nas instituições. Houve, igualmente, aposentadorias compulsórias de professores considerados nocivos ao regime militar em várias universidades públicas<sup>165</sup>.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 1 de 1969<sup>166</sup> (considerada por muitos uma nova Constituição devido à substancial alteração por ela perpetrada), a expressão “liberdade de cátedra” foi abolida do texto constitucional, sendo incluída como um dos princípios e normas a serem adotados pela legislação de ensino a “liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154”. Referido art. 154 diz respeito à suspensão de direitos pelo “abuso de direito individual ou político, com propósito de subversão do regime democrático (!) ou de corrupção”. Já seu art. 179

---

<sup>163</sup> Tal substituição foi importante para se evitar o chamado pelo grupo de trabalho da Reforma Universitária de “enfeudamento do saber”, pois, segundo Lobo Neto “a abolição da cátedra é garantia indispensável para o estabelecimento daquela carreira aberta em todos os seus níveis, (...) pois só essa medida criará as condições para que qualquer docente, na exclusiva dependência de seus méritos e da qualidade de seu trabalho, possa chegar ao topo da carreira universitária. (...) Em lugar da cátedra, ter-se-á, como já está prescrito em lei para as instituições federais, o departamento, organismo muito mais amplo e plástico, que programará, solidariamente, as atribuições de ensino e pesquisa dos docentes, representando um passo decisivo para o progresso e aperfeiçoamento das nossas instituições universitárias”. LOBO NETO, Francisco José da Silveira. Reforma do ensino superior – 1968. **Revista Trabalho Necessário**, a. 6, n. 7, 2008. Disponível em: <<http://www.uff.br/trabalhonecessario/images/TN07%20LOBO%20NETO,%20F.J.S.pdf>>. Acesso em 1 set. 2016.

<sup>164</sup> MARTINS, Carlos Alberto. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. In **Revista Educação & Sociologia**. Campinas, v. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009, p. 16.

<sup>165</sup> MARTINS, Carlos Alberto. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. In **Revista Educação & Sociologia**. Campinas, v. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009, p. 19.

<sup>166</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.

dispunha acerca da liberdade das ciências, das letras e das artes, “ressalvado o disposto no parágrafo 8º. do artigo 153”, o qual previa censura prévia quanto a diversões e espetáculos públicos, não sendo toleradas “propagandas de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

Após o fim do regime militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade de cátedra adquiriu novamente importância constitucional, apesar de não gozar de previsão expressa, pois se encontra implicitamente dentro dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre os princípios orientadores do ensino e da liberdade de transmissão e recepção do conhecimento.

De maneira inovadora, foi destinada uma seção somente à educação, dentro do Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto.

O artigo 206, II da Carta Magna<sup>167</sup> traz, de maneira diversa dos documentos constitucionais anteriores, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber como um princípio da educação. Interpretando em conjunto com o inciso III do mesmo dispositivo constitucional, o qual institui como princípio o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, verifica-se que somente é possível concretizar a liberdade de aprender e ensinar se conjugadas com o pluralismo ideológico.

Com base em seu art. 22, XXIV, segundo o qual compete à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, foi promulgada em a Lei 9.394/96 (LDB)<sup>168</sup>, a qual reproduz em seu art. 3º., II o texto integral do art. 206, II da CF/88,

---

<sup>167</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá 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, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>168</sup> BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Publicado no Diário Oficial da União

acrescentando a liberdade de divulgar a cultura. A lei acrescenta, ainda, que a educação deve ser inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana e tem por finalidade o desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 2º.), além do respeito à liberdade e apreço à tolerância (art. 3º., IV).

Realizado este breve assentamento histórico, verifica-se que a temática abordada evoluiu de acordo com as ideologias e valores de cada época, sendo que a partir da CF/88, a liberdade de cátedra corresponde a uma garantia da liberdade de ensino e deve ser compreendida com outros princípios e normas constitucionais.

### 1.3.2 Liberdade de cátedra como espécie da liberdade de expressão

Segundo a filosofia, o uso da razão é o que caracteriza a distinção entre os seres humanos e os demais animais. É o único capaz de refletir e emitir juízos de valor, dominar e modificar a natureza através de suas conquistas técnico-científicas, bem como elaborar conceitos e ideias.

Para tanto, extremamente necessário que a manifestação dessa racionalidade seja livre o suficiente para se permitir a produção intelectual, assim como se instaurar um processo de ensino-aprendizagem que poderá ser difundido pelos mais diversos meios de comunicação<sup>169</sup>.

É direito de todos se comunicar e manifestar seu pensamento, inclusive pela imprensa, radiodifusão, livros, conferencias, entre outros. A Constituição Federal de 1988 optou por inserir, em relação ao magistério, a liberdade de cátedra como uma norma de *status* independente no Brasil.

---

em 21 de dezembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>169</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 220.

Diferentemente de outros países igualmente democráticos, a Carta Magna distingue a liberdade de ensino de outras garantias, como a liberdade de expressão, quando põe como um dos princípios do ensino a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), dentro de uma visão pluralista de ideias, de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, III).

Esse destaque à liberdade de ensino realizado pelo texto constitucional é visto como reconhecimento de liberdade de uma classe de especialistas na comunicação do conhecimento que são os professores. A norma se dirige a qualquer um que exerça a função de magistério, a professores de qualquer grau e abrange, outrossim, a liberdade de aprender e a liberdade de pesquisar (modos de aquisição do conhecimento)<sup>170</sup>.

Na visão de Silva, o enunciado abrange duas dimensões do conhecimento: a subjetiva e a objetiva. Nesta, encontra-se a “liberdade do professor de escolher o objeto relativo do ensino a transmitir”<sup>171</sup>, sempre condicionada aos currículos escolares, aos programas oficiais de ensino e ao cumprimento das normas gerais de educação nacional, bem como autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público (essas duas últimas condições estão inseridas no art. 209 da CF/88). A dimensão subjetiva se dá em relação aos sujeitos do conhecimento envolvendo a liberdade de “transmitir o conhecimento, que cabe ao professor, e o direito de receber o conhecimento ou de buscá-lo, que cabe a alunos e pesquisadores”<sup>172</sup>.

Sobre a distinção do direito brasileiro em relação à liberdade de cátedra escreveu DINIZ:

A liberdade de cátedra deve ser compreendida em harmonia com outros princípios e normas constitucionais, mas sua enunciação independente traz particularidades para o debate brasileiro. Ela é um direito específico que protege pesquisadores, professores e estudantes no exercício de suas atividades acadêmicas, ou seja, é uma norma voltada para um grupo particular de pessoas e de atividades, cujo cerne é a produção e a distribuição do conhecimento científico. Em termos mais abrangentes, a

---

<sup>170</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.

<sup>172</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.



liberdade de cátedra é um dos instrumentos que promove a educação como um bem público<sup>173</sup>.

Tal diferenciação entre liberdade acadêmica e liberdade de expressão nos é dada, outrossim, por Smend:

La libertad de la expresión de opiniones es un verdadero derecho fundamental de libertad; existe sin consideración a si se hace de ella un buen o un mal uso. La libertad de ciencia, en especial como libertad académica, es la garantía de una parte privilegiada, y reconocida como importante, de la vida espiritual; existe por virtude del valor, por lo menos pretendido, de la expresión privilegiada; tiene carácter institucional<sup>174</sup>.

Já Rodrigues entende que a liberdade de ensinar e a liberdade de opinião diferem principalmente no que tange aos seus limites, pois, segundo leciona, a liberdade de ensinar tem seus próprios contornos e contextos, decorrente do fato de ser uma liberdade vinculada a um direito fundamental ao qual serve de instrumento o direito à educação. Já a liberdade de opinião, assim como a liberdade de consciência, são liberdades mais amplas e praticamente irrestritas<sup>175</sup>.

Para Dworkin, o grande distintivo da liberdade de cátedra em relação à liberdade de expressão é que esta última não é, como regra, o direito de manifestar algo em um contexto mantido ou sustentado por outros, como ocorre no caso da primeira. Outra diferença para o autor é que a liberdade de expressão pode ser exercida diretamente contra o Estado, diferentemente da liberdade de cátedra e, por fim, a liberdade de expressão é o direito de não ser impedido de dizer algo, e não o direito de ser apoiado ao dizer algo por aqueles que pensam diferente, enquanto que a liberdade de cátedra exige apoio de certas instituições, independente do que dizem, escrevem ou ensinam. Na visão de Dworkin, a liberdade acadêmica é mais forte do que o direito mais geral de liberdade de expressão. Isto, contudo, não possui o condão de dissociá-las, pelo que algumas posições consolidadas a respeito

---

<sup>173</sup> DINIZ, Débora. Quando a verdade é posta em dúvida: liberdade de cátedra e universidades confessionais. *In*: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 71-104, p. 73.

<sup>174</sup> SMEND, Rudolf. **Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 43.

<sup>175</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 219.

da liberdade de expressão podem ser aplicadas à liberdade de cátedra<sup>176</sup>.

Além do reconhecimento no plano internacional da controvérsia como centro da investigação acadêmica livre, no ordenamento jurídico brasileiro, não parece ser outro o propósito do artigo 206, III da CF, reproduzido no artigo 3º, III da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9.394/96)<sup>177</sup>, que consagra o pluralismo de ideias como um princípio do ensino no Brasil. Nesse contexto, não sendo a sociedade um todo monolítico, há que dizer que a liberdade de ensino, uma vez efetivada, leva ao pluralismo escolar.

Tem-se defendido a doutrina norte-americana que considera a liberdade de expressão como um direito de posição preferencial *prima facie* em relação aos demais direitos fundamentais, tendo sido acolhida por diversas cortes constitucionais do mundo como o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a *House of Lords* da Inglaterra, o Tribunal Constitucional da Espanha, a Corte Constitucional da Itália<sup>178</sup>.

No Brasil, a liberdade de expressão foi tomada como direito fundamental *a priori* por ocasião do julgamento no Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 em que se discutiu a constitucionalidade da chamada “marcha da maconha”, conforme já explicitado no presente trabalho. Afirmou a Suprema Corte naquela ocasião que “a liberdade de expressão existe para proteger manifestações que incomodam agentes públicos e privados”<sup>179</sup>, devendo-se avaliar severamente (*strict scrutiny*) restrições a esse

---

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. We need a new interpretation of academic freedom. In: MENAND, Louis (Ed). **The future of academic freedom**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996, p. 184.

<sup>177</sup> Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade; X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais; XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

<sup>178</sup> CHEQUER, C. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 331.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02.02.2015.

direito. E ainda que “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, que é tonificada quando exercitada gregariamente, conjuntamente, porque a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de direitos rigorosamente individuais, mas de direitos que são direitos coletivamente experimentados”<sup>180</sup>.

Como decorrência da liberdade de expressão, por conclusão lógica, a liberdade de cátedra também merece posição de destaque no direito constitucional como um direito fundamental *prima facie*. Apoiar e defender a liberdade de cátedra supõe, porém, defender a possibilidade de expressão de ideias e teses com as quais não concordamos.

Assim, tomando por base a liberdade de expressão, cabe ao professor exercer sua profissão e ministrar seu curso com a liberdade de crítica, de conteúdo, de forma e de técnica que lhe pareçam mais corretos, sem a possibilidade de censura, sendo certo que não há ciência oficial nem método didático oficial, pois cada professor é dono da maneira como desempenha a sua missão<sup>181</sup>.

Entretanto, a liberdade de cátedra não pode ser utilizada como mero instrumento de divulgação de opiniões religiosas, políticas ou ideológicas dos professores dissociados da matéria a ser ensinada. A liberdade de opinião de qualquer cidadão deve ser defendida sempre, porém o espaço acadêmico não é o mais adequado para o docente expressá-la.

### 1.3.3 Definição da ideia de liberdade de cátedra

Liberdade de cátedra, segundo Rodrigues, é a denominação mais tradicional que se confere à liberdade de ensinar enquanto liberdade docente. Ressalta o autor que, em regra, se refere especificamente à liberdade do professor em sua atividade

---

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02.02.2015.

<sup>181</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.

de ensino<sup>182</sup>.

Segundo Moraes, “a liberdade de cátedra é um direito do professor que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade de fixação do currículo escolar pelo órgão competente”<sup>183</sup>. Ela permite que os docentes expressem, com relação à matéria ensinada, seus próprios pontos de vista acadêmicos, sem contudo, admitir que sejam omitidas informações em sentido diverso<sup>184</sup>.

Balaguer Callejón assim definiu a ideia de liberdade de cátedra:

La libertad de cátedra [art. 20.1.c) CE] es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones, pero restringiendo a las personas que ejercen a función docente, en cualquiera de los niveles del sistema educativo. Se define, por tanto, como la facultad que tiene el docente de expresar las ideas o convicciones que assume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza (STC 217/92, FJ 2).<sup>185</sup>

Trata-se de direito fundamental autônomo decorrente de um complexo normativo presente na Constituição de 1988, cuja norma maior é a democracia, consagrada no artigo 1º., *caput*, da CF, com arrimo nos fundamentos da cidadania e do pluralismo, alpendres da concepção de Estado Constitucional.

A fim de debater o problema da liberdade de cátedra e como reação político-ideológica às afrontas à liberdade docente, a AAUP (American Association of University Professors) constituiu em 1915 um comitê de quinze professores. Com pouco tempo de formação, o grupo, focado na proteção da liberdade enquanto direito subjetivo dos professores, recebeu diversas denúncias de infrações contra a

<sup>182</sup> “A enunciação independente do termo liberdade de cátedra pode gerar uma ideia equivocada sobre seu alcance. A liberdade de cátedra (no sentido de liberdade de ensinar atribuída aos membros do corpo docente) deve ser vista como uma garantia do professor de expressar livremente seus pontos de vista acadêmicos (de forma fundamentada) sobre os conteúdos sob sua responsabilidade (não lhe sendo permitido, entretanto, sonegar aos alunos o acesso aos demais pontos de vista); não deve, em sentido oposto, ser vista como a plena liberdade no direcionamento das disciplinas e conteúdos sob sua responsabilidade” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 219). Guardamos a análise sobre as limitações à liberdade de cátedra para capítulo própria mais adiante.

<sup>183</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 869.

<sup>184</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 226.

<sup>185</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.); CÁMARA VILLAR, Gregorio; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; MONTILLA MARTOS, José Antonio. **Introducción al derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2014.p. 460.

liberdade acadêmica. Além de numerosos, esses casos abrangiam diferentes situações, tais como demissões de professores individualmente, de grupos de professores e, inclusive, de um reitor de universidade.

Diante de tantos fatos que atentavam contra a liberdade acadêmica, a Comissão dos Quinze, como ficou conhecida, entendeu que seria de sua responsabilidade considerar o problema como um todo e, portanto, formulou a *Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure*<sup>186</sup>.

Para aquela instituição, a preservação de uma medida adequada da liberdade acadêmica nas universidades americanas requeria uma compreensão clara dos princípios que incidem sobre o assunto, bem como a adoção pelas universidades de acordos e regulamentos que poderiam impedir de maneira eficaz qualquer violação da liberdade.

Apesar de não ser um documento juridicamente vinculante, inúmeras universidades americanas adotam seus termos como norte a ser seguido<sup>187</sup>.

A declaração é dividida em duas partes. A primeira contém uma declaração geral de princípios relacionados com a liberdade acadêmica, enquanto que a segunda apresenta um conjunto de propostas concretas, cuja adoção é considerada necessária, a fim de colocar as regras e procedimentos das universidades americanas, em relação a estas matérias, com uma base satisfatória.

O referido relatório elenca três tipos de liberdade acadêmica, quais sejam, a liberdade de investigação e de pesquisa, a liberdade de ensino dentro da universidade ou faculdade; e a liberdade de expressão extramuros, ou seja, fora da universidade ou faculdade<sup>188</sup>.

Apesar da importância e da interlocução entre estes três tipos de liberdade acadêmica, a declaração em análise preferiu ter como assunto principal a liberdade de ensino dentro das universidades, assumindo que o que é dito nelas é também aplicável à liberdade de expressão dos professores universitários fora das suas instituições, sujeitas a certas qualificações e considerações.

Conforme a AAUP, uma discussão adequada da liberdade acadêmica deve necessariamente considerar três questões: (1) o escopo e a base do poder exercido

---

<sup>186</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>187</sup> BARENDT, Eric. **Academic freedom and the law: a comparative study**. Oxford: Hart, 2010 (e-book).

<sup>188</sup> Os três tipos de liberdade acadêmica serão detalhados mais adiante no segundo capítulo.

por organismos com competência legal máxima em assuntos acadêmicos (nos EUA, conselhos de curadores, o que seria equiparado no Brasil às reitorias ou diretorias das universidades e faculdades); (2) a natureza da vocação acadêmica; e (3) as funções da universidade.

Quanto ao primeiro aspecto, é necessário explicar previamente que nos Estados Unidos existem instituições de ensino – ainda que raras – que são patrocinadas, através de doações, para o fim de propagação de doutrinas específicas, por exemplo, uma entidade religiosa, a qual vai controlar o conselho de tutores daquela universidade. Nesses casos, a ideia não é fazer avançar o conhecimento pela pesquisa irrestrita e discussão de certos temas de maneira imparcial, mas subsidiar a promoção da opinião daquelas pessoas que sustentam a instituição de ensino.

Apesar de não expressar opinião sobre a conveniência da existência de tais instituições, a AAUP declara não ser possível que tais universidades falseiem a verdade, mas assume que rigor na investigação e liberdade de expressão não são compatíveis com esse tipo de estabelecimento.

Excluindo esse tipo (raro) de universidade, nas demais instituições de ensino (sejam públicas ou privadas) os curadores não possuem o direito moral de se ligar à opinião de um professor ou quem quer que seja, pois, uma vez que são abertos ao público, devem servir ao público e não à propaganda de uma ideia<sup>189</sup>.

Assim, pretendem-se instituições não partidárias que reconheçam a distinção entre propriedade privada e confiança pública para a realização da liberdade acadêmica nas instituições americanas de ensino.

Quanto à questão da vocação acadêmica, a AAUP defende que, se a educação é a pedra angular da estrutura da sociedade e se o progresso científico é essencial para a civilização, deve ser da natureza da profissão de docente universitário a defesa de sua dignidade e independência, para executar de forma

---

<sup>189</sup> Esse é o caso da Universidade Brigham Young, uma instituição mórmon que é considerada a maior universidade privada os Estados Unidos que, segundo Nussbaum, mostra-se como uma universidade muito disposta a restringir o estudo e a pesquisa em nome do credo religioso. “Uma atitude de antiintelectualismo modela cada vez mais o desenvolvimento da instituição. Esse estado das coisas, ao invés de promover uma instituição religiosa forte e distinta, ameaça sufocar seu espírito acadêmico e, portanto, põe em risco seu *status* de instituição de educação superior”. NUSSBAUM, Martha. Sócrates na universidade religiosa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 21-70, p. 27.

honestas e de acordo com sua própria consciência a função distintiva e importante que a natureza da profissão coloca sobre o professor.

O cumprimento adequado do trabalho do docente exige que as universidades devam ser tão livres que ninguém deve encontrar qualquer argumento para suspeitar que as declarações de professores universitários são moldadas e não provenientes de profissionais estudiosos, de pessoas totalmente imparciais.

Por isso que a AAUP afirma que os professores não são empregados como outros. O ensino universitário possui interesse público, portanto o professor merece lugar de destaque, com independência e dignidade asseguradas. Apesar de serem contratados e remunerados para ensinar, os reitores ou mesmo donos das universidades não possuem competência nem direito moral de intervir, pois a responsabilidade primordial do professor universitário é para o público em geral<sup>190</sup>.

Segundo a AAUP, são três as funções da universidade, quais sejam: (a) promover a investigação e a soma do conhecimento humano (que dependem de liberdade completa e ilimitada para prosseguir na pesquisa e publicar seus resultados); (b) fornecer instrução geral para os estudantes (não pode haver suspeita por parte do aluno de que o professor não está se expressando de maneira franca, sob pena de se perder a confiança no docente); e (c) desenvolver especialistas para vários ramos do serviço público (reconhecendo-se, diante da complexidade econômica, social e política da vida moderna, a dificuldade de resolver problemas técnicos sem conhecimento técnico)<sup>191</sup>.

Assim, resta claro que a universidade não pode desempenhar a sua tríplice função sem aceitar e aplicar em toda a extensão do princípio da liberdade acadêmica. A universidade possui responsabilidade em relação à comunidade em geral e quaisquer restrições à liberdade do professor influirão de maneira negativa sobre a eficiência e a moral da instituição e, portanto, em última instância, sobre os interesses da comunidade.

Ao final, a Comissão dos Quinze da AAUP realiza três propostas concretas a fim de defender a liberdade acadêmica.

---

<sup>190</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>191</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Primeiro, fornecer instâncias judiciais adequadas, compostas por membros de profissão acadêmica a serem convocados antes da demissão ou de outra pena disciplinar, que podem também identificar em que casos a questão da liberdade acadêmica está realmente envolvida, a fim de salvaguardar a liberdade de investigação e de ensino.

Segundo, assegurar a proteção de executivos universitários com os mesmos recursos dos conselheiros governamentais contra acusações injustas de violação da liberdade acadêmica, ou de conduta arbitrária e ditatorial – que, quando ganham ampla divulgação, são altamente prejudiciais para a boa reputação das universidades.

Em terceiro lugar, são propostas quatro medidas para tornar a profissão mais atrativa, garantindo a dignidade, a independência e a segurança razoável do cargo: (a) ação pelo comitê da faculdade para reconduções (as decisões sobre reconduções ou suas recusas devem ser tomadas pelo conselho representante do corpo docente); (b) definição de mandato (a duração dos contratos de trabalho deve ser clara e, depois de dez anos de serviço, haverá estabilidade no cargo e nenhum professor universitário deve receber aviso prévio de demissão ou de recusa de recondução, até três meses antes do fim de qualquer ano letivo, e no caso dos professores acima do grau de instrutor, deve ser dado aviso prévio de um ano, salvo em casos de delinquência moral grave); (c) formulação de motivos para a demissão (as justificativas devem ser bastante claras e com argumentos razoáveis para a demissão e um corpo com autoridade para interpretar tais motivos deve ser designado); (d) audiências de julgamento antes da demissão (todo professor deve ter o direito de um julgamento justo perante uma comissão judicial especial ou permanente escolhido pelo conselho da faculdade).

Em 1925, o Conselho Americano de Educação convocou uma conferência de representantes de vários dos seus membros, entre elas a AAUP, com a finalidade de formular uma declaração de princípios mais curta sobre a liberdade acadêmica. A declaração formulada nesta conferência, conhecida como a Declaração sobre Liberdade Acadêmica e Posse de 1925, foi aprovado pela *Association of American*



*Colleges* (agora *Association of American Colleges and Universities*) em 1925 e pela AAUP em 1926<sup>192</sup>.

Em 1940, após uma série de conferências conjuntas começaram em 1934, representantes da AAUP e da *Association of American Colleges* concordaram com a reafirmação dos princípios que tinham sido estabelecidos na Declaração sobre Liberdade Acadêmica e Posse de 1925. Essa correção ficou conhecida como a Declaração de Princípios sobre a Liberdade Acadêmica e Posse de 1940<sup>193</sup>.

Já em 1969, foi formado um comitê conjunto das organizações líderes do movimento e, com base nos comentários recebidos, o Comitê Misto sentiu ser preferível formular interpretações da Declaração de Princípios sobre a Liberdade Acadêmica e Posse de 1940 e adaptá-la às necessidades atuais pela experiência adquirida por mais de trinta anos na sua execução e aplicação<sup>194</sup>.

Assim, liberdade acadêmica é essencial para a busca da verdade e de sua livre exposição e aplica-se tanto ao ensino como para a pesquisa. A liberdade acadêmica em seu aspecto de ensino é a proteção fundamental dos direitos do professor no ensino e do aluno para a liberdade na aprendizagem<sup>195</sup>, enquanto que a garantia do cargo é um meio para se alcançar a liberdade de ensino e pesquisa e das atividades extramuros, e um grau suficiente de segurança econômica para fazer a profissão atraente para os homens e mulheres de capacidade, são indispensáveis

---

<sup>192</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>193</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>194</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>195</sup> Em comentário a este aspecto, o Comitê de 1970 afirma que a *Association of American Colleges* e a AAUP reconheceram há muito tempo que a adesão na profissão acadêmica traz consigo responsabilidades especiais. Ambas as associações separadamente ou em conjunto têm constantemente afirmado estas responsabilidades nas principais declarações políticas, fornecendo orientação aos professores em suas declarações como cidadãos, no exercício das suas responsabilidades para com a instituição e os alunos, e em sua conduta quando se demitir da sua instituição ou quando realizar pesquisa patrocinada pelo governo. De particular relevância é a "Declaração sobre Ética Profissional", adotado em 1966 como política da AAUP. Tal documento será comentado em seguida. (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

para o sucesso de uma instituição no cumprimento de suas obrigações para com os seus alunos e para a sociedade.

Assim, o Comitê formado em 1940 formulou os seguintes comentários na Declaração de Princípios sobre Liberdade Acadêmica e Posse.

#### Sobre liberdade acadêmica:

1. Os professores têm direito à plena liberdade na pesquisa e na publicação dos resultados, sujeitos ao desempenho adequado das suas outras atribuições acadêmicas; mas a pesquisa para o retorno pecuniário deve ser baseada em um entendimento com as autoridades da instituição.
2. Os professores têm direito à liberdade na sala de aula em discutir o assunto, mas eles devem ter cuidado para não introduzir na sua matéria controvérsia que não tem relação com o seu tema<sup>196</sup>. Limitações da liberdade acadêmica por causa de fins religiosos ou outros por parte da instituição de ensino deve ser claramente indicado, por escrito, no momento da contratação<sup>197</sup>.
3. Professores universitários são cidadãos, membros de uma profissão erudita e representantes de uma instituição de ensino. Quando eles falam ou escrevem como cidadãos, eles devem estar livres de censura institucional ou disciplina, mas a sua posição especial na comunidade impõe obrigações especiais. Como estudiosos e porta-vozes do conhecimento, eles devem lembrar que o público pode julgar a instituição da qual faz parte por suas declarações. Eles devem ser sempre precisos, mostrar respeito pelas opiniões alheias, e fazer todos os esforços para indicar que eles não estão falando pela instituição<sup>198</sup>.

#### Sobre a estabilidade acadêmica<sup>199</sup>:

1. Os termos e condições precisas de cada contrato devem ser declarados por escrito e estar na posse de ambos, instituição e professor, antes da contratação ser consumada.
2. Começando com a nomeação para o posto de instrutor em tempo integral ou um posto mais alto<sup>200</sup>, o período de estágio não deve exceder sete anos,

---

<sup>196</sup> Segundo o Comitê de 1970, a intenção desta afirmação não é desencorajar a controvérsia no centro de uma investigação acadêmica livre, mas anotar a necessidade dos professores de evitar continuamente a introdução de material que não tenha relação direta com o objeto de estudo (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>197</sup> Sobre este ponto, o Comitê de 1970 comenta que a maioria das instituições ligadas à Igreja já não desejam mais o afastamento do princípio da liberdade acadêmica implícita na "Declaração" de 1940 (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>198</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>199</sup> Após a expiração de um período de estágio, professores ou investigadores devem ter estabilidade no cargo e seu serviço deve ser descontinuado apenas por motivo justo e proporcional, exceto no caso de aposentadoria por idade, ou sob circunstâncias extraordinárias por motivo de dificuldades financeiras.

<sup>200</sup> O conceito de "posto de instrutor em tempo integral ou um posto mais alto" pretende incluir qualquer pessoa que ensina uma carga em tempo integral, independentemente do título específico do professor.

incluindo dentro deste período de serviço em tempo integral em todas as instituições de ensino superior; mas sujeito à condição de que quando, depois de um período de serviço de estágio de mais de três anos em uma ou mais instituições, um professor é chamado para outra instituição, pode ser acordado por escrito que o novo compromisso seja por um período probatório nunca maior de quatro anos, mesmo que o período de estágio total da pessoa na profissão acadêmica seja estendido para além do máximo normal de sete anos<sup>201</sup>. A comunicação deve ser feita pelo menos um ano antes da expiração do período de estágio, se o professor não for aproveitado na instituição após a expiração desse prazo<sup>202</sup>.

3. Durante o período de estágio, o professor deve ter a liberdade acadêmica que todos os outros membros do corpo docente têm.

4. Rescisão por justa causa de um contrato contínuo, ou a demissão por justa causa de um professor antes da expiração do prazo estipulado em contrato, devem, se possível, ser considerados tanto por uma comissão de professores como do Conselho de Administração da instituição. Em todos os casos em que os fatos estão em debate, o professor acusado deve ser informado antes da audiência por escrito das acusações e deve ter a oportunidade de ser ouvido em sua defesa por todos os órgãos julgadores do caso. Ao professor deve ser permitido o acompanhamento de um assessor de sua escolha, que pode atuar como advogado. Deve haver um registro completo da audiência disponível para as partes interessadas. Na audiência de acusação de incompetência, o testemunho incluirá a dos professores e outros pesquisadores, tanto da instituição do professor acusado como profissionais de outras instituições. Professores de contrato contínuo que são demitidos por razões que não envolvem torpeza moral devem receber seus salários por pelo menos um ano a partir da data da notificação da demissão independentemente de continuarem ou não em suas funções na instituição.

5. Rescisão de um compromisso contínuo por causa de situação financeira desfavorável deve ser comprovadamente de boa fé<sup>203</sup>.

Uma outra especificação do devido processo acadêmico para que o professor tem direito ao abrigo deste parágrafo está contido na "Declaração sobre Normas

---

<sup>201</sup> Comenta o Comitê de 1970 que a ausência de um acordo escrito sobre este assunto não implica necessariamente que os direitos de estabilidade de um professor foram violados. No entanto, especialmente por causa da variação nas práticas institucionais, uma compreensão escrita sobre estas questões no momento da contratação é particularmente apropriada e vantajosa para ambas as partes (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>202</sup> O Comitê de 1970 argumenta que o efeito do presente parágrafo é que uma decisão sobre a estabilidade, favorável ou desfavorável, deve ser feita, pelo menos, doze meses antes da conclusão do período de estágio. Se a decisão for negativa, a contratação para o ano seguinte torna-se um limite. Se a decisão for afirmativa, as disposições da "Declaração" de 1940, com relação à cessação de funções de professores ou pesquisadores após a expiração de um período de estágio deve ser aplicável a partir da data em que é tomada a decisão favorável (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>203</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Processuais nos Procedimentos de Demissões Universitárias" aprovada conjuntamente pela AAUP e a *Association of American Colleges* em 1958. Este documento interpretativo lida com a questão da suspensão, sobre o qual a Declaração de 1940 é silente<sup>204</sup>.

A "Declaração sobre Normas Processuais nos Procedimentos de Demissões Universitárias", prevê: "Suspensão do membro do corpo docente durante o processo é justificável somente se houver ameaça de danos imediatos ao membro do corpo docente ou outros pela continuação do docente. A menos que considerações legais proíba, qualquer suspensão deve ser remunerada"<sup>205</sup>. Uma suspensão que não é seguida por reintegração ou a oportunidade para uma audiência é, na verdade, uma demissão sumária em violação do devido processo acadêmico.

O conceito de "torpeza moral" identifica o caso excepcional em que o professor pode ser proibido de ensinar por um ano ou deixar de ser pago integralmente ou em parte. A declaração se aplica a esse tipo de comportamento e vai além de simplesmente garantir a demissão, pois é tão condenável que chega a considerar inapropriado requerer o benefício de um ano de ensino ou continuar recebendo salário por um ano. O padrão não é que as sensibilidades morais de pessoas na comunidade tenham sido ofendidas. O padrão é um comportamento que evocaria condenação pela comunidade acadêmica em geral.

Na Conferência Internacional convocada pela UNESCO em 1950, em Nice, as Universidades do Mundo estipularam três princípios indissociáveis que as universidades devem sustentar, a saber: o direito de buscar o conhecimento para seu próprio bem e seguir sempre a pesquisa que a busca da verdade; a tolerância da opinião divergente e livre de interferência política; a obrigação das instituições sociais para promover, através do ensino e da pesquisa, os princípios da liberdade e

---

<sup>204</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>205</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments.** Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014. Tradução livre do autor.

da justiça, da dignidade humana e da solidariedade e desenvolver uma ajuda mútua – material e moral – a nível internacional<sup>206</sup>.

Em abril de 1998, portanto após quase meio século depois, por ocasião da Conferência Mundial de Educação Superior da UNESCO, considerou-se oportuno reafirmar aqueles princípios e definir suas implicações no âmbito de um novo contrato social que define mútuas responsabilidades, direitos e obrigações entre Universidade e Sociedade, para que eles pudessem enfrentar os desafios do novo milênio, reconhecendo que nesse tempo muita coisa mudou, como o desenvolvimento de novas formas de ensino superior; evolução do número de universidades, do pessoal acadêmico, de estudantes e não menos importante, do lugar que a Universidade agora ocupa na sociedade; o surgimento de uma economia mundial, com seus benefícios e seus perigos, trazendo consigo novas responsabilidades de natureza altamente prática ao lado do compromisso histórico e permanente da universidade ao universalismo, do pluralismo e do humanismo<sup>207</sup>.

Tal reafirmação de princípios também é justificada pela confiança depositada pela sociedade nas Universidades no século 20 em que se viu um crescimento sem paralelo no conhecimento, na investigação e na sua difusão e na resposta dada pelas instituições de ensino em relação a grandes problemas mundiais, tais como a preservação do meio ambiente e erradicação da pobreza, violência e exclusão social.

Sabe-se, outrossim, que a continuidade desse desenvolvimento depende diretamente da liberdade de pesquisa, sendo a liberdade acadêmica e a autonomia universitária essenciais para esse fim, pois a Universidade não existe para si mesma, mas para fornecer benefícios para a humanidade e para a sociedade em virtude de sua utilidade social.

Assim, liberdade acadêmica e autonomia universitária não são privilégios, mas condições básicas e inalienáveis que permitem à Universidade atender, plenamente para cumprir as responsabilidades reclamadas pela sociedade.

Foram, deste modo, estabelecidos os seguintes princípios:

---

<sup>206</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITIES. **Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility**. Disponível em: <[http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom\\_2.pdf](http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom_2.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

<sup>207</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITIES. **Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility**. Disponível em: <[http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom\\_2.pdf](http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom_2.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

1. O princípio da autonomia institucional pode ser definida como o grau necessário de independência de interferência externa que a Universidade exige em relação a sua organização interna e governança, a distribuição interna de recursos financeiros e a geração de renda a partir de fontes não públicas, o recrutamento do seu pessoal, a definição das condições de estudo e, por fim, a liberdade para conduzir o ensino e a pesquisa.
2. O princípio da liberdade acadêmica pode ser definido como a liberdade para os membros da comunidade acadêmica – que são os estudiosos, professores e estudantes – para acompanhar suas atividades acadêmicas dentro de uma estrutura determinada por essa comunidade em relação às normas éticas e padrões internacionais, sem pressão exterior.
3. Direitos conferem obrigações. Estas obrigações competem tanto aos indivíduos e da Universidade do qual fazem parte, como ao Estado e à Sociedade.
4. Liberdade Acadêmica envolve a obrigação de cada membro da profissão acadêmica com a excelência, com a inovação e com o avanço das fronteiras do conhecimento através da investigação e da difusão de seus resultados através do ensino e da publicação.
5. Liberdade Acadêmica também se engaja a responsabilidade ética do indivíduo e da comunidade acadêmica na realização de pesquisas, tanto na determinação das prioridades de tal investigação e na tomada em consideração das implicações que seus resultados podem ter para a humanidade e a natureza.
6. Por seu turno, a Universidade tem a obrigação de defender e demonstrar para a sociedade que ela mantém sua obrigação coletiva com a qualidade e a ética, a justiça e a tolerância, para a configuração e a manutenção de padrões – acadêmicos, quando aplicada à pesquisa e ensino, administrativos quando aplicada ao devido processo, à prestação de contas para a sociedade, para auto-verificação, avaliação institucional e transparência na condução de auto-governo institucional.
7. Por sua vez, a organização de poderes e as partes interessadas, públicas ou privadas, estão igualmente obrigadas a evitar a interferência arbitrária, para fornecer e garantir as condições necessárias, em conformidade com as normas reconhecidas internacionalmente, para o exercício da liberdade acadêmica por membros da profissão acadêmica e para a Autonomia Universitária a ser exercida pela instituição.
8. Em particular, os poderes de organização e as partes interessadas, públicas ou privadas, e os interesses que representam, devem reconhecer que pela própria natureza da obrigação mediante a profissão acadêmica para o avanço do conhecimento é inseparável da prova, questionando e testando ideias aceitas e de conhecimento estabelecido. E que a expressão de pontos de vista que se seguem a partir de uma visão científica ou investigação acadêmica pode muitas vezes ser contrário à convicção popular ou considerada inaceitável e intolerável.
9. Assim, as agências que exercem a responsabilidade para o avanço do conhecimento como interesses muito particulares que fornecem suporte para, ou ficar em uma relação contratual com a Universidade para os serviços que podem fornecer, devem reconhecer que tais expressões de julgamento acadêmico e investigação científica não podem colocar em risco a carreira ou a vida do indivíduo ao expressá-los, nem deixar o indivíduo aberto a perseguições por crime de opinião por conta dessas opiniões expressadas.
10. Se a livre pesquisa, o exame e o avanço do conhecimento são considerados benéficos para a sociedade provêm da Universidade, ela deve assumir a responsabilidade pelas escolhas e as prioridades que estabelece livremente. A sociedade, por seu lado, deve reconhecer sua parte no fornecimento de meios adequados para a consecução desse fim. Os recursos devem ser compatíveis com as expectativas – especialmente aqueles que, como a investigação fundamental, exigem um compromisso de longo prazo para que possam produzir todos os seus benefícios.

11. A obrigação de transmitir e fazer avançar o conhecimento são os propósitos básicos para os quais a Liberdade Acadêmica e a Autonomia Universitária são necessárias e reconhecidas. Uma vez que o conhecimento é universal, assim também é esta obrigação. Na prática, porém, Universidades cumprem esta obrigação, principalmente no que diz respeito às sociedades em que estão localizadas. E são essas comunidades, culturais, regionais, nacionais e locais, que estabelecem com a Universidade os termos pelos quais tais responsabilidades devem ser assumidas, quem tem que assumi-los e por que meios e procedimentos.

12. Responsabilidades encontradas dentro do ambiente da sociedade "nacional", se estendem além dos limites físicos daquela sociedade. Desde seus primeiros dias, a Universidade tem professado engajamento intelectual e espiritual com os princípios de "universalismo" e "internacionalismo", enquanto Liberdade Acadêmica e Autonomia Universitária evoluíram dentro do ambiente da comunidade histórica nacional. Para as universidades servirem a uma sociedade internacional, exige-se que a liberdade acadêmica e a autonomia universitária formem a base para um novo Contrato Social – um contrato para defender os valores comuns à humanidade e para atender às expectativas de um mundo em que as fronteiras estão se dissolvendo rapidamente.

13. No contexto da cooperação internacional, o exercício da liberdade acadêmica e da autonomia universitária por alguns não deve conduzir à hegemonia intelectual sobre os outros. Deve, pelo contrário, ser um meio de reforçar os princípios do pluralismo, da tolerância e da solidariedade acadêmica entre instituições de ensino superior e entre acadêmicos e estudantes individualmente.

14. Numa altura em que os laços, obrigações e compromissos entre a sociedade e a universidade estão se tornando mais complexos, mais urgentes e mais diretos, parece desejável estabelecer uma Carta Internacional que reconheça amplamente os direitos e obrigações mútuas que regem a relação entre Universidade e Sociedade, incluindo mecanismos de controle adequados para a sua aplicação<sup>208</sup>.

Uma das funções mais características de uma sociedade democrática é ajudar a tornar a opinião pública cada vez mais autocrítica e cautelosa, para conter os impulsos do sentimento popular. E é precisamente esta a função da universidade, que é a mais prejudicada por qualquer restrição da liberdade acadêmica. A reivindicação de liberdade de ensino é feita no interesse da integridade e do progresso da investigação científica e por isso que se deve protestar contra qualquer restrição.

Não significa dizer, contudo, que a AAUP defende uma liberdade acadêmica irrestrita quanto aos assuntos e formas de abordagem das declarações dos docentes, dentro ou fora das instituições de ensino. Entende aquela associação que a imposição de limites é necessária, porém as ações disciplinares, ou seja, as punições que porventura sejam aplicadas ao docente que ultrapassou o limite de

---

<sup>208</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITIES. **Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility**. Disponível em <[http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom\\_2.pdf](http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom_2.pdf)>. Acesso em 27 ago. 2016. Tradução livre do autor.

sua liberdade de cátedra devem ser tomadas por órgãos compostos por membros da profissão acadêmica.

Assim, pode-se concluir que, como o bem comum depende da busca livre da verdade e da sua livre exposição, conforme já dito anteriormente, verifica-se ser essencial não a absoluta liberdade de expressão dos catedráticos, mas a sua absoluta liberdade de pensamento, de pesquisa, de investigação, de discussão e ensino, sem as quais não pode o professor universitário prestar este indispensável serviço à sociedade.

## **2 A LIBERDADE DE CÁTEDRA E O TRATAMENTO DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL**

### **2.1 Liberdade de cátedra como direito fundamental**

Como já dito anteriormente, os direitos fundamentais são extremamente caros à nossa sociedade uma vez que são normas estruturantes do Estado Democrático de Direito, que dá ao cidadão segurança e ação em face do poder público.

São normas obrigatórias provenientes do “superprincípio” da dignidade da pessoa humana, principal componente dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo dos tempos, sendo previsto no art. 1º. da CF/88 como um dos fundamentos da República.

Como notável fator republicano de inclusão social, a Carta Magna de 1988 elenca a educação como parte da Ordem Social brasileira, no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), explicitando a sua natureza pública no art. 6º.<sup>209</sup>, juntamente com outros direitos como saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, entre outros.

---

<sup>209</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



Vale expor aqui o conceito de direitos sociais dado por Silva:

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>210</sup>.

Incluir o direito à educação como direito fundamental<sup>211</sup> é essencial para assegurar a igualdade de oportunidades, conferindo a todos os cidadãos condições materiais e intelectuais de existência, o que contribui para o desenvolvimento nacional. O direito à educação é instrumento de acesso a outros direitos fundamentais já que tem em seu núcleo o valor do mínimo existencial e também porque possibilita a qualificação para o exercício de trabalho digno, a emancipação da pobreza e da marginalização e a preparação da pessoa para o exercício da cidadania em um Estado Democrático<sup>212</sup>.

A previsão do direito à educação nesta Constituição cidadã anuncia o valor que se dá modernamente ao ensino e à instrução e a indiscutível posição dessa garantia como direito fundamental<sup>213</sup>, assegurado a todos os cidadãos de forma

---

<sup>210</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286-287.

<sup>211</sup> O ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, assentou em julgamento sobre o tema: "A educação é um **direito fundamental e indisponível** dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 594.018 Rio de Janeiro**. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

<sup>212</sup> VIECELLI, Roberto del Conte. A efetividade do direito à educação e a justiciabilidade das políticas públicas na jurisprudência do STF (1988-2011). In: **Revista de direito educacional**, v. 3, n. 5, p. 211-243, jan./jun. 2012, p. 214-215.

<sup>213</sup> "O direito à educação, como revela sua própria natureza de direito fundamental, guarda uma importância indiscutível para o desenvolvimento do ser humano, a formação de sua cidadania, bem como para a construção de uma sociedade mais democrática. O respeito e garantia do direito à educação estão intimamente relacionados ao alcance e plenitude dos conceitos de liberdade e igualdade dentro de um contexto social. A efetiva concretização do direito à educação é indissociável do próprio conceito de democracia, e, por conseguinte, reputa-se primordial para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Constituindo sua essência e fundamento na dignidade da pessoa humana, é irrefutável sua natureza de direito humano. O direito à educação encontra-se inserido na categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, de acordo com a classificação conferida pelos tratados internacionais que tratam desta matéria. Em razão das características de indivisibilidade e interdependência típicas dos direitos humanos, o direito à educação exerce permanente interação com outros direitos fundamentais, e por isto, os efeitos da violação de um destes direitos irradiam para os outros". VIEIRA, Andréa Zacarias. O direito à educação no sistema interamericano de direitos humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. In: **Revista de direito**

indiscriminada e universal, como prevê o art. 205 da CF/88, incluído na Seção I (Da Educação), do Capítulo III (Da Educação da Cultura e do Desporto) do Título VIII (Da Ordem Social) o qual reza que “a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. A seguir elenca os três objetivos básicos da educação: “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”<sup>214</sup>.

A leitura do art. 205 combinada com a do art. 6º. eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, pois se afirma que a educação é direito de todos, informado pelo princípio da universalidade. Seu valor jurídico é ainda realçado pela cláusula do mesmo artigo que contempla a situação jurídica subjetiva ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposta àquele direito (“a educação é (...) dever do Estado e da família”)<sup>215</sup>.

O artigo seguinte elenca os princípios que devem reger o ensino no país, quais sejam, igualdade de condições para o 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, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gestão democrática do ensino público, entre outros.

A leitura do art. 206, III em especial, o qual traz o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas como princípios da educação, reforça a ideia da liberdade de ensino como direito fundamental, posto que denota o intuito democrático do instituto.

Não cabe ao Estado, portanto, realizar qualquer tipo de imposição de modelos únicos e autoritários de ideias a serem aplicadas no processo ensino-aprendizagem, nem tampouco ditar as concepções pedagógicas a nortear o mesmo processo. Ao contrário, tais ideias e concepções devem ser construídas dialeticamente, no

---

**educacional**, v. 3, n. 6, p. 21-40, jul./dez. 2012, p. 22.

<sup>214</sup> “A *educação* como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um *direito de todos e dever do Estado*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 838.

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312.

cotidiano das atividades educativas, respeitando-se a autonomia das localidades e das unidades escolares, respeitadas as realidades regionais e diferenças ideológicas, não havendo nenhum modelo pronto, acabado e pré-concebido de ministrar o ensino<sup>216</sup>.

Ressalte-se que o real significado do direito à educação nos termos da CF/88 somente se concretizará com o oferecimento de uma educação republicana includente e transformadora, impondo às práticas pedagógicas o uso de estratégias que vão ao encontro de tais finalidades. Assim, o ensino (enquanto expressão do direito à educação) precisa estar identificado com o seu conteúdo e adotar estratégias e fórmulas que busquem a realização do projeto constitucional<sup>217</sup>.

A Constituição Federal, através do art. 207, firmou que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. Segundo Silva, não poderia ser de outro modo, pois, se foi consagrada a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber como princípio basilar do ensino, a coerência exigia manifestação expressa da lei constitucional em favor da autonomia universitária. Defende o mesmo autor, citando Anísio Teixeira, que a autonomia não deve ser apenas da instituição universitária, mas do próprio saber humano porquanto para ser o que devem ser, as universidades devem cultivar a independência e a supremacia do saber e, para tanto, necessitam viver em uma atmosfera de autonomia e estímulos de experimentação, ensaio e renovação<sup>218</sup>.

Não se deve confundir a ideia de autonomia administrativa decorrente das entidades descentralizadas, sejam públicas ou privadas, que exploram a educação com a noção de autonomia didático-científica das universidades, que é inerente aos professores e pesquisadores face à própria instituição de ensino e ao Estado. A

---

<sup>216</sup> MONTEIRO, Maurício Gentil. Regime jurídico-constitucional da educação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 524, 13 dez. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6039>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>217</sup> FRANZOI, Juliana Borinelli. **A liberdade de ensinar nos cursos de direito**: considerações à luz da Constituição Federal brasileira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14ea12a8d4c1ce8a>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

<sup>218</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 840.

ideia da liberdade de cátedra se dá em decorrência desta última através da liberdade de investigação científica<sup>219</sup>.

A despeito da aparente clareza dos mandamentos constitucionais, tanto no que tange à liberdade de atuação da iniciativa privada, quanto no que se refere à liberdade do pesquisador para ministrar e difundir o conhecimento sem amarras ideológicas ou religiosas, pode-se dizer que é quanto à abrangência desta segunda diretriz que se desenvolve uma polêmica e isso, por seu turno, pressupõe o desenvolvimento de padrões de delimitação mais precisos, principalmente em função da ideia de autonomia universitária, que não se confunde, com poderes ilimitados, soberania ou independência face aos mecanismos de controle estatais. Também, a autonomia didático-científica não se confunde com as formas de liberdade vigiada, que caracterizam os entes descentralizados da Administração Pública<sup>220</sup>.

“Autonomia” é uma expressão que possui ampla polissemia, sendo-lhe atribuída uma enorme gama de diferentes significados, podendo ser confundida com independência, soberania, descentralização ou autonormatização, entre outros. Conforme Cademartori, autonomia é o direito que a universidade tem de regular, com suas próprias normas, situações intencionalmente não alcançadas pela lei. Em verdade, são as determinações via atos administrativos complementares da lei, os quais podem ser expedidos inclusive por aqueles que fazem as vezes do Estado (instituições privadas<sup>221</sup>). Tais determinações regulamentam os termos da lei, no intuito de proteger e garantir, dentre outras coisas, a liberdade de pesquisa<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico- administrativa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169, p. 152.

<sup>220</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico- administrativa. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169, p. 153.

<sup>221</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

<sup>222</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico- administrativa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma –**

Nesse diapasão, a liberdade acadêmica implica, na lição de Fávero:

1. organizar o ensino, a pesquisa e a extensão sem quaisquer restrições de natureza filosófica, ideológica, política ou religiosa; 2. elaborar e estabelecer os currículos para seus cursos de graduação e pós-graduação; 3. estabelecer as metas científicas, artísticas e culturais que julgar apropriadas ao preenchimento e realização de seu papel inovador; 4. estabelecer critérios e normas de seleção e admissão de candidatos a seus cursos em todos os níveis; 5. regulamentar a admissão de alunos transferidos; 6. organizar o regime de seus cursos e a estruturação curricular; e 7. experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas, exigindo-se uma contrapartida definida em termos de desempenho eficiente”<sup>223</sup>.

Como se disse, autonomia universitária não se confunde com poderes ilimitados. Assim, as normas criadas no âmbito da universidade não podem colidir com outros preceitos do texto constitucional, bem como não é possível a auto-organização da universidade a fim de realizar outros objetivos senão aqueles considerados primários para a instituição de ensino superior. Isso se dá porquanto a universidade goza de autonomia para desenvolver suas atividades de ensino e pesquisa, mas sempre visando os interesses da sociedade.

Conforme Rodrigues e Marocco, a liberdade de ensinar é uma garantia constitucional de duplo direcionamento:

a) garante a liberdade de ensinar às instituições de ensino, que cumpridas as normas gerais da educação (Plano Nacional de Educação, LDB, Diretrizes Curriculares, Sistema Nacional de Avaliação, etc.) podem livremente construir seus projetos pedagógicos; <sup>[1]</sup><sub>[SEP]</sub>

b) garante a liberdade de ensinar do professor, que: <sup>[1]</sup><sub>[SEP]</sub>

- no âmbito do conteúdo da disciplina que está sob sua responsabilidade, mesmo no contexto de um projeto pedagógico específico, mantém o espaço de manifestação das suas posições e convicções, devendo entretanto, em respeito ao direito à educação, à liberdade de aprender do aluno e ao pluralismo de ideias, também propiciar aos discentes o acesso às demais posições e teorias aceitas pela respectiva área do conhecimento; ou seja, o docente possui liberdade de ensinar, mas possui também o compromisso de cumprir o conteúdo programático definido para a disciplina ou módulo e de propiciar aos alunos acesso à pluralidade de posições existentes sobre o tema sob sua responsabilidade pedagógica; e <sup>[1]</sup><sub>[SEP]</sub>

---

**liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil.** Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169, p. 163.

<sup>223</sup> FÁVERO, Maria de Lourdes de Albuquerque (org.) **Universidade do Brasil: das origens à construção.** v. 1. Rio de Janeiro: Editora UFRJ-INEP, 2000 *apud* CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico-administrativa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil.** Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169, p. 164-165.

- no âmbito didático-pedagógico, mantém autonomia de escolha, respeitada a necessária adequação entre meio e fim; as opções tem de ser as adequadas para os conteúdos, competências e habilidades a serem trabalhados. <sup>224</sup> É nesse segundo sentido, da liberdade de ensinar do professor, que normalmente é identificada a liberdade de cátedra<sup>224</sup>.

### Conclui Cademartori que

1. a liberdade de cátedra decorre da autonomia das instituições de ensino superior quanto à pesquisa, ao ensino e à extensão, havendo um vínculo indissociável entre estes, como condição de exercício dessa autonomia. Esta, por sua vez, se configura como autonomia didático-científica; 2. os limites da autonomia didático-científica universitária não se confundem com os da autonomia administrativa que as universidades também possuem, pois a autonomia didático-científica lhes confere um grau ainda maior de liberdade de atuação; 3. a liberdade de exercício da autonomia didático-científica não se iguala ou confunde com as liberdades decorrentes da independência ou soberania de exercício de poder, visto que tais atributos são exclusivos do exercício de poder político; e 4. os parâmetros de delimitação da autonomia didático-científica universitária, da qual decorrem, dentre outras consequências, a liberdade de cátedra, são estabelecidos a partir do interesse social da produção intelectual e da prestação de contas à sociedade daquilo que é gerado no âmbito do debate universitário<sup>225</sup>.

A educação é, como direito fundamental, um direito público subjetivo, ou seja, direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata e exigível judicialmente, caso não seja prestado de maneira espontânea pelo Estado. É, a um só tempo, condição de possibilidade e finalidade da democracia uma vez que não há democracia sem cidadania e não haverá cidadãos sem a existência de uma educação igualitária, inclusiva, plural e, sobretudo, livre.

Nesta mesma toada, pode-se dizer que a liberdade de cátedra é um princípio que assegura a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II) e tem como finalidade a garantia do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, III), bem como a autonomia didático-científica (art. 207).

<sup>224</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premium, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 234-235.

<sup>225</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico-administrativa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169, p. 166-167.

Ela permite que o docente expresse suas próprias convicções e pontos de vista sem que haja qualquer imposição de um único critério metodológico ou didático. É, portanto, a liberdade de escolha e de utilização de materiais e procedimentos didáticos e de instrumentos de avaliação do processo ensino-aprendizagem, dentro dos princípios psico-pedagógicos, objetivando alicerçar o respeito à pessoa humana e a construção do bem comum, sendo indissociável do atual contexto constitucional.

## 2.2 Liberdade acadêmica, liberdade de ensinar e liberdade extramuros

Tratar um direito em espécie requer que se explore o seu conteúdo e, em se tratando de um direito fundamental, deve-se analisar a tutela jurídica das condutas resguardadas pelo âmbito de proteção da norma jurídica<sup>226</sup>.

A liberdade de ensinar é uma parte restrita, uma das dimensões de uma realidade mais ampla que é a liberdade acadêmica. Daí que vale a pena adentrar na questão da liberdade acadêmica e sua tutela jurídica.

A relevância jurídica da liberdade acadêmica é defendida pela denominada “*for the common good school*” a qual defende a existência de uma relação bidirecional entre liberdade acadêmica e democracia: a primeira se realiza na segunda, enquanto que a segunda depende da primeira para ser efetivada. Daí, verifica-se porque a tutela da liberdade acadêmica deve se dar nos termos exigidos pelo princípio da democracia<sup>227</sup>.

Segundo Hofstadter, o termo liberdade acadêmica estabelece a concretização moderna de uma ideia já existente. Há, para o autor, a concepção de que existe um estado de tensão constante entre a submissão a uma autoridade e a

---

<sup>226</sup> Canotilho prefere falar em “âmbito normativo, para recortar, precisamente, aquelas <<realidades da vida>> que as normas consagradoras de direitos captam como <<objecto de proteção>>. Este objecto de proteção reconduz-se, muitas vezes, a *actos* ou *comportamentos*, activos ou omissivos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1262.

<sup>227</sup> REICHMAN, Henry. Academic Freedom and the Common Good: a review essay. Disponível em: <[https://www.aaup.org/sites/default/files/Reichman\\_1.pdf](https://www.aaup.org/sites/default/files/Reichman_1.pdf)>. Acesso em: 15 nov.2016.

autodeterminação dos sujeitos que compõem o corpo acadêmico. Desde tempos antigos, as universidades assumiam a função de propagadoras do discurso teológico e a defesa da liberdade acadêmica começou a se tornar difundida a partir da ruptura entre a igreja e a universidade, desde o que se passou a aceitar ser “não apenas inevitável, mas desejável a existência de uma pluralidade de perspectivas filosóficas”<sup>228</sup>.

É sabida a ideia de que a liberdade acadêmica se opõe aos limites impostos pela universidade medieval, já com os dogmas religiosos arraigados em suas entranhas. Isso se dava também porque os próprios professores aceitavam a autoridade da igreja para se protegerem quanto à possibilidade de mudança, o que poderia ser prejudicial para eles. Daí entender que a noção de liberdade prosperava nesse contexto, pois “uma cerca não é um obstáculo para quem não deseja transpô-la (...) se alguém se sente em liberdade, então é livre”<sup>229</sup>.

Quando se busca verificar a atual concepção do termo liberdade acadêmica, chega-se logo à conclusão de que ela é fruto da universidade moderna, a qual difundiu o ensinamento de que conhecimentos assentados e pluralidade de conhecimentos podem coexistir.

Modernamente, a concepção de liberdade acadêmica se dá primeiramente pela noção de que sem a liberdade, não existe sequer o exercício da cátedra. O modelo de educação liberal se opõe ao de doutrinação. Esta significa a transmissão de certo conhecimento sem a possibilidade de se elaborar críticas quanto a determinado pensamento posto, sem a oportunidade de se considerar alternativas à ideia lançada. Quando Schofield pergunta em sua obra intitulada “The philosophy of

---

<sup>228</sup> “While the Middle Ages sought for unity and completeness in these fields, the modern mind generally accepts as not only inevitable but desirable the existence of a plurality of philosophical perspectives. In many fields there is available to modern inquiry an elaborate apparatus of verification for which there was no adequate medieval counterpart; and the process of verification lowers the level of intellectual animus, takes the center of authority out of the realm of the personal and political, and refers it to criteria that are impersonal and detached. The medieval model of inquiry was limited by the presence of a hard core of accepted doctrine, authoritatively established, which was defined and enforced, made obligatory on all thinkers at the risk not only of their worldly position but of their spiritual privileges and possibly even their eternal souls. Each new accretion of knowledge was expected to be consistent with sound doctrine. Assumed was the desirability, indeed the inevitability, of a single system of truth, anchored God, and elaborated by man in accordance with a rigorous system of inference”. HOFSTADTER, Richard. **Academic freedom in the age of the college**. Londres: Transaction Publishers, 1995, p.17.

<sup>229</sup> HASKINS, Charles Homer. *A ascensão das universidades*. Santa Catarina: Livraria Danúbio, 2015, p. 74.



education” se o adjetivo “liberal” possui algum significado na expressão “educação liberal” ele responde que se trata de uma tautologia, pois para ele só se pode falar em educação se for em situação de liberdade; doutrinação não é educação e a ocorrência de uma educação liberal ou de doutrinação vai depender da postura do professor perante o seu compromisso individual com o ensino<sup>230</sup>.

É dizer: liberdade acadêmica pressupõe a possibilidade de se questionar ideias consolidadas e romper com *status quo*. Para que a educação seja plena, deve haver a contraposição, o desfazimento de paradigmas nas universidades e que este pensamento seja sempre incentivado pelos acadêmicos.

A vontade de se alcançar modelos sempre melhores faz com que a educação se funde na base de um manifesto perfeccionismo. A constante busca pelo aperfeiçoamento torna a universidade um importante veículo para a composição de condições de vida mais adequadas. A busca pela liberdade na academia significa a participação de todos – alunos e professores – seguindo regras, porém sem se desligarem de suas próprias convicções.

Sustein afirma que os chamados tradicionalistas entendem que os dogmas possuem uma influência especial sobre nós e que qualquer proposta de mudança ou revisão deles significa desrespeito à qualidade real e até mesmo arrogância. Na visão deles, deve-se aceitar o dogma pronto assim como nos foi dado ao invés de escolher um próprio, senão estaremos fadados a uma espécie de relativismo estridente, sem padrões, no qual o interesse político – e não a razão – governa a vida intelectual. Tal posição não permite que sejam feitas críticas e, por isso, é contrária às concepções da política liberal e da educação liberal<sup>231</sup>. Já os pós-modernistas acreditam que os dogmas refletem o interesse de certos grupos (brancos, ou homens, ou homossexuais, etc.) e que o reconhecimento desse fato irá apontar o caminho para uma forma de pluralidade que atenda melhor aos interesses socialmente diversificados. Mas, para algumas pessoas que possuem essa visão, a maioria ou todas as formas de classificação, avaliação ou julgamento são

---

<sup>230</sup> SCHOFIELD, Harry. **The philosophy of education: an introduction**. London: George Allen & Unwin, 1975, p. 159-62.

<sup>231</sup> SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In MENAND, Louis (Ed.). **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 114.

perniciosamente hierárquicas ou desabilitadas de alguma forma em virtude do fato de que elas são provenientes de seres humanos. Não há padrões comuns – somente interesses, poder e convenções diversas. Deste modo, a noção de liberdade acadêmica torna-se extremamente problemática em virtude das origens humanas do que pensam os acadêmicos. Assim se diz que não há tal coisa como verdade, mas apenas interesse; que as normas de objetividade são perniciosas; que o conhecimento é político<sup>232</sup>.

De encontro a ambas as posições, tradicionalista e pós-modernista, o autor sugere uma terceira alternativa que, segundo afirma, é uma versão do compromisso com a educação liberal<sup>233</sup>. Para ele, a educação liberal não é neutra, ela encarna concepções quanto ao que constitui o melhor ou o correto. No mínimo, o compromisso exige que tentemos transmitir uma compreensão profunda e ampla – para neutralizar a ignorância, o preconceito e o paroquialismo, e promover a escolha entre um conjunto de alternativas aceitáveis. Exige que todas as abordagens sejam apoiadas por razões, não por referência a autoridade porque se toda posição individual é externamente condicionada, o engajamento acadêmico em defesa de um ponto de vista é ficto, porquanto inadequado. A história e a natureza são inadequadas, a menos que estas possam fazer parte de um argumento fundamentado.

A partir dessa perspectiva, o propósito da educação liberal está associado à produção de certas características valiosas do ser humano, incluindo a capacidade de atividade, a capacidade de desenvolver, perseguir e avaliar um plano de vida, e muito mais. Nesta visão, a aquisição de conhecimento pode ser política, em termos gerais, no sentido de que é um produto humano e inevitavelmente associado a alguma concepção do que é bom ou correto para os seres humanos. Mas essa concepção de política não reduz esse termo a um interesse, poder ou perspectiva estreitos. Uma conta adequada teria que dizer muito mais. Mas talvez possamos ver

---

<sup>232</sup> SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In: MENAND, Louis (Ed.). **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 115.

<sup>233</sup> Sustain entende que há preconceitos indubitáveis nas abordagens existentes e são ambos inadequados para a maioria das questões que enfrentam a academia e aqueles que estão preocupados com a liberdade acadêmica. Ambas as concepções refletem o mesmo tipo de crença na necessidade de fundamentos totalmente externos, do que o autor discorda. SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In: MENAND, Louis (Ed.). **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 115.

como um compromisso com a educação liberal, entendida desta maneira geral, pode muito bem ajudar a informar a concepção de política liberal e a melhor visão do princípio da liberdade de expressão<sup>234</sup>.

Assim, fixando-se que a educação liberal não é neutra, cabe ao professor o papel de ensinar, pautando-se no conhecimento que ele possui de maneira propositiva, pois garantir liberdade acadêmica aos docentes significa defender que haja um espaço para manifestação sobre questões disciplinares da maneira que entender mais correta.

Retomando a ideia de liberdade de cátedra segundo a designada *for the common good school*, pode-se afirmar que teve início nas já comentadas Declarações de Princípios da Associação Americana de Professores Universitários (AAUP) de 1915 e 1940. Para Robert Post, um dos maiores expoentes dessa corrente, a Declaração “continua a ser a maior exposição sobre a natureza da liberdade acadêmica americana já escrita”<sup>235</sup>.

Para ele, a produção de conhecimento deve ser regida por normas, geralmente provenientes da própria instituição de ensino, para conferir estabilidade para a produção do conhecimento. Tal entendimento se contrapõe à ideia de que a universidade seja um livre mercado de ideias que só pode ser considerado democrático se não sofre nenhum condicionamento externo, heterônimo.

Essa noção de livre mercado de ideias surge do julgamento *Abrams vs. United States* (em 1919) em que o voto dissidente do *Justice* Holmes defende que o verdadeiro conhecimento é aquele que subsiste na disputa travada no livre mercado de ideias (*free market of ideas*), surgindo a partir daí uma vigilância contra qualquer tentativa de filtrar opiniões individuais<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In: MENAND, Louis (Ed.). **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 115.

<sup>235</sup> POST, Robert C. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**. v. 64, n. 4, 2015, p. 531.

<sup>236</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Abrams vs. United States**, 250 U.S. 616, 1919. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Para Post, este precedente dá início à discussão acerca da liberdade acadêmica nos Estados Unidos no sentido de que desperta o interesse pela pluralidade de opiniões, o que permite um avanço no conhecimento<sup>237</sup> e a busca da verdade científica.

Mas, como já dito, Post defende que a academia deve ser regida por normas, com o objetivo de corrigir falhas que são inerentes à academia, pois a liberdade acadêmica se serve aos fins da universidade e a anarquia, a ausência de normas dentro do espaço acadêmico é incompatível com a produção do conhecimento. Ao contrário do que pode parecer, disciplinar a atividade acadêmica não significa engessá-la, mas as regras servem justamente para fornecer condições de procedimento que serão capazes de garantir a crítica e a dissidência de maneira mais adequada.

Numa universidade desregulada, a tendência é que a opinião do professor, utilizando sua posição privilegiada, sobreponha-se à ideia do aluno, quando o desejável é que exista uma relação entre professores e alunos no sentido de que não se permita a doutrinação. Ao contrário, deseja-se que os alunos sejam incentivados a usarem suas mentes continuamente para reconstruir a sua própria experiência<sup>238</sup>.

Na linha das Declarações de 1915 e 1940 já mencionadas à exaustão, Post aduz que as universidades são as únicas instituições que trazem uma responsabilidade pública para reservar, melhorar e distribuir o conhecimento e que o fato de ser regido por normas internas é o que confere valor ao conhecimento que é produzido nas universidades<sup>239</sup>.

Nesse sentido, Sustain menciona a existência de dois tipos de discurso por referencia à sua centralidade: o absolutista e o não absolutista. Conforme o primeiro, qualquer um pode dizer o que quiser a qualquer tempo e, para o autor, esta posição não pode ser levada a sério porque não se poderia proibir perjúrio, ameaças,

---

<sup>237</sup> POST, Robert C. **Democracy, expertise, and academic freedom**. Yale: Yale University Press, 2012, p. 06.

<sup>238</sup> POST, Robert C. The job of professors. **Texas Law Review**. v. 88, n. 185, 2009, p. 188.

<sup>239</sup> POST, Robert C. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**. v. 64, n. 4, 2015, p. 534.

negócios imobiliários fraudulentos e outras formas de expressão. Já segundo a corrente não absolutista, a expressão pode ser regulada com o fim de se evitar consequências suficientemente ruins<sup>240</sup>. É nesta última linha a posição de Sustain, Post e a *for the common good school*.

A regulamentação do discurso dentro da universidade se serve para a realização de acordos quanto à pertinência de certos atos ou expressões nos *campi*, haja vista que não há – nem pode haver – equidade de ideias no âmbito acadêmico. Como a liberdade acadêmica é uma condição para a realização de tarefas acadêmicas, deve haver um juízo prévio sobre a competência acadêmica do participante do discurso. Para Post, a competência para o desenvolvimento de atividades acadêmicas é dada conforme regras acadêmicas ou disciplinares e não se é permitido falar com autoridade dentro de uma disciplina antes de ser treinado, em primeiro lugar, em suas crenças relevantes, práticas e métodos de conhecimento<sup>241</sup>, diante da necessidade de se afirmar direitos e prever deveres reclamados pela atividade profissional.

Post defende a existência de equilíbrio entre o cumprimento das normas profissionais internas e o direito de questionar tais regras. Por seu turno, Butler defende uma ampla possibilidade de crítica, permitindo-se, inclusive, que se questione a própria legitimidade da autoridade<sup>242</sup>.

Conforme adrede mencionado, as Declarações de 1915 e 1940 formuladas pela AAUP elencam três tipos de liberdade acadêmica, quais sejam, a liberdade de investigação e de pesquisa, a liberdade de ensino dentro da universidade ou faculdade; e a liberdade de expressão extramuros, ou seja, fora da universidade ou faculdade. Diante disso, verifica-se que a liberdade acadêmica é apresentada como um direito subjetivo dos professores.

---

<sup>240</sup> SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In: MENAND, Louis (Ed.). **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 97-98.

<sup>241</sup> POST, Robert C. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**. v. 64, n. 4, 2015, p. 534.

<sup>242</sup> “Quando identificamos e expulsamos o ponto de vista desonesto, perdemos o ponto de que cada questão crítica é inicialmente desonesta em relação às convenções existentes. Perdemos as tradições tanto de Sócrates como de Kant, para não mencionar Derrida e Foucault, já que as próprias perguntas que estabelecem um ponto de vista crítico sobre a autoridade estatal estão impedidas de ser feitas” (tradução livre do autor). BUTLER, Judith. Critique, dissent, disciplinaryity. **Critical Inquiry**. v. 35, n. 4, 2009, p. 795.

A liberdade de investigação e pesquisa não é tratada na Declaração de 1915 por entender que já é tão salvaguardada que são mínimos os perigos de serem infringidos<sup>243</sup>. Já a Declaração de 1940 foi mais explícita quanto a este aspecto assentando que “os professores têm direito à plena liberdade na pesquisa e na publicação dos resultados, sujeitos ao desempenho adequado das suas outras atribuições acadêmicas”<sup>244</sup>.

Post alerta para a necessidade de se distinguir as pesquisas que contribuem para o desenvolvimento científico e aquelas que não o fazem. O autor quer dizer que a liberdade de investigação e pesquisa protege aquelas atividades que tenham capacidade de produzir conhecimento relevante, ao tempo que as investigações de caráter irresponsável devem ser tolhidas<sup>245</sup>.

Como se disse, a educação liberal não é neutra, ela encarna concepções quanto ao que constitui o melhor ou o correto. Assim, as ideias possuem valores diferentes e uma lista de critérios capaz de distinguir as pesquisas que devem ser protegidas das que devem ser tolhidas está, por óbvio, recheado de subjetivismo.

Aparentemente, esta posição encontra-se encoberta de conservadorismo, porém, não fosse assim poder-se-ia dizer que na academia não há parâmetros nem limites e que é permitido investigar qualquer assunto de qualquer maneira o que não é compatível com a própria concepção de universidade como promotora do desenvolvimento científico. Para se ter como relevante, a pesquisa científica deve atender a uma demanda pautada no desenvolvimento humano, social, econômico, técnico e cultural.

Para melhor explicar a situação, Post fornece como exemplo a pesquisa jurídica, que, *a priori*, não traz uma mudança imediata na realidade, mas defende que os pesquisadores desta área podem reivindicar a liberdade acadêmica para

---

<sup>243</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>244</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>245</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 53-54.

investigar institutos jurídicos, uma vez que – apesar de uma pesquisa dessa natureza não ajudar na formação do estudante para atuação como advogados ou outra profissão dentro da área jurídica – a prática jurídica depende do trabalho de juristas que, em princípio, estão preocupados com questões estritamente teóricas<sup>246</sup>. Assim, defende que nenhuma pesquisa é totalmente desinteressada de modo que não se pode fazer distinções meramente pela área de conhecimento da pesquisa.

A liberdade de investigação e pesquisa é indissociável da liberdade de divulgação dos trabalhos, pois uma pesquisa que não pode ser divulgada perde sua capacidade transformadora e não atende aos fins da academia perante a sociedade de gerar conhecimento e difundi-lo.

A dimensão da liberdade acadêmica consistente na liberdade de expressão extramuros<sup>247</sup> é definida por Post como a expressão de professores “formulada em sua condição de cidadão, expressão que tipicamente versa sobre assuntos de interesse público e não está relacionada com sua experiência profissional ou filiação institucional”<sup>248</sup>.

A Declaração de 1940 assim pontuou acerca da liberdade acadêmica extramuros:

Professores universitários são cidadãos, membros de uma profissão erudita e representantes de uma instituição de ensino. Quando eles falam ou escrevem como cidadãos, eles devem estar livres de censura institucional ou disciplina, mas a sua posição especial na comunidade impõe obrigações especiais. Como estudiosos e porta-vozes do conhecimento, eles devem lembrar que o público pode julgar a instituição da qual faz parte por suas declarações. Eles devem ser sempre precisos, mostrar respeito pelas opiniões alheias, e fazer todos os esforços para indicar que eles não estão falando pela instituição.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> POST, Robert C. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education**. v. 64, n. 4, 2015. p. 537-538.

<sup>247</sup> Segundo Alstyne, o termo ‘extramuros’ é usado em sentido figurado em referência a declarações feitas fora da relação de trabalho e não apenas em referência a declarações feitas fora dos muros do *campus*. ALSTYNE, William W. Van. The constitutional rights of teachers and professors. **Duke Law Journal**. n. 5, 1970, p. 846.

<sup>248</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 127.

<sup>249</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Para os membros do Comitê da Declaração de 1940, se a administração de uma faculdade ou universidade sente que um professor não observou as advertências acima mencionadas e acredita que as declarações extramuros do professor deram origem a sérias dúvidas sobre sua aptidão para continuar no cargo, pode prosseguir para apresentar processo disciplinar contra ele. Continua aquela comissão afirmando que, ao insistir na responsabilização, a administração deve se lembrar que os professores, antes de tudo, são cidadãos e deve ser concedida a eles a mesma liberdade dos cidadãos comuns. Em tais casos, a administração deve assumir a plena responsabilidade, e a AAUP e a *Association of American Colleges* são livres para fazer uma investigação.

Em suas declarações extramuros, é óbvio que os professores universitários têm a obrigação de evitar declarações precipitadas, não verificadas ou exageradas, e abster-se de formas intempestivas ou sensacionalistas de expressão. Mas, sujeito a estas restrições, não é desejável que os estudiosos, professores e cientistas, devam ser impedidos de dar opiniões pessoais sobre questões controversas, ou que a sua liberdade de expressão, fora da universidade, deve ser limitada às questões abrangidas suas próprias especialidades, pois isso seria "privar um professor universitário dos direitos políticos concedidos a todos os cidadãos"<sup>250</sup>.

O parágrafo acima transcrito também deve ser interpretado de acordo com a "Declaração sobre Enunciados Extramuros" de 1964 que declara que "a expressão da opinião de um membro do corpo docente como cidadão não pode constituir fundamento para sua demissão, a menos que demonstre claramente inaptidão do docente para o cargo. Enunciados extramuros raramente incidem sobre a aptidão do docente para o cargo. Além disso, uma decisão final deve levar em conta o histórico do docente como professor e pesquisador"<sup>251</sup>.

O parágrafo quinto da "Declaração sobre Ética Profissional" também aborda a natureza das "obrigações especiais" do professor:

---

<sup>250</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>251</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **Committee A Statement on Extramural Utterances**. Disponível em: <<https://portfolio.du.edu/downloadItem/153180>>. Acesso em: 27 ago. 2016. Tradução livre do autor.



Como membros de sua comunidade, os professores têm os direitos e deveres dos demais cidadãos. Professores avaliam a urgência destas obrigações à luz das suas responsabilidades em relação ao assunto, a seus alunos, a sua profissão e a sua instituição. Quando eles falam ou agem como pessoas privadas, eles devem evitar criar a impressão de estarem falando ou agindo por sua faculdade ou universidade. Como cidadãos envolvidos em uma profissão que depende da liberdade para sua manutenção e integridade, os professores têm uma obrigação especial para promover as condições de livre investigação e para promover a compreensão do público sobre a liberdade acadêmica<sup>252</sup>.

A interpretação que se pode fazer dos argumentos acima lançados é a de que o professor não possui imunidade irrestrita para se pronunciar sobre qualquer assunto enquanto cidadão, apesar de não ser o único motivo para uma punição. Poderá ser punido, assim, caso o professor demonstre desconhecimento ou incompetência para tratar de certos assuntos, ainda que fora da Universidade (extramuros) e mesmo que esteja exercendo, na ocasião, seu direito de expressão enquanto cidadão.

Para Post, o conteúdo da fala do professor é que vai definir se a conduta pode ser enquadrada ou não como expressão extramuros. Quando o professor dá opinião em público sobre assuntos que não são de sua área de atuação, aquele discurso não pode ser considerado como extramuros. Por outro lado, não importa o local em que é realizada a fala, podendo ser dentro da universidade, pois, a atuação extramuros não se liga ao local da expressão docente, mas à sua substância<sup>253 254</sup>.

Assim como a dimensão extramuros, a dimensão intramuros da liberdade acadêmica não depende da localidade onde esteja o professor, mas do conteúdo de sua fala – apesar de normalmente se dar fora da sala de aula, mas dentro da universidade, em especial em reuniões institucionais ou eventos promovidos pela

---

<sup>252</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **Statement on Professional Ethics**. Disponível em: <<https://www.aaup.org/report/statement-professional-ethics>>. Acesso em: 27 ago. 2016. Tradução livre do autor.

<sup>253</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 113.

<sup>254</sup> Sarlet e Travincas chegam à mesma conclusão ao afirmarem que “é a condição própria de docente, e não o seu lugar de expressão, que constitui o fator determinante para o acoplamento da conduta ao âmbito protegido pelo direito à liberdade acadêmica, concebida como um todo. Sendo este o caso, a ocorrência da conduta no plano fático reclamará, à primeira vista, a proteção concomitante da liberdade de expressão extramuros (e, portanto, da liberdade acadêmica) e da liberdade de expressão, dada a relação de concorrência firmada entre os direitos. Ocorre que tal concorrência tem caráter meramente aparente, posto que deverá ser resolvida em proveito do direito revestido de maior especialidade, qual seja a liberdade de expressão extramuros”. 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. **Joçaba**, v. 17, n. 2, p. 529-546, maio/ago. 2016, p. 543.

instituição –, não dizendo respeito a manifestações que estejam fora de sua área de competência.

Esta é a dimensão que permite ao professor tecer críticas de cunho administrativo à instituição de ensino da qual faz parte, discutir suas políticas institucionais e defender os interesses do corpo docente. Essa parte da liberdade acadêmica tem sua importância devido à capacidade do discurso intramuros de refletir no desenvolvimento das principais atividades da universidade – pesquisa e ensino.

Conforme já relatado, a AAUP defende que os professores não são empregados como outros, pois o ensino universitário possui interesse público, merecendo o professor lugar de destaque, com independência e dignidade asseguradas<sup>255</sup>. Significa que não há dever de lealdade do professor para com a instituição, mas existe uma fidelidade com o bem comum e com a promoção da educação e seu desenvolvimento, de modo que é livre para formular críticas a fim de contribuir com a gestão universitária. Nessa linha, Post nega a ideia de obediência à administração universitária, preferindo falar em deferência a parâmetros profissionais de criação do conhecimento, levando a crer, de maneira acertada, que ocasionalmente as instituições de ensino podem se afastar desses últimos por algum motivo<sup>256</sup>.

É justamente essa possibilidade de crítica que possibilita uma gestão democrática da instituição de ensino. O fato de os professores estarem submetidos a certas regras impostas pela universidade, não significa seu emudecimento.

A liberdade de ensinar é a principal dimensão da liberdade acadêmica.

Vale a pena reproduzir o que a Declaração de 1940 da AAUP estabelece acerca do tema:

Os professores têm direito à liberdade na sala de aula em discutir o assunto, mas eles devem ter cuidado para não introduzir na sua matéria controversia

---

<sup>255</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>256</sup> POST, Robert C. **Democracy, expertise, and academic freedom**. Yale: Yale University Press, 2012, p. 78.

que não tem relação com o seu tema<sup>257</sup>. Limitações da liberdade acadêmica por causa de opção religiosa ou outros por parte da instituição de ensino deve ser claramente indicado, por escrito, no momento da contratação<sup>258</sup>.

Apesar de compreender como uma categoria autônoma, Post leciona que se trata de uma dimensão da liberdade acadêmica que se desdobra da liberdade de pesquisar, pois quem pesquisa possui o direito – e até mesmo o dever – de divulgar os resultados de sua investigação não só em publicações acadêmicas, mas também dentro da sala de aula. Vale esclarecer, porém, que não só aos pesquisadores assiste o direito de ensinar, possuindo a mesma liberdade os que não estão vinculados a pesquisa<sup>259</sup>.

A liberdade de ensinar pressupõe duas condutas diversas, porém intimamente relacionadas: a possibilidade de escolha do conteúdo a ser lecionado e a de escolher a metodologia de ensino que será empregada.

O primeiro problema é proveniente do fato de que os currículos já são apresentados prontos aos professores, dando a entender que os programas de ensino possuem desenho pré-definido. Acontece que todo conhecimento está relacionado a outros e o juízo acerca do que é necessário para explicar algo depende da abordagem a que dará execução o professor<sup>260</sup>.

Para Post, o ensino não pode se limitar a juízos contínuos de pertinência da fala, limitando-se ao estritamente protocolar, posto que inapropriado. Deve-se reservar ao profissional do ensino uma margem de escolha sobre a abordagem dos temas de sua competência, não se permitindo que a universidade se torne um local ortodoxo e engessado. Como a relação de ensino é naturalmente subjetiva

---

<sup>257</sup> Segundo o Comitê de 1970, a intenção desta afirmação não é desencorajar a controvérsia no centro de uma investigação acadêmica livre, mas anotar a necessidade dos professores de evitar continuamente a introdução de material que não tenha relação direta com o objeto de estudo (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>258</sup> Sobre este ponto, o Comitê de 1970 comenta que a maioria das instituições ligadas à Igreja já não desejam mais o afastamento do princípio da liberdade acadêmica implícita na "Declaração" de 1940 (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>259</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 80.

<sup>260</sup> RUSSELL, Conrad. **Academic freedom**. London: Routledge, 1993, p. 89.

(realizada por e para sujeitos), a maneira de ensinar dependerá da relação existente entre professor e alunos e dos tipos de abordagens feitas tendo em vista tornar o assunto cada vez mais compreensível e interessante. É sempre justificável a abordagem de tema que esteja fora do currículo padrão fornecido desde que seja capaz de melhorar a compreensão do objeto de estudo<sup>261</sup>.

Outro problema posto sobre a temática liberdade de cátedra se dá quanto à separação entre ensino e doutrinação. Como já mencionado, doutrinação não é educação e a ocorrência de uma educação liberal ou de doutrinação vai depender da postura do professor perante o seu compromisso individual com o ensino. Diferenciar doutrinação de ensino vai depender do cumprimento das normas profissionais e não do conteúdo da matéria ensinada isoladamente.

Uma terceira questão acerca da liberdade de ensino está em saber se é permitido aos professores expor comentários que possam afetar a sensibilidade política, religiosa ou ideológica dos alunos. Post entende que a extensão da liberdade de ensinar não deve ser tão ampla a permitir a criação de um ambiente hostil de aprendizagem. Não pode o professor desrespeitar ou ridicularizar seus alunos sob o manto da liberdade de ensino, mas também não possui o dever de anuir ou concordar com as ideias do discente.

É contrário ao processo educacional não abordar temas polêmicos ou adotar posturas que sejam impopulares. Se a liberdade de ensino fosse limitada a isso, ter-se-ia, então, que conhecer quais assuntos acarretam desconforto em cada aluno, o que cada um entende por ofensivo, competindo ao corpo docente elaborar planos de ensino tomando por base as sensibilidades individuais, os graus de tolerabilidade e a probabilidade de ofender sujeitos componentes de uma pluralidade que é o corpo discente, o que é, obviamente, impraticável e contraproducente<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good**: principles of american academic freedom. New Haven: Yale University Press, 2009, p. 92-93.

<sup>262</sup> Em relatório específico acerca do tema a AAUP foi categórica ao concluir que “as ideias pertinentes a um assunto em discussão em sala de aula não podem ser censuradas porque um estudante com crenças religiosas ou políticas particulares pode ser ofendido. A instrução não pode prosseguir na atmosfera de medo que seria produzida se um professor se tornasse sujeito a sanção administrativa com base na reação idiossincrática de um ou mais alunos. Isso criaria um ambiente de sala de aula hostil ao livre e vigoroso intercâmbio de ideias necessárias ao ensino e à aprendizagem no ensino superior”. AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **2007 Freedom in**

O relatório temático da AAUP intitulado *Freedom in the classroom* defende que não é doutrinação para os professores esperar que os alunos compreendam ideias e aplicar o conhecimento que é aceito como verdadeiro dentro de uma disciplina relevante. Por exemplo, não é doutrinação para os professores de biologia exigir que os alunos compreendam os princípios da evolução. Na verdade, seria um abandono da responsabilidade profissional não o fazer. Os estudantes devem permanecer livres para questionar crenças geralmente aceitas se puderem fazê-lo, mas os professores de lógica podem insistir que os alunos aceitem a validade lógica do silogismo, e os professores de astronomia podem insistir que os alunos aceitem a proposição de que a Terra orbita ao redor do sol, a menos que em ambos os casos os alunos tenham bons argumentos lógicos ou astronômicos para discordar<sup>263</sup>.

Da mesma maneira, não é a simples adoção de um livro que vai dizer que existe doutrinação em uma universidade. A adoção de um livro somente endossa a ideia de que a obra é digna de discussão, mas não diz nada sobre o tipo de discussão que o trabalho vai provocar ou inspirar<sup>264</sup>.

Em outra declaração, desta vez a *On freedom of expression and Campus speech codes*, a AAUP defende que nenhuma ideia deve ser banida ou proibida em um *campus* livre e aberto e “nenhum ponto de vista pode ser considerado tão odioso ou perturbador que não possa ser expresso”. A ideia da Associação em relação a esse tema é a de que, embora haja o temor de tensões que podem ser geradas pela ampla abertura do discurso, dando guarida a expressões racistas, sexistas, homofóbicas, etc., regras que proíbem ou punem a fala com base meramente em seu conteúdo não podem ser justificadas. Uma instituição de ensino superior não cumpre sua missão se afirma o poder de proscriver as ideias – e os insultos raciais ou étnicos, os epítetos sexistas ou os insultos homofóbicos quase sempre expressam ideias, embora repugnantes. De fato, proibindo qualquer ideia, a

---

**the classroom - report.** Disponível em: <<https://graduate.asu.edu/sites/default/files/freedom-classrm-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>263</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **2007 Freedom in the classroom - report.** Disponível em: <<https://graduate.asu.edu/sites/default/files/freedom-classrm-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>264</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **2007 Freedom in the classroom - report.** Disponível em: <<https://graduate.asu.edu/sites/default/files/freedom-classrm-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

universidade dá um exemplo que prejudica profundamente sua missão acadêmica<sup>265</sup>.

Conforme já mencionado, para Post a liberdade de ensinar está sujeita a regras que disciplinam a profissão docente, porém o regramento jamais poderá atingir o conteúdo da expressão. Assim, a aparente sensação de anarquia dentro do *campus* é o preço a se pagar num espaço que se supõe democrático como as universidades. Post defende que o espaço público é uma arena em que ideias distintas entram em constante conflito e o Estado tem o dever de permanecer neutro perante as diferenças. Segundo o denominado “paradoxo do discurso público”, Post leciona que o debate exige, ao mesmo tempo, abstenção e intervenção por parte do Estado e, nesse aparente contrassenso, adota a posição de que intervenções que tendam a conduzir a uma forma específica de vida em comunidade devem ser vedadas, enquanto que aquelas que não o façam são justificáveis<sup>266</sup>.

Dworkin defende que “em uma democracia, ninguém, por mais poderoso ou impotente, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido” e aduz que se as minorias pretendem ser protegidas contra discriminação por leis do Estado, devem aguentar os insultos provenientes daqueles contrários a tais leis, pois só uma comunidade que permite o insulto como parte do debate público pode legitimamente adotar tais leis<sup>267</sup>.

Seguindo a mesma linha, Sustain aduz que “discursos racista, homofóbicos ou sexualista, mesmo se ofensivos e danosos, não seriam reguláveis enquanto forem parte do intercâmbio de ideias”, então “códigos de discurso das Universidades públicas são predominantemente inconstitucionais”<sup>268</sup>.

Aí é que se verifica mais claramente a íntima relação entre liberdade acadêmica (e por seu turno a liberdade de cátedra) e o princípio democrático. Para

---

<sup>265</sup> AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1992 On freedom of expression and campus speech codes**. Disponível em: <<https://www.aaup.org/NR/rdonlyres/CCB4207F-81FA-4286-8E25-40185AD74519/0/OnFreedomofExpressionandCampusSpeechCodes.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>266</sup> POST, Robert C. El concepto constitucional de discurso público. In: **El Estado frente a la libertad de expresión**. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2011, p. 223.

<sup>267</sup> DWORKIN, Ronald. The right to ridicule. **The New York Review of Books**. march 23, 2006.

<sup>268</sup> SUSTEIN, Cass. O discurso no estado de bem-estar social: a primazia da deliberação política. In: **A constituição parcial**. Belo Horizonte: DelRey, 2009. p. 321.

Post, a academia é o local de qualificação do discurso público que fortalece a deliberação democrática. Para ele, a participação do cidadão na orientação da opinião pública é a continuidade do discurso público. A participação de cada cidadão no debate público está ligada à competência democrática que é o empoderamento cognitivo do cidadão para permitir sua participação no discurso público, pois quem tem conhecimento é menos vulnerável à influência externa e ademais se tornam mais eficazes na fiscalização do Governo<sup>269</sup>.

Assim, sendo a liberdade acadêmica (e a liberdade de cátedra) um meio para se qualificar para otimizar o discurso público, ao fim e ao cabo, a justificativa para se proteger a liberdade é a concreção do princípio democrático. Desta forma, se as instituições de ensino se servem ao interesse público, elas promovem o bem comum, sendo a proteção da liberdade acadêmica, em última análise, para o bem comum (*for the common good*)<sup>270</sup>.

### 2.3 Liberdade de Cátedra na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Apesar de sua importância histórica, como alhures demonstrado, não são muitos os exemplos encontrados na Suprema Corte brasileira acerca do tema liberdade de cátedra.

Existe, porém, o emblemático julgamento logo no início do regime militar de 1964 do *habeas corpus* n. 40.910-PE<sup>271</sup> impetrado em favor de professor de economia que teve sua prisão preventiva decretada por juiz de primeira instância do Recife por ter distribuído aos alunos texto de Carlos Heitor Cony contrário à situação

---

<sup>269</sup> POST, Robert C. **Democracy, expertise, and academic freedom**. Yale: Yale University Press, 2012, p. 33.

<sup>270</sup> POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom**. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 215.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 40.910 Pernambuco**. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 24.08.1964. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57711>>. Acesso em: 10 out. 2016.

política vigente à época. A acusação o enquadrava na hoje revogada Lei de Segurança Nacional n. 1.802/53<sup>272</sup> nos seguintes dispositivos:

Art. 11. Fazer públicamente propaganda:

- a) de processos violentos para a subversão da ordem política ou social;
- b) de ódio de raça, de religião ou de classe;
- c) de guerra.

Pena: reclusão de 1 a 3 anos.

§ 3º Pune-se igualmente, nos termos dêste artigo, a distribuição ostensiva ou clandestina, mas sempre inequivocamente dolosa, de boletins ou panfletos, por meio dos quais se faça a propaganda condenada nas letras a, b e c do princípio dêste artigo.

Art. 17. Instigar, públicamente, desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública.

Pena: - detenção de seis meses a 2 anos.

O ministro relator Hahnemann Guimarães concedeu a ordem justificando que “a denúncia narra fatos que evidentemente não constituem crime”. Em seguida, o ministro Evandro Lins e Silva profere seu voto citando, entre outros, o ministro da Suprema Corte norte-americana William O. Douglas para quem “o governo não pode privar os cidadãos de qualquer ramo do conhecimento, nem impedir qualquer caminho para a pesquisa, nem proibir qualquer tipo de debate. A proibição se estende aos debates particulares entre os cidadãos, aos pronunciamentos públicos através de qualquer meio de comunicação ou ao ensino nas salas de aula. O espírito da livre pesquisa deve dominar nas escolas e universidades”. Mais adiante, cita novamente o mesmo ministro o qual afirma que “aos professores se deve permitir a busca das ideias em todos os domínios. Não deve haver limites para tal discussão”. Por fim, o ministro acompanha o voto do relator, pois “tendo em vista a liberdade de expressão e a liberdade de cátedra, asseguradas em nossa Carta Magna, acompanho o voto do eminente ministro relator, concedendo a ordem por falta de justa causa para o procedimento penal”<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> BRASIL. **Lei 1.082 de 05 de janeiro de 1953. Lei de Segurança Nacional.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 40.910 Pernambuco.** Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 24.08.1964. Disponível em: <



Já o ministro Pedro Chaves, conhecido pelo seu conservadorismo, apesar de ter acompanhado o relator e concedido a ordem por entender que, “exclusivamente no terreno legal”, a denúncia não descrevia fato criminoso, não deixou de opinar sobre o que chamou de abuso de liberdade, nesses termos:

Não podia ter passado pela cabeça de um constituinte, honestamente consciente das necessidades nacionais de transformar o direito de liberdade de cátedra em direito de inculcar no ânimo dos estudantes ideias que são contrárias àquelas proclamadas e consagradas pela Constituição. Estes que abusam da liberdade são os maiores responsáveis pela situação atual. (...) São homens como este, que é professor de Introdução à Ciência Econômica, que vai inculcar nos seus discípulos – 26 rapazes – ideias de desprestígio das Forças Armadas, matéria inteiramente fora do âmbito da cátedra, embora tenha relações com a ciência política, estritamente presa à Introdução das Ciências<sup>274</sup>.

Votou também com o relator o ministro Vitor Nunes Leal que fez discurso em favor da liberdade de pensamento, de pesquisa e de ensino, porquanto, para ele, “se há um lugar em que o pensamento deve ser o mais livre, este lugar é a universidade, que é o laboratório do conhecimento”. E, na conclusão de seu voto, analisou a questão da liberdade universitária alertando que o problema de um professor fazer considerações políticas numa aula de economia deve ser resolvido no âmbito da universidade, pois, segundo entende, citando Huxley: “a universidade é que decide o que ensinar e como ensinar”. Por fim, salientou que “os riscos da liberdade do pensamento universitário são altamente compensados com os benefícios que a universidade livre proporciona ao povo, ao desenvolvimento econômico do País, ao aperfeiçoamento moral e intelectual da humanidade. E assim quer a Constituição, porque, além de consagrar a liberdade de pensamento em geral, também garantiu, redundantemente, a liberdade de cátedra (Art. 168, VII)”<sup>275</sup>.

O julgamento seguiu-se para a concessão da ordem à unanimidade, tendo a Suprema Corte, ainda que sob o regime militar, reconhecido o direito à liberdade de pensamento e de cátedra como basilar para o desenvolvimento do Brasil enquanto

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57711>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 40.910 Pernambuco**. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 24.08.1964. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57711>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 40.910 Pernambuco**. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 24.08.1964. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57711>>. Acesso em: 10 out. 2016.

nação, ainda que alguns ministros tenham se manifestado meramente pela inexistência de crime.

Sorte diferente teve o julgamento do Mandado de Segurança n. 17.108 – São Paulo<sup>276</sup> na segunda turma daquela Corte, quatro anos depois. No caso, os recorrentes – catedráticos, assistentes e instrutores de Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – foram demitidos de seus respectivos cargos pelo Governador do Estado de São Paulo com fundamento no art. 7º., § 1º. do Ato Institucional n. 1 de 4 de abril de 1964<sup>277</sup>. Alegaram em sua defesa que suas garantias constitucionais não estavam suspensas e que a investigação realizada em inquérito militar por comissão de investigação determinada pelo Decreto n. 53.897 (que regulamentou o art. 7º. do AI 1) concluiu pela ausência de responsabilidade dos impetrantes. O Governo do Estado de São Paulo, por seu turno, defende o ato “afirmando sua liberdade na qualificação dos atos a que se refere o preceito invocado no Ato Institucional” e que “o ato impugnado é insuscetível de apreciação quanto ao seu mérito”<sup>278</sup>.

A segunda turma da Suprema Corte, perdendo excelente oportunidade para ratificar o entendimento de que a liberdade de cátedra é importante para a evolução da pesquisa e da evolução da sociedade como um todo, apesar de reconhecer que “a matéria é extremamente delicada, porque envolve a liberdade de cátedra e a verificação de sua deturpação, o que teria justificado o ato do Governo” e que “a liberdade de cátedra não admite meio termo, mas há quem sustente, com boa autoridade, que a sua deturpação em favor de uma pregação ideológica estranha

---

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 17.108 São Paulo**. Relator Ministro Themístocles Cavalcanti. Julgado em: 14.05.1968. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114234>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>277</sup> Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. § 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. (BRASIL. **Ato Institucional n. de 9 de abril de 1964**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016).

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 17.108 São Paulo**. Relator Ministro Themístocles Cavalcanti. Julgado em: 14.05.1968. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114234>>. Acesso em: 10 out. 2016.

aos objetivos da cátedra é a negação da própria liberdade, porque é uma usurpação dos direitos inerentes ao legítimo exercício da cátedra”, não enfrentou o mérito da questão, limitando-se à questão meramente formal: “Não está provado? Não nos cabe dizer que não está. A única preocupação do poder judiciário é verificar se os acusados foram ouvidos. Nada mais. Eles o foram e fartamente”<sup>279</sup>.

### 3 RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL AO ENSINO E À CÁTEDRA

#### 3.1 Restrições aos direitos fundamentais

Inicialmente, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados por outro direito fundamental quando se mostrarem contraditórios em determinada situação concreta e o intérprete – utilizando-se de técnicas de sopesamento ou ponderação entre os possíveis direitos em aparente conflito, seguindo critérios de proporcionalidade – procura encontrar um equilíbrio justo para a questão sem, com isso, afastar necessariamente nenhum dos direitos, sendo estes apenas relativizados.

Segundo Zavascki:

(...) a Constituição consagra um conjunto de direitos fundamentais que, observados abstratamente em sua sede normativa, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando todos igualmente aptos a receber aplicação a mais plena e eficaz. Todavia, na prática, nem sempre é possível estabelecer a convivência harmônica e *simultânea* do conjunto todo dos direitos fundamentais. (...) Daí a razão de se afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, dado que sofrem, além de *restrições escritas* na própria Constituição, também restrições não escritas, mas *imanes* ao sistema, já que inevitavelmente impostas pela necessidade

---

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 17.108 São Paulo**. Relator Ministro Themístocles Cavalcanti. Julgado em: 14.05.1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114234>>. Acesso em: 10 out. 2016.

prática de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais eventualmente em conflito<sup>280</sup>.

Tal se dá pelo chamado princípio da unidade da Constituição, o qual requer a contemplação da Constituição como um todo e a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar conceitos discrepantes. Sobre o aludido princípio doutrina Hesse:

A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição... obriga a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada senão sempre, ademais, no conjunto no que deve ser situada; todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais<sup>281</sup>.

Assim, verifica-se que a colisão de princípios não se resolve com a supressão de um deles em favor do outro, uma vez que são irrevogáveis<sup>282</sup>.

Os direitos fundamentais podem ser limitados, outrossim, pela própria Constituição ou outra legislação (ordinária ou complementar) do Estado, devendo ser sempre em caráter excepcional, pois, conforme já dito anteriormente, os direitos fundamentais são considerados princípios dentro do ordenamento jurídico e, conforme Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>283</sup>.

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

---

<sup>280</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995, p. 15-16.

<sup>281</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48 *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 110.

<sup>282</sup> Sobre o assunto doutrina Canotilho: “Transferindo a possibilidade de restrições para direitos, liberdades e garantias asseguradas sem qualquer ‘reserva de restrição’ pela lei fundamental, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem os ‘direitos dos outros’, as ‘exigências de ordem social’ ou de ‘ordem ética’, se colocar de novo os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1280.

<sup>283</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”<sup>284</sup>.

O importante é ter sempre em mente que a regra é buscar ao máximo a efetividade dos direitos fundamentais por meio de uma interpretação mais ampla possível, devendo as limitações ser realizadas de forma excepcional, sempre atendendo a situações que se mostrem extremamente necessárias.

Por restrição de um direito fundamental entende-se a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma visa proteger. O conceito de restrição a um direito fundamental, assim colocado, não apresenta maiores dificuldades teóricas, as quais devem ser buscadas quando da determinação do alcance permitido às restrições<sup>285</sup>.

Pode-se falar em restrição em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais<sup>286</sup>, e em sentido restrito que são atuações normativas do poder público (“leis restritivas”, nos termos da Constituição portuguesa<sup>287</sup>) modificativas do conteúdo dos direitos fundamentais e que, do ponto de vista da sua dimensão subjetiva, são desvantajosas ou negativas para os titulares reais ou potenciais dos respectivos direitos<sup>288</sup>.

A Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. Porém, a doutrina, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência da Suprema Corte, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5º., inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da

---

<sup>284</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>285</sup> SCHÄFER, **Direitos Fundamentais**. Proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

<sup>286</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 209.

<sup>287</sup> Tanto o artigo 18 da Constituição portuguesa como o artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn regulam a aplicação dos chamados “limites dos limites” dos direitos fundamentais – que serão aqui abordados mais adiante –, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

<sup>288</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 227.

proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º., inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuísticas (fundada no princípio da igualdade).

Alexy identifica a existência de duas teorias sobre as limitações dos direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna.

Segundo a primeira, o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas: o direito e sua restrição, entre as quais há uma relação de restrição. Sendo assim, há, em primeiro lugar, o direito em si (não restringido) e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido.

Embora a teoria externa, na concepção de Alexy, possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo esta teoria, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo as restrições a direitos fundamentais externas ao conceito desses mesmos direitos (direito restringido). Essa relação somente é criada a partir da exigência, externa ao direito em si (não restringido), de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos<sup>289</sup>. Significa dizer que existe um direito à liberdade, que pode sofrer restrições externas em casos específicos.

Para Novais, a teoria externa centra-se na função de defesa (proteção da liberdade e propriedade contra intervenções estatais) dos direitos fundamentais (típica marca da teoria liberal dos direitos fundamentais) e constitui modelo essencialmente orientado para o controle da legitimidade constitucional das intervenções estatais restritivas<sup>290</sup>, pois, para referida corrente, toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais é excepcional e deve ser expressamente prevista.

Para o mesmo autor, esta teoria lida com a diferenciação entre o âmbito de proteção, que se afere com a consideração exclusivamente da norma

---

<sup>289</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277.

<sup>290</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 292.

jusfundamental, e o âmbito de proteção efetivo, resultante da incidência das restrições externas sobre o âmbito primitivamente estabelecido pela norma. “O direito e os seus limites são uma única e mesma coisa, pois tudo o que existe é o direito com conteúdo, à partida, necessária e imanentemente limitado”<sup>291</sup>.

Como bem averba Freitas, a teoria externa parte da noção de que o conteúdo dos direitos fundamentais é ilimitado e, sendo a liberdade e a propriedade direitos pré-estatais, toda e qualquer limitação ou restrição deve se dar através de lei em sentido formal e material. Seu funcionamento pressupõe, inicialmente, a verificação se uma determinada hipótese fática está contemplada como incluída dentro dos limites do âmbito de proteção estatuído pela norma jusfundamental; num segundo momento, em sendo positiva a resposta à perquirição inicial, cuida-se de examinar se há alguma limitação ou restrição estabelecida em lei onerando o conteúdo de tal direito e, ato contínuo, se tal afetação está, de algum modo, constitucionalmente autorizada, com isso chegando-se à conclusão se a limitação ou restrição é legítima ou se viola o conteúdo do direito fundamental<sup>292</sup>.

Ao contrário, segundo a teoria interna, não há duas coisas (o direito e sua restrição), mas apenas uma: o direito individual com um determinado conteúdo. O conceito de restrição dá lugar ao de limite. Assim, não existem aqui restrições a um direito, mas definições de até onde vai este direito. Eventuais dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser a restrição que lhe deve ser imposta, mas dúvidas sobre seu próprio conteúdo. Quando se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes”<sup>293</sup>.

A teoria interna pressupõe a não limitação dos direitos fundamentais, eis que considera existir desde o momento inicial o direito com um específico conteúdo, de forma que uma posição jurídica que exceda dito conteúdo não existe, isto é, não goza de proteção jusfundamental. Para esta teoria, os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios,

---

<sup>291</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 315.

<sup>292</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 139.

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277-278.

já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo<sup>294</sup>.

Então, para a teoria interna não há que se falar em restrição de direito fundamental, já que tal conceito importa em diminuição de seu conteúdo; sendo os limites, para esta teoria, imanentes, e o conteúdo do direito definido desde a compreensão que se deva ter da norma jusfundamental que sobre ele dispõe, o respectivo processo de aplicação pressupõe o exame das circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve afetação do âmbito aparentemente protegido e se esse conteúdo aparentemente protegido e afetado vale como conteúdo verdadeiramente protegido.

Se o conteúdo é apenas aparentemente protegido, a hipótese fática não compõe o conteúdo do direito fundamental em questão, eis que excluída, já a partida, por uma das modalidades dos limites imanentes. Caso exista norma infraconstitucional que exclua a hipótese fática de proteção, à luz da teoria interna, cuida ela apenas de elucidar algo que já se continha implícito na norma. É dizer: não é o legislador ordinário que restringe o direito, mas apenas explicita o que já era limitado de forma imanente<sup>295</sup>.

Logo, diferentemente do que defende a teoria externa, os limites não seriam elementos externos legitimadores de intervenções no conteúdo dos direitos fundamentais, mas imanentes a eles (concretizações da sua substância jurídica) e a eventual previsão desses limites como reservas de intervenção do legislador ou como restrições teria, na verdade, o caráter de mera declaração. As leis constituídas com base nas reservas não constituiriam limites, mas revelariam as fronteiras do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais<sup>296</sup>.

No caso da teoria externa, a legislação feita com base nas reservas opostas às normas de direitos fundamentais era considerada, *a priori*, como sendo inimiga da

---

<sup>294</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

<sup>295</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

<sup>296</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 313-314.



liberdade, esquecendo-se que, por um lado, os direitos fundamentais carecem, sob pena de não realização, de ser legislativamente concretizados e conformados e, por outro, que a legislação do Estado de Direito dos nossos dias tanto prossegue o interesse público como os individuais<sup>297</sup>.

Alexy ressalta que entre a teoria interna e a externa existe mais do que controvérsia terminológica, de construção teórica ou conceitual. Corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade e do Estado tenderá mais para a teoria externa. Ao contrário, aquele que vislumbrar uma necessária integração do indivíduo na comunidade (para quem o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade) perfilhará a adoção da teoria interna.

Enquanto a teoria externa orienta-se para o controle de legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais (em que, caso numa situação fática se concluísse posteriormente que sobre tal conteúdo incidia uma verdadeira restrição, passava-se a averiguar se essa restrição possuía justificação constitucional adequada para, só então, apurar se havia uma restrição legítima do direito fundamental, ou se, ao contrário, ele que estava sendo violado), a teoria interna, ao eliminar as distinções entre âmbito de proteção e âmbito de garantia de um direito fundamental desarma o cidadão perante o Estado, reforçando o campo de intervenção deste e dando azo a uma falta de controle de sua atuação perante os cidadãos, pois para os defensores desta teoria tudo reside em verificar se estamos diante um verdadeiro exercício de direito fundamental ou apenas perante uma sua manifestação aparente<sup>298</sup>.

A resposta sobre a prevalência de uma ou outra teoria dependerá, fundamentalmente, do entendimento sobre os direitos individuais: se se considerar que eles consagram posições definitivas (regras), então será aplicada a teoria interna; entretanto, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (princípios), então há de se considerar correta a teoria externa<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 310.

<sup>298</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 316.

<sup>299</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334-335. Após a realização da análise das duas

Pelo critério da generalidade – o mais utilizado para distinguir regras de princípios, segundo Alexy – estes são normas com grau de generalidade e abstração relativamente alto, vinculando-se mais nitidamente a valores e carecendo de concretização, ao contrário do que ocorre com as regras que são passíveis de aplicação em termos definitivos mediante uma subsunção dos fatos concretos<sup>300</sup>. Conforme Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>301</sup>, enquanto que as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Significa dizer que, se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, pois regras “contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>302</sup>.

Ao contrário das regras, que possuem uma dimensão de validade, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto e entram em colisão, eles não são excluídos do ordenamento jurídico, mas são submetidos a uma ponderação pela qual, na decisão do caso, ocorre a cedência de um perante o outro, levando-se em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa saber em que medida cada um cederá espaço ao outro<sup>303</sup>.

---

teorias, MENDES assume a posição que entende que os direitos fundamentais não de ser concebidos, primordialmente como princípios. Concordamos com esta posição, até porque acreditamos ser equivocado definir o conteúdo de um direito somente após o seu confronto com todos os demais direitos. Os critérios de definição dos direitos devem ser objetivos e *a priori*. Ao contrário, entendendo que as normas de direitos fundamentais podem revestir tanto a forma de regras quanto de princípios, verificar BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 159. Na defesa de uma terceira corrente, BORNHOLDT afirma que os direitos fundamentais não são princípios nem valores, mas verdadeiros direitos, pois existe um âmbito material para o qual são destinados e também por não serem, segundo afirma, oriundos de um qualquer direito natural, nem valem fora do ordenamento jurídico. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78-79.

<sup>300</sup> Nos dizeres de Dworkin, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>301</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>302</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91.

<sup>303</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

Já com as regras jurídicas, quando duas delas aparentemente incidirem sobre determinada situação fática, a solução que levará ao reconhecimento da invalidade de uma delas se realiza através do recurso aos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade<sup>304</sup> ou à aplicação de uma cláusula de exceção que porventura tenha sido introduzida.

Assim, os direitos sustentados nas normas constitucionais de direitos fundamentais que possuem, *a priori*, natureza de princípios, só se converterão em direitos definitivos após ultrapassarem o crivo da ponderação com princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto<sup>305</sup>.

No que tange ao conceito de restrição a direitos fundamentais, Alexy explica que “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”<sup>306</sup>. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade.

Uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio do direito fundamental. Assim, pode-se afirmar que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”<sup>307</sup>. Apesar de parecer redundante, o presente conceito evolui no sentido de afirmar que as restrições são dadas a partir de normas.

Nesse sentido, Mendes afirma que os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com

---

<sup>304</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

<sup>305</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 339.

<sup>306</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 281.

<sup>307</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 281.

fundamento imediato na própria constituição (restrição mediata)<sup>308</sup>. Se a lei for inconstitucional, ela pode até ter natureza de intervenção, mas nunca de uma restrição, ou seja, normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição<sup>309</sup>.

Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.

Além das regras, os princípios também podem ser restrições a direitos fundamentais. Princípios restritivos não são capazes, por si só, de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (de não-liberdade ou não-direito), pois para tanto é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o restringe(m). Assim, um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo<sup>310</sup>.

Dito isto, é importante ter em conta da existência de restrições que são provenientes diretamente da Constituição e outras restrições indiretamente constitucionais.

Como se tratam de direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas igualmente de hierarquia constitucional (restrições diretamente constitucionais) ou normas infraconstitucionais cuja criação é autorizada pela Constituição (restrições indiretamente constitucionais).

---

<sup>308</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 336.

<sup>309</sup> “Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 337.

<sup>310</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 284-285.

Um exemplo de restrição diretamente constitucional é dado por Alexy baseado na Constituição alemã, mas que se aplica também ao Brasil. Trata-se do direito de reunir-se “pacificamente sem armas” trazido em ambas as constituições alemã e brasileira. Essa expressão pode ser interpretada tanto como parte do suporte fático (considerando o caráter pacífico e a ausência de armas como condições para que se dê ensejo à proteção constitucional), quanto como a formulação de uma cláusula restritiva (quando expressa de forma negativa – nem não-pacífica, nem com armas – as condições para a exclusão da proteção constitucional). Assim, a expressão “pacificamente sem armas” possui a peculiaridade no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva<sup>311</sup>.

Já quando se fala em restrições mediante direitos de terceiros, estes só serão considerados restrições diretamente constitucionais quando forem direitos de hierarquia constitucional. Ao contrário, direitos que dependam de normas infraconstitucionais do legislador ordinário, não serão restrições diretamente constitucionais.

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontram-se nas cláusulas de reserva explícitas que são as disposições constitucionais que expressamente autorizam intervenções e restrições.

Tais reservas são divididas em simples e qualificadas. Nas primeiras, a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida, há uma remissão abrangente ao legislador, que tem autorizada a possibilidade de restringir o âmbito de proteção de direitos fundamentais, inclusive por meio da densificação de conceitos ou institutos jurídicos; enquanto que nas reservas qualificadas há uma limitação ao conteúdo da restrição, a Constituição fixa as condições em que se fará a restrição, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados. Sempre que se faz menção a leis ordinárias como forma de restrição, é estabelecida uma

---

<sup>311</sup> Outro exemplo de restrição diretamente constitucional é a quebra de sigilo das comunicações telefônicas em que a própria Constituição Federal já prevê as possibilidades de quebra. Por se tratar de reserva de lei simples (assunto abordado adiante), o legislador tem uma discricionariedade considerável pois não há previsão de condição especial alguma a ser por ele observada.

competência para impor restrições. Na medida em que neles se faz referência a leis ordinárias, esses dispositivos podem ser considerados como “cláusulas implícitas de reserva”<sup>312</sup>. Pode-se citar como exemplo em que a própria constituição não restringe, mas determina uma possibilidade de restrição é o inciso XIII do art. 5º. segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, o direito ao exercício profissional pode sofrer limitação pela imposição por lei de certos requisitos relativos a uma determinada qualificação profissional, por exemplo.<sup>313</sup>

Como explica Mendes,

Tem-se simples reserva legal ou simples restrição legal (*einfacher Gesetzesvorbehalt*), quando a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei. É o que se verifica, *v.g.*, no que concerne à proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI).

Diversamente, tem-se uma reserva legal ou restrição qualificada (*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*), quando a Constituição não se limita a reclamar que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados (Ver CF, art. 5º, XIII – liberdade de exercício profissional e CF, art. 5º, XII – sigilo de correspondência).<sup>314</sup>

O principal problema das reservas é a sua delimitação. Essa questão envolve aspectos formais e materiais. Os primeiros são relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, ao seu procedimento e a forma de realização. Entretanto, o que interessa para o presente estudo é o aspecto material que se refere ao exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições das reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pelo princípio de proteção do núcleo essencial à aplicação do princípio da proporcionalidade e, outrossim, pelo dever de sopesamento.

<sup>312</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 291-292.

<sup>313</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 161.

<sup>314</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo, n.8, p. 11-25, jul. 1993, p. 13.

Essa concepção apresenta problemas na medida em que existe o perigo de uma submissão muito forte aos direitos fundamentais, o que pode reduzir a tarefa do legislador a uma simples confirmação do juízo de ponderação sobre os princípios relevantes.

Não significa dizer que, conforme ensinamento de Barros, em se tratando de reservas legais específicas, nenhum espaço de liberdade restaria ao legislador, até porque há uma multiplicidade de situações a ser levada em consideração na justificação de uma interferência legal aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Mesmo quando a Constituição delimita a intervenção na esfera dos direitos fundamentais, especificando certas condições ao legislador, nem sempre há determinação global desses limites. A previsão da finalidade da restrição não exclui a liberdade de escolha de meios. É evidente, então, que o exame de constitucionalidade de uma norma legal não dispensa a verificação da adequabilidade dos meios escolhidos em face do fim previsto<sup>315</sup>.

Alexy cita Häberle, para quem “todas as restrições admissíveis aos direitos fundamentais [seriam] imanentes a eles” e, por isso, o legislador não deteria propriamente competência para imposição de restrições, mas competência para interpretação dos limites. A razão para a atribuição dessa competência ao legislador residiriam, sobretudo, na existência de uma discricionariedade interpretativa<sup>316</sup>.

Uma dificuldade dessa teoria interpretativa das reservas é a existência de inúmeros casos em que o legislador decide se quer ou não estabelecer restrições a um direito fundamental. Assim, as reservas não conferem somente poderes ao legislador para estabelecer aquilo que já se encontra vigente, mas também para que o legislador estabeleça o que Bachof chama de uma “real restrição à liberdade”, ou seja, “estabelecer restrições com efeito constitutivo no âmbito da liberdade para além do ponto estabelecido diferentemente pela própria Constituição”<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 166-167.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 293.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 294.

Há, ainda, direitos fundamentais que não estão expressamente sujeitos à reserva de lei restritiva, ou seja, não estão *prima facie* sujeitos a limitações por parte dos poderes públicos, porém não significa que tais direitos sejam insuscetíveis de qualquer restrição. Existem inúmeras situações concretas de exercício desses direitos que revelam ser quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de terceiros.

### 3.1.1 Limites dos Limites

Novais entende genericamente como restrição qualquer ação ou omissão estatal – aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário – que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando “as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, seja porque enfraquecem “os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”<sup>318</sup>.

Verifica-se, entretanto, que tais restrições são limitadas. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso que se afirma que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade<sup>319</sup>. Tais limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais uma vez que não se pode falar em liberdades ou direitos ilimitados e que é tarefa por excelência da interpretação constitucional tornar seus contornos os mais claros possíveis.

Não é demais repisar que os direitos fundamentais não são absolutos, pois, além de não poderem ser utilizados ilicitamente, nem isentarem de responsabilidade civil e penal os que deles abusarem, devem conviver com os demais direitos

---

<sup>318</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 157.

<sup>319</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296.



previstos na Constituição, não podendo eliminar iguais direitos de outras pessoas ou da coletividade, sendo certo que a restrição a direitos fundamentais se dá de forma excepcional, somente admitida quando for imprescindível à salvaguarda e concretização de outro interesse, valor ou bem jurídico igualmente protegido pela Constituição<sup>320</sup>.

O mínimo de direitos deve ser mantido e esse mínimo é o limite material absoluto chamado núcleo essencial, que não pode ser destruído, sendo reduto invencível.

Assim como sacrifícios humanos não podem ser garantidos pela liberdade religiosa, a calúnia não é garantida pela liberdade de expressão. Ambos os direitos encontram seus limites, implícita ou explicitamente no texto constitucional. São os chamados limites constitucionais não escritos, limites imanentes ou limites dos limites. Segundo Virgílio Afonso da Silva<sup>321</sup>, a opção pelo termo “limite” é proposital já que se pretende denotar que, nesses casos, não se deve falar em restrições aos direitos fundamentais ou colisões entre eles, mas de meros limites que decorrem da própria Constituição.

Os limites imanentes diferem das restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisões porquanto nestas se constituem novas restrições a direitos fundamentais, enquanto que naquelas o que a interpretação constitucional faz é apenas declarar limites previamente existentes. Assim, quando se fala em proibição, não se quer falar em proibição instituída por alguma restrição àquelas liberdades, mas em proibição de mera não-proteção<sup>322</sup>. Para Freitas, “afirmar que os direitos fundamentais têm limites imanentes importa dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas constitucionais fundamentais ao

---

<sup>320</sup> SARLET afirma de maneira categórica: “Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo afirmar-se que o art. 5º., §1º., da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais. (...) Isso significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.” SARLET, ... p. 324-325.

<sup>321</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

<sup>322</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras”<sup>323</sup>. Os limites imanentes se traduzem em limites do conteúdo da proteção constitucional incluído no âmbito de rotação da norma jusfundamental.

Canotilho afirma que os limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, no caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade e garantia<sup>324</sup>.

Os ‘limites imanentes’ justificar-se-iam em virtude da existência de ‘limites originários ou primitivos’ que se imporiam a todos os direitos: (i) ‘limites constituídos por direitos dos outros’; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma ‘cláusula de comunidade’ nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre ‘limitados’, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

Esta posição merece sérias reticências. Transferindo a possibilidade de restrições para direitos, liberdades e garantias asseguradas sem qualquer ‘reserva de restrição’ pela lei fundamental, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem os ‘direitos dos outros’, as ‘exigências de ordem social’ ou de ‘ordem ética’, se colocar de novo os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador. Quer dizer: o giro copernicano assinalado por KRÜGER – ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais’ – acabaria por ser neutralizado, pois a ‘doutrina da regulamentação das liberdades’ reapareceria encapuçada sob a forma de limites imanentes<sup>325</sup>.

Vieira de Andrade diferencia três concepções relacionadas aos limites imanentes. Conforme a primeira, os limites imanentes se estabelecem em razão dos limites de não perturbação, na medida em que cada direito está limitado pelos demais direitos existentes e que, em igual medida e condições, todos devem ser considerados e preservados. Esses seriam, então, limites internos, resultantes de situações de conflito entre os diversos valores representativos das várias facetas da dignidade da pessoa humana.

A segunda concepção considera a chamada cláusula de comunidade (exigências mínimas de vida em sociedade) como valor elementar e condição *sine*

---

<sup>323</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83

<sup>324</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282.

<sup>325</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1280.

*qua non* para subsistência em vida social. Esta compreensão se diferencia da primeira pela maior vastidão do espectro de circunstâncias que considera eficazes na delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, em vista de que na primeira são considerados os limites internos, enquanto na segunda o acento está nos limites ditos externos, embora os internos sejam igualmente considerados.

Já a terceira concepção apresentada pelo autor entende os direitos fundamentais como tendo seu conteúdo limitado pelas denominadas lei gerais, assim entendidas determinadas normas ordinárias com caráter imperativo, em especial as leis civis e penais. Esta compreensão se mostra de frágil construção porquanto assentada na hipótese da subversão da hierarquia das normas, sujeitando o conteúdo de todos e quaisquer direitos fundamentais a reserva legal de molde a somente afirmarem a respectiva exigência no âmbito da legislação infraconstitucional.

Preconiza o citado autor, por fim, que os limites imanentes pressupõem uma tal interpretação das normas jusfundamentais que permita, desde logo, a limitação do âmbito de proteção da norma, dele excluindo aquelas hipóteses fáticas incompatíveis ainda que não expressamente ressalvada na definição textual do direito<sup>326</sup>.

Conforme Alexy, o art. 19, parágrafo 2º. da Constituição alemã estabelece um limite adicional à restrição e à restringibilidade dos direitos fundamentais ao proibir a afetação desses direitos em seu conteúdo essencial, pois se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais<sup>327</sup>.

O autor lembra, ainda, que a interpretação objetiva de Friedrich Klein para quem o dispositivo citado proíbe “que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou ainda para a vida social”, pode coexistir

---

<sup>326</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 275-287 *apud* FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 84-87.

<sup>327</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296.

com as interpretações da teoria subjetiva, mas não poderá substituí-la. O problema da garantia do conteúdo essencial pode ser mais facilmente solucionável no âmbito de uma teoria objetiva do que no de uma teoria subjetiva, porém esta não deve ser desprezada, pois, segundo afirma, a natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva<sup>328</sup>.

As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Os adeptos da teoria absoluta entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Seria um núcleo fundamental determinável em abstrato e intocável por ser dotado de maior intensidade valorativa. Assim, haveria um espaço que seria suscetível de limitação pelo legislador e outro insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

Já os que defendem a teoria relativa entendem que o núcleo essencial deve ser definido caso a caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo e não poderia ser apartado dos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade (que serão analisados adiante). Assim, o núcleo essencial seria o mínimo insuscetível de restrição ou redução com base num processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. Por esta teoria, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório<sup>329</sup>. Se for adotada uma perspectiva relativa da defesa do núcleo essencial, esta dificilmente pode ser distinguida do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso e da ponderação.

A adoção de uma perspectiva absoluta, por sua vez, conduz que à sua identificação com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da

---

<sup>328</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296-297.

<sup>329</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350-351.

igualdade ou da dignidade da pessoa humana, quer a uma difícil e pouco consistente tentativa de identificar um núcleo irreduzível de proteção.

Ambas as teorias procuram assegurar maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservá-los contra uma ação legislativa desarrazoada, porém ambas também apresentam fragilidades. Quanto à teoria absoluta, ela pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade (ou até impossibilidade) de se demonstrar em abstrato a existência desse mínimo essencial, ao acolher a noção de que o núcleo essencial é insuscetível de redução legislativa. A crítica que se faz à teoria relativa, por sua vez, é que pode conferir flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais, o que pode descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional<sup>330</sup>.

Diante disso, Hesse reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas e também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais uma vez que a proporcionalidade, segundo afirma, não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade como direito afetado pela medida<sup>331</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu artigo 60, parágrafo 4º., IV uma cláusula que reforça a ideia de um limite do limite ao vedar expressamente qualquer proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente nenhuma das teorias acima apontadas sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, é indubitável que a referida vedação decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte, uma vez que não garantir um limite à restrição aos direitos fundamentais tornaria inócua qualquer proteção constitucional<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352.

<sup>331</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352.

<sup>332</sup> MENDES traz como exemplo o julgamento do HC 82.959 (rel. Min. Marco Aurélio) em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial. Afirma o autor que: "Não é difícil perceber que a fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade

Canotilho aponta para a existência de requisitos formais e materiais, positivados na Constituição, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem imperativamente satisfazer, que podem estar contidos em regras ou princípios da própria Constituição.

Os requisitos formais atuam como uma “zona de proteção formal” (exigência de expressa autorização restritiva contida na Constituição) e os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípios da proporcionalidade da generalidade e abstração, da não-retroatividade e da salvaguarda do conteúdo essencial)<sup>333</sup>.

Como requisito formal, o citado autor inclui a exigência de autorização de restrição expressa de direitos, liberdades e garantias que tem como objetivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva<sup>334</sup>.

Além da expressa previsão constitucional, a restrição de direitos, liberdades e garantias só podem ser realizadas através de lei formal, o que reafirma o Parlamento como “amigo” das liberdades e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos, além de significar a exigência de uma cadeia ininterrupta de legitimidade legal relativamente aos atos que restrinjam direitos, liberdades e garantias<sup>335</sup>.

---

de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. O regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a ideia de individualização” in MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355.

<sup>333</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 452.

<sup>334</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 452.

<sup>335</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 453.

Além do mais, as leis restritivas devem possuir caráter geral e abstrato, ou seja, devem se dirigir a um número indeterminado ou indeterminável de destinatários ou regular um número indeterminado ou indeterminável de casos, a fim de se proibir leis de natureza individual e concreta restritivas de direitos, liberdades e garantias. Isso porquanto as leis particulares de natureza restritiva violam o princípio da igualdade, representam a manipulação da forma da leis pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais, e não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção nem alternativas de ação e racionalidade de atuação<sup>336</sup>.

Outro requisito trazido por Canotilho é o da não retroatividade da lei restritiva. Uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias será retroativa quando as consequências jurídicas atribuídas aos fatos por ela regulados se produzem no passado, ou seja, numa data anterior à da sua entrada em vigor. Esta retroatividade é inconstitucional por ferir princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, além de ser arbitrária e restritiva de direitos, liberdades e garantias<sup>337</sup>.

Ainda, o princípio da proibição do excesso significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação legal ou com base em lei deve ser adequada (apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei), necessária (exigível) – só se deve lançar mão de lei restritiva quando não houve outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos restringidos – e proporcional (com justa medida, ou seja, pode ser inconstitucional uma lei que adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas ou excessivas, ainda que seja adequada e necessária)<sup>338</sup>.

Por fim, entre os requisitos propostos por Canotilho está o princípio da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Para tanto é necessário se conhecer qual o objeto e qual o valor de sua proteção.

---

<sup>336</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 454.

<sup>337</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 456.

<sup>338</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457.

Quanto ao objeto de proteção, existem a teoria objetiva e a subjetiva. A primeira considera como objeto de proteção do preceito a garantia geral e abstrata prevista na norma (visa assegurar a eficácia de um direito fundamental em sua globalidade), enquanto que a teoria subjetiva toma como referente a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental o direito subjetivo do particular, afirmando que, de modo algum, pode ser sacrificado o direito subjetivo de uma pessoa a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado<sup>339</sup>.

No que tange ao valor de proteção, as teorias absolutas veem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstratamente fixado, ou seja, para esta teoria, o núcleo essencial é uma posição subjetiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto, enquanto que as teorias relativas veem no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e conseqüentemente subtraída à disposição do legislador<sup>340</sup>.

Por fim, Canotilho aponta casos especiais de restrição tais como a perda de direitos fundamentais quando o cidadão utiliza de forma abusiva para “combater a ordem fundamental livre e democrática” como previsto na Constituição alemã. Uma coisa é não ter direito a destruir direitos ou exercer atividades para destruição de direitos, outra é institucionalizar a lógica da perda de direitos por utilização abusiva<sup>341</sup>.

O direito fundamental também pode ser restringido por força de um estatuto especial a que o cidadão eventualmente esteja vinculado como militares, presos e estudantes. Tais estatutos podem gerar problemas na ordenação entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais que devem ser resolvidos à luz dos direitos fundamentais mediante uma tarefa de concordância prática e de

---

<sup>339</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 458-459.

<sup>340</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 459-460.

<sup>341</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 461-462.



ponderação, possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.

Não significa que os cidadãos regidos por tais estatutos renunciem a direitos fundamentais (em face do princípio da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, trata-se somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Os estatutos devem encontrar fundamento expreso na Constituição, salvo na hipótese de ser estritamente necessário para salvaguardar bens constitucionalmente positivados e expressamente definidos pelas instituições onde se desenvolvem estas relações (por exemplo, limitações de alguns direitos aos funcionários dos serviços de estrangeiros)<sup>342</sup>.

### 3.1.2 Princípio da Proporcionalidade como Limite às Leis Restritivas de Direitos Fundamentais

O princípio da proporcionalidade<sup>343</sup> tem o condão de não transformar uma injustiça arbitrária em “justiça sob a forma de lei”, vedando excessos de modo que a autorização constitucional conferida ao legislador ordinário para impor restrição ao âmbito do direito fundamental não desborde em intervenção desarrazoada. Trata-se de instrumento de controle das restrições dos direitos fundamentais com o fito de que estas se tornem adequadas aos fins legítimos almejados e constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática.

Tal princípio permite que a eficácia normativa dos princípios constitucionais seja maximizada, respeitando-se, todavia, o núcleo essencial de cada um, de modo

---

<sup>342</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 466-467.

<sup>343</sup> Entende Eros Grau que é equivocada a definição da proporcionalidade como “princípio”. Para ele, tanto proporcionalidade como razoabilidade “ são, destarte, postulados normativos de interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones de interpretação –, e não princípios”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181.

que a maior eficácia de um princípio não signifique o aniquilamento daquele princípio que teve sua carga normativa diminuída.

Para Canotilho, a ponderação de bens jurídicos-constitucionais se assenta na ideia: “(1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex.: o bem da saúde pública não é superior ao direito de greve); (2) de que a ponderação é feita entre bens constitucionais; não é uma ponderação de valores extraconstitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos; (3) a otimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer exercício abusivo, arbitrário ou inespecífico de um direito fora do respectivo âmbito de proteção, pois o problema dos limites imanes é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo constituir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados”<sup>344</sup>.

Assim, o princípio da proporcionalidade exige que a lei restritiva de direitos fundamentais respeite seus três elementos formadores, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, a fim de ponderar os bens jurídicos constitucionalmente protegidos em análise.

Conforme Alexy, a chamada “máxima da proporcionalidade em sentido estrito”, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Assim, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma vai depender do princípio antagônico que se está enfrentando.

Destarte, para se chegar a uma decisão, faz-se necessário sopesar os termos da lei de colisão, uma vez que a aplicação de todos os princípios válidos é obrigatória. Verifica-se, portanto, que o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da

---

<sup>344</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282.

proporcionalidade me sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais<sup>345</sup>.

Barros salienta que na maioria das vezes em que se está em julgamento a proporcionalidade de uma medida restritiva é difícil identificar o vício da lei sob apenas uma das suas vertentes, uma vez que a violação ao princípio da proporcionalidade faz com que imbriquem vários elementos que o configuram e o resultado do teste aplicado pode, ainda, conectar-se com outros tipos de vícios que também afetam o conteúdo da lei, como, por exemplo, quando a violação ao princípio vem acompanhada de atentado a outros princípios ou regras constitucionais, mas os fundamentos de cada qual são perfeitamente distinguíveis<sup>346</sup>.

Para o subprincípio da adequação, importa saber se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Significa dizer que, sob a ótica da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado (essa questão é importante na perspectiva do princípio da necessidade que será visto adiante).

A adequação dos meios aos fins é uma exigência de que toda medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, baseada no interesse público, pois se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

Conforme Barros, o exame da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo, ou seja, somente quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Assim, o erro de prognose legislativa é tolerado, até porque a adequação deve ser aferida no momento em que

---

<sup>345</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117-118.

<sup>346</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 77-78. A autora apresenta como exemplo o caso de uma restrição desigualitária, em que o legislador, além de impor uma restrição em si mesma desarrazoada, o faz em relação a apenas um grupo de pessoas.

o legislador tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos<sup>347</sup>.

Já o subprincípio da necessidade ou da exigibilidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, porém menos gravosa, ou seja, deve utilizar o meio menos gravoso (a menos restrição possível) e o mais idôneo para a consecução do fim, baseado no interesse público.

A necessidade de uma medida restritiva traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. No caso, o juiz deve indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado<sup>348 349</sup>.

Assim, pode-se concluir que aquilo que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Num caso concreto, o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva deve ser realizada através de uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito. Significa dizer que haverá uma margem de livre apreciação do juiz que nem por isso retira seu caráter objetivo, antes se aplica pela própria natureza da ciência do direito. Barros registra que o processo de avaliação da necessidade de uma medida legal restritiva de direito é controlável e

---

<sup>347</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 80.

<sup>348</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 82.

<sup>349</sup> Alexy apresenta a seguinte estrutura: “o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1. Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. (...) Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. (...) No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. (...) Portanto, o exame da necessidade que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119.

pode ser respaldada por provas, já que, assim como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas<sup>350</sup>.

Ainda que adequada e necessária a medida restritiva de direito fundamental, pode ser que em determinada situação resulte uma sobrecarga ao atingido que não seja compatível com a ideia de justa medida. Assim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – também chamado de regra da ponderação – aparece como importante instrumento para indicar se o meio utilizado está em razoável proporção ao objetivo almejado<sup>351</sup>.

Nesse sentido, a proporcionalidade *strictu sensu* surge quando estão em causa situações em que não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo utilizando-se somente os princípios da adequação e da necessidade<sup>352</sup>. Como dito por Mendes, a proporcionalidade assume o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão<sup>353</sup>.

Em razão dessa característica de se apresentar principalmente quando da interpretação de um caso concreto, apesar de considerar um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais, Bonavides demonstra preocupação de que o emprego do critério de proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um

---

<sup>350</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 83.

<sup>351</sup> BARROS informa que a diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 85-86.

<sup>352</sup> Seguindo o modelo formulado por Alexy para explanar sobre a regra da necessidade, Barros apresenta situação hipotética semelhante: “Imagine-se a situação em que M1 e M2 são meios igualmente adequados para a realização de um fim F, reclamado pelo direito D1. M2 afeta a realização de D2 menos que M1, mas, em contrapartida, M1 é menos restritivo a D3 que M2. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger M1, realizar D1 e, com isto, estabelecer preferência de D3 frente a D2; b) eleger M2, realizar D1, dando-se prevalência a D2 em relação a D3, ou c) não eleger nem M1 nem M2, elegendo preferência de D2 conjuntamente com D3 frente a D1. Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito”. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 86.

<sup>353</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 367.

considerável reforço dos poderes do juiz, com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa do legislador.

Por isso, o autor entende que o princípio da proporcionalidade, quando utilizado como via interpretativa, deve entrar em conexão com a chamada “interpretação conforme a Constituição”. Assim, o princípio da proporcionalidade deixaria de ser um artifício de livre-arbítrio nas mãos do aplicador da lei, em detrimento do rigor das regras abstratas contidas na legislação.

Isso porque quando conjugado com o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da proporcionalidade sai fortalecido porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, faz de tudo para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. Dessa maneira, segundo o autor, afasta-se o perigo de que o princípio em análise “viesse a abalar o equilíbrio constitucional dos poderes e resvalar para o governo dos juízes”<sup>354</sup>.

### 3.1.3 Restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais

Além das restrições constitucionais diretas ou imediatas, ou seja, aquelas diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais e das restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição (reserva de lei restritiva), existem as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos<sup>355</sup>.

Explica Canotilho que alguns doutrinadores identificam as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição como limites imanentes. O autor, porém, propõe a substituição desta fórmula para a mais atual porquanto a teoria dos limites imanentes, segundo defende, anda associada à chamada teoria interna das

---

<sup>354</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 426-427.

<sup>355</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1276.

restrições aos direitos fundamentais que não encontra apoio em sua obra, mas sugere que o problema das restrições não escritas deve ser abordado em separado<sup>356</sup>.

Novais reduz a complexidade da questão procurando uma resposta para a seguinte pergunta: “como enquadrar constitucionalmente a inevitável ocorrência de um tipo de limitações que a própria Constituição aparentemente proíbe e qual o regime jurídico que lhes é aplicável?”<sup>357</sup>

Segundo o autor, nenhum dos modelos anteriormente estudados, quais sejam, a teoria externa (a qual atribuía relevância decisiva ao sistema diferenciado de reservas com que a Constituição dotou os direitos fundamentais), a teoria interna (que se apoiava essencialmente na existência de limites imanentes dos direitos fundamentais) e o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios (que fazia da metodologia da ponderação o elemento central da própria teoria dos direitos fundamentais), é capaz de, por si só, fornecer um adequado enquadramento dogmático ao problema constitucional as restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição<sup>358</sup>.

Não pode o sistema constitucional proibir quaisquer restrições a direitos fundamentais desde que não expressamente autorizados pela Constituição, pois é impossível ao legislador constituinte prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais de forma a assegurar a convivência dos referidos bens e direitos constitucionais, em cada caso concreto. É inviável um modelo que assenta na pretensa capacidade de o legislador constituinte resolver adequada e explicitamente toda a série infindável de situações que afetarão a vida e a concretização de direitos fundamentais, posto que imprevisíveis.

Não se trata, outrossim, de considerar como limites imanentes aos direitos fundamentais como defendem alguns doutrinadores<sup>359</sup> – apesar de se imporem por

---

<sup>356</sup> O autor dá o exemplo de que, embora não sejam previstos limites ao direito de greve pela Constituição portuguesa, justificar-se-iam limites constitucionais não escritos a fim de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos (exigência de garantia de serviços mínimos em hospitais, serviços de segurança, etc.). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1277.

<sup>357</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 363.

<sup>358</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 363.

<sup>359</sup> Entre os quais se encontra BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 166 et seq.

uma necessidade de realizar a compatibilização de bens através da ponderação entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais relevantes – como também não se trata de hierarquizar os direitos fundamentais nem de identificar limites não escritos apriorísticos como defende a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, assim, estão submetidos a uma “reserva geral imanente de ponderação”<sup>360</sup> pela qual se busca compatibilizar por um lado, as necessidades de proteção privilegiada e qualificada das liberdades individuais e, por outro, a satisfação, por parte do Estado, das necessidades de vida em comunidade politicamente organizada e, em particular, a garantia dos direitos fundamentais dos outros e a realização dos bens constitucionais<sup>361</sup>.

Explica Gilmar Mendes que a configuração de uma colisão poderia legitimar o estabelecimento de restrição a um direito não submetido à reserva legal expressa, a partir da concepção de existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, como decorrência lógica da necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais. Aduz que a cláusula de reserva legal subsidiária trazida pelo artigo 5º, inciso II da Constituição Federal poderia, aparentemente, facilitar a atividade legislativa, porém alerta que toda ação limitadora deve ser realizada com cautela, “tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa”<sup>362</sup>. por isso, qualquer ação restritiva sem reserva legal expressa deve ser fundamentada também em norma constitucional, a fim de se evitar abusos.

Não é plausível admitir, ainda, a possibilidade de inexistência de limites a um direito fundamental, pois seria o mesmo que se aceitar a incoerente ideia de que um direito fundamental pode ter prevalência absoluta sobre outro direito igualmente fundamental<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 570.

<sup>361</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 574.

<sup>362</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210.

<sup>363</sup> “Ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada (...). Ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjectiva, ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal, que vincula diretamente as entidades públicas e de que estas, mesmo quando actuam nas vestes do legislador democraticamente legitimado, não dispõem livremente e onde só podem intervir desde que preenchidos requisitos constitucionais estritos”. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos**



Ao contrário, a ideia de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição surge justamente da percepção de que não há direitos absolutos nem ilimitados<sup>364</sup>. Os limites ao exercício de um direito, mesmo que se trate de um direito fundamental, decorrem da própria ordem constitucional, ainda que não decorram imediatamente do texto constitucional e nem de reserva legal. Por exemplo, Canotilho entende que o direito de manifestação está sujeito aos limites da “não violência” e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como a liberdade de deslocação, ou seja, está sujeito aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional<sup>365</sup>.

Assim, na medida em que só as circunstâncias particulares de cada caso podem determinar a configuração concreta da compatibilização óptima dos interesses em colisão, a garantia típica proporcionada pelos direitos fundamentais é originária e constitucionalmente consagrada e estruturada como garantia intencionalmente aberta, dada a impossibilidade objectiva de o legislador constitucional regular e prever todas as condições e limitações da sua concretização. Não significa isto que, por vezes, o legislador constituinte não possa consagrar garantias jusfundamentais em termos fechados e definitivos e em moldes susceptíveis de uma aplicação subsuntiva, como se de *regras* se tratasse. Mas, na generalidade dos casos, a Constituição recorre a fórmulas lapidárias abertas, a conceitos indeterminados ou carentes de um preenchimento valorativo que permitam atender, nas circunstâncias da sua aplicabilidade concreta, às exigências dissonantes referidas<sup>366</sup>.

Na sua generalidade, contudo, as normas de direitos fundamentais revestem-se da natureza de princípios ou, recorrendo à terminologia tradicional, “consagram garantias subordinadas a uma reserva geral imanente de ponderação ou de necessidade de compatibilização de valores, bens ou interesses igualmente dignos de proteção”<sup>367</sup>, o que, mesmo quando a Constituição não prevê expressamente, mediante o recurso de fórmulas abertas e a conceitos indeterminados carentes de

---

**Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 570.

<sup>364</sup> MENDES comenta que o tema não passou despercebido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF 130, em que estava em julgamento, entre outros assuntos, a ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Segundo o autor, “a maioria dos Ministros se preocupou em enfatizar a inexistência de direitos absolutos no sistema constitucional pátrio, a necessária coexistência harmoniosa das liberdades, a ausência de primazia absoluta e a priori de um direito sobre o outro e a ponderação como técnica adequada para superar os antagonismos e definir, sempre no caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer” (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210).

<sup>365</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 451.

<sup>366</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 574.

<sup>367</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 575.

um preenchimento valorativo, envolve, consoante as circunstâncias do caso concreto, a possibilidade de sua cedência, afetação desvantajosa, limitação ou restrição por parte dos poderes constituídos.

A força normativa da Constituição e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, apurada a natureza de princípio da norma de direito fundamental em questão, ou seja, admitir a limitação de um direito fundamental em face da necessidade de garantia de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica, se tratará de determinar em que circunstâncias e que bens podem justificar a cedência do direito fundamental e qual a medida admissível dessa cedência, considerando as interpretações efetuadas em abstrato pelo constituinte, bem como as reservas colocadas nos direitos fundamentais.

### 3.2 Restrições ao direito à cátedra

Em artigo intitulado “A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã”<sup>368</sup>, Knudsen comenta acerca da liberdade científica por meio de exemplos extraídos dos julgamentos do Tribunal Constitucional alemão, realizando contraponto entre o artigo 5º. da Constituição alemã<sup>369</sup> com o artigo 19<sup>370</sup> do mesmo diploma legal.

O artigo 5º traz uma lista de garantias em relação à liberdade de expressão, de informação e de imprensa, com especial previsão de que não há censura prévia

---

<sup>368</sup> KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008.

<sup>369</sup> Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

<sup>370</sup> Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

na Alemanha, sendo seus limites fixados nas normas de leis gerais, nos dispositivos legais para proteção da infância e juventude e no direito à honra pessoal.

Mais especificamente no inciso 3 do citado dispositivo legal alemão, é elencado como direito fundamental autônomo a liberdade de expressão artística, científica, de pesquisa e de ensino.

O fato de a lei maior alemã mencionar “ciência, pesquisa e ensino” em conjunto, não significa que sejam direitos postos lado a lado, mas que se tratam de uma unidade sob o direito fundamental da liberdade de ciência. Os termos analisados já foram objeto de avaliação pelo próprio Tribunal Federal Constitucional alemão para quem o conceito comum de “ciência” traduz os termos “pesquisa” e “ensino”, sendo que aquela (como atividade intelectual, com os objetivos de alcançar novos conhecimentos de modo metódico, sistemático e comprovável) provoca sempre, em vista de novas questões, o avanço da ciência. Ao mesmo tempo, ela é o pressuposto essencial para garantir o caráter da doutrina fundamentada na transmissão da ciência, por meio do conhecimento adquirido pela pesquisa<sup>371</sup>.

Já no sentido subjetivo, o entendimento do Tribunal Federal Constitucional alemão é o de que o artigo 5º, alínea 3 da Constituição daquele país protege o direito à liberdade

da atividade científica nele contido, contra ataques estatais e contra qualquer um ativo na área da ciência, ou que nela queira atuar. Esse espaço de liberdade do cientista é protegido fundamentalmente sem reservas, nele imperando a liberdade absoluta perante toda ingerência do poder público. Nesse espaço de liberdade cabem especialmente os processos assentados na própria estrutura e dinâmica da ciência, modos de agir, decisões pela descoberta de conhecimentos, sua interpretação e continuação. Todo aquele que atua na área da ciência, da pesquisa, do ensino tem (...) um Direito de defesa contra toda atuação estatal sobre o processo de produção e mediação dos conhecimentos científicos<sup>372</sup>.

A organização das aulas encontra-se basicamente nas mãos dos professores universitários. Pertence à sua liberdade de ensino, estabelecer seu conteúdo e seu andamento<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> BVerfGE vol. 35, p. 79 e 113 *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 162.

<sup>372</sup> BVerfGE, vol. 35, p. 79 e 112 e s. *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 163.

<sup>373</sup> BVerfGE, vol. 55, p. 37 e 68 *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 163.

Nesse diapasão, a frase contida no mesmo inciso 3 segundo a qual “A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição” não importa em uma limitação a mais à liberdade de ensino. Visa apenas a impedir alguma espécie de autoritarismo que implique em desrespeito à Constituição alemã.

Outra importante decisão acerca da matéria liberdade da ciência foi tomada pelo mesmo Tribunal alemão no ano de 1978 quando cientistas da Universidade do Estado de Hessen ingressaram com ação posicionando-se contra a norma inserta nos regimentos internos daquela instituição de ensino que os obrigava a levarem em consideração as consequências sociais de todas as atividades de pesquisa. Entretanto, o Tribunal entendeu que as normas da universidade estavam em conformidade com a Constituição e manifestou-se sobre o valor da liberdade nesses termos:

A favor da Liberdade da Ciência deve-se considerar sempre o ... pensamento, que justamente uma ciência que seja livre de considerações sobre a sua utilidade para a sociedade, e que não seja conveniente politicamente, é a que melhor serve, em resumo, ao Estado e à sociedade<sup>374</sup>.

Da leitura do citado artigo 5º. da Lei Fundamental alemã, verifica-se a inexistência de qualquer limitação explícita da liberdade de ciência, pesquisa e do ensino, a não ser pela obrigatoriedade de fidelidade dos cientistas à Constituição (“A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição”).

Entretanto, conforme já estudado alhures, ainda que não exista restrição expressa a esses direitos fundamentais, há restrições imanentes que se inferem do próprio texto constitucional, já que não há direitos fundamentais que sejam absolutos ou ilimitados. Assim, por exemplo, um historiador não pode fazer afirmações ofensivas sob o manto da liberdade de ciência e nem um médico pode deixar de se importar com os direitos à vida e à saúde de um paciente ao realizar experimentos clínicos porquanto não se pode infringir o direito penal em nome da ciência.

Consoante outrora também já explicitado, a colisão entre um direito fundamental como a liberdade de ciência e a proteção de outros direitos de idêntica hierarquia constitucional deve ser sanada através da aplicação do princípio da

---

<sup>374</sup> BVerfGE, vol. 47, p. 327 e 370 *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 163.

proporcionalidade em cada caso concreto. Conforme já foi assentado pelo Tribunal Federal Constitucional alemão:

Liberdade de Ciência e a proteção de outros bens jurídicos garantidos constitucionalmente (...) confronta-se aquela com os (...) valores que com ela colidem, sem preferência. Mesmo sem restrição, os direitos garantidos à liberdade necessitam ser vistos no âmbito da responsabilidade de associação<sup>375</sup>.

Em mais uma decisão sobre esta matéria, desta feita do ano de 1995, o Tribunal Federal Constitucional alemão asseverou:

O país precisa cuidar para que haja instituições que tenham a funcionalidade de uma empresa que exerça livremente a atividade da ciência, e que o direito fundamental da atividade científica livre, por meio de medidas de segurança organizacionais, continue intangível, bem como levar em consideração, tanto quanto possível, as outras tarefas legítimas dos estabelecimentos científicos e os diferentes direitos fundamentais dos envolvidos. Com isso o legislador pode ordenar, conforme seu entendimento, a organização das universidades, enquanto for garantido que o ponto central da atividade científica permaneça sendo a autodeterminação do portador do direito fundamental individual<sup>376</sup>.

No Brasil, como já dito à exaustão, o reconhecimento inequívoco da autonomia universitária e instituição da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento como princípios insculpidos na nossa Carta Magna não significa que estamos diante de uma liberdade absoluta. Existe um complexo normativo que impede que se defenda a liberdade de ensinar ilimitada, o que não significa que haja uma tendência a silenciar o docente.

Para se conhecer a extensão da liberdade de ensinar faz-se necessário interpretar o conceito dentro de um contexto, pois “direito é fusão de texto e realidade e preserva um aspecto político relevante para sua configuração como norma de dever ser”<sup>377</sup>. Assim, a interpretação do direito deve partir da premissa de que a Constituição tem que ser entendida tendo em conta a conjuntura de sua aplicação, porquanto “a alopoiese do direito é fundamental para a compreensão da

---

<sup>375</sup> BVerfGE, vol. 47, p. 327 e 369 *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 164.

<sup>376</sup> BVerfGE, vol. 35, p. 79 e 115; BVerfGE, vol. 93, p. 85 e 95 *apud* KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008, p. 165.

<sup>377</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 280.

proposição constitucional, admitindo-se que a norma cria-se a partir da fusão do texto com a realidade e da politização do espaço jurídico”<sup>378</sup>.

A ideia de fusão do texto com a realidade faz sentido também na doutrina de Smend para quem a aceção de um ornamento jurídico positivo a respeito dos limites da liberdade acadêmica não é unívoco, ou seja, é variável, porque o significado dos valores que com ela coexistem e se contrapõem mudam e, portanto, o sentido da relação que travam também muda permanentemente<sup>379</sup>.

Para se explicar os limites à liberdade de ensinar deve-se retornar aos preceitos fixados no tópico anterior que fala sobre restrições aos direitos fundamentais. Deve-se ter em conta que os direitos fundamentais – tais como a liberdade acadêmica – fazem parte de uma estrutura de normas com *status* de princípios que se encontram em permanente conflito e devem ser sempre compatibilizados.

Diante do que foi estudado no tópico anterior, pode-se concluir que, predominantemente, as restrições postas à liberdade de ensinar são aquelas do tipo não expressamente autorizadas porquanto não há no texto constitucional qualquer justificativa expressa, direta e taxativa (sequer indiretamente por reserva legal) que restrinja o exercício da liberdade de ensinar. Contudo, sua coexistência com outros direitos constitucionalmente protegidos, pode importar na limitação de seu conteúdo, a fim de que seja possibilitado o exercício dos direitos envolvidos na prática.

Conforme já mencionado, os princípios de igualdade de condições de acesso e permanência na escola, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e garantia de padrão de qualidade previstos no art. 206 da Constituição devem ser interpretados com a realidade de um direito maior insculpido no art. 6º., o qual prevê a educação como direito social.

A educação, consoante se colhe do art. 205 da CF/88, é direito de todos e

---

<sup>378</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 281.

<sup>379</sup> SMEND, Rudolf. **Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 30.

obrigação do Estado e deve visar “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Os princípios da educação são, portanto, parâmetros que devem constituir a base de todo planejamento na área do ensino, tendo em vista a concretização dos anseios do legislador constitucional<sup>380</sup>.

Nesse contexto, o exercício da liberdade de ensinar que não garanta o direito à educação do aluno e seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho extrapola os limites da autonomia universitária e institucional e também os limites da denominada liberdade de cátedra<sup>381</sup>.

O art. 209 do Constituição traz certas condições para o exercício do ensino pela iniciativa privada, quais sejam, o cumprimento das normas gerais da educação nacional (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e, especialmente, os princípios e fundamentos constitucionais da educação e do ensino, incluindo os conteúdos mínimos para o ensino fundamental previstos no art. 210) e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Tais condições não chegam a significar grandes restrições à iniciativa privada, mas o que importa analisar é que tais mandamentos também são direcionados às instituições públicas de ensino uma vez que não se mostra razoável exigir o Estado da iniciativa privada algo que não se obrigue a cumprir, tendo em vista que a educação possui natureza eminentemente pública.

Como já foi dito, possui o professor liberdade para ministrar seu curso com os métodos de ensino, as técnicas de ensino, os recursos didáticos<sup>382</sup> e a metodologia

---

<sup>380</sup> “A consecução prática dos objetivos da educação consoante o art. 205 (...) só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o *direito ao ensino*, informado por princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 839.

<sup>381</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 220.

<sup>382</sup> 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. Assim, para dar consecução a um método de ensino são utilizadas técnicas de ensino, e para que elas sejam aplicadas são necessários recursos didáticos. GIL, Antônio Carlos. **Metodologia do Ensino**

que lhe pareçam mais corretos, sem a possibilidade de censura. Entretanto, a liberdade de escolha se dá dentro daquelas possibilidades que lhes foram legal e pedagogicamente ofertadas, entre eles textos, obras e instrumentos que contenham o conteúdo a ser ministrado e permitam acesso ao pluralismo de ideias presente no campo específico do conhecimento e que não contenham material que endosse preconceitos e discriminações. Não existe a liberdade para se adotar uma postura metodológica que silencie o aluno, por exemplo.

As manifestações valorativas, ideológicas e religiosas que desrespeitem a liberdade de aprender dos alunos e que não possuam correlação com a matéria também não estão abarcadas pela liberdade de ensinar<sup>383</sup>.

Outra restrição à liberdade de cátedra se dá pela liberdade de aprender do discente, que, assim como a primeira, encontra-se insculpida no inciso II do art. 206 da Carta Magna. Ambas possuem o mesmo *status* constitucional de princípio da educação, sendo ambos, portanto, direitos fundamentais, conforme alhures demonstrado.

Ambas devem ser analisadas de forma conjunta e harmônica<sup>384</sup>. Não é sem propósito que estão no mesmo inciso no texto constitucional: um não pode existir sem o outro, por isso deve-se realizar interpretações que permitam a manutenção do direito à educação de forma plural e efetiva.

(...) a liberdade de cátedra corresponde ao princípio da liberdade de ensinar atribuída aos professores devendo, entretanto, ser compreendida e interpretada na sua relação como direito fundamental à educação e com os demais princípios constitucionais, em especial os que dizem respeito à liberdade de aprender do aluno e ao pluralismo de ideias, e não de forma isolada. (...) 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

---

**Superior**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 109.

<sup>383</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 220-221.

<sup>384</sup> “Ao mesmo tempo em que se consagra a liberdade de ensinar, deve-se também garantir a liberdade de aprender, ou seja, ninguém pode ser forçado a aceitar certa opinião, pensamento ou doutrina, o que implica dizer que a discordância de ideias não pode afetar ou prejudicar o aluno dentro da escola. O professor deverá respeitar o posicionamento dos alunos de forma democrática e construtiva”. GONÇALVES, Viviane; DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **Liberdade de ensinar do docente no ensino superior**. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/sociedade/cultura/13-07-2006/11952-ensino-0/#>>. Acesso em: 08 ago. 2016.



entreve é porque está sendo desvirtuada. A liberdade de ensinar, antes de se configurar em um direito individual do docente – a liberdade de cátedra – configura-se como uma liberdade compartilhada por todos os docentes e partilha espaço com o direito de aprender compartilhado por todos os discentes<sup>385</sup>.

A liberdade de ensinar não comporta a decisão unilateral de vontade, pois a imposição fere o princípio da democracia no ensino. Para respeitar o direito do aluno de aprender, o docente deve saber ouvir, estar sempre atualizado e preparado para ministrar a aula, investindo em sua formação. Não é permitido ao professor ensinar o que bem entender, mas deve seguir o currículo<sup>386</sup> e o plano de ensino<sup>387</sup> da instituição de ensino com seriedade e responsabilidade, sempre se colocando numa posição de receptividade e acessibilidade aos alunos. Trata-se de uma limitação natural. Portanto, não pode o professor, sob a alegação de liberdade de cátedra, deixar de cumprir integralmente os documentos acima citados ou substituir seus tópicos por outros que entender, pessoalmente, mais adequados.

O docente é o ponto referencial no aprendizado do aluno, por isso ele não pode confundir respeitabilidade com autoritarismo, ou seja, não pode se utilizar de meios que ferem o bom senso e a dignidade do aluno. Ele deve estabelecer as normas e discutir com os alunos, debatendo um compromisso ético, visando chegar a um ponto comum, bom para as duas partes, docente e discente<sup>388</sup>.

Além desse senso de responsabilidade que deve ter todo professor, não lhe é permitido utilizar-se de sua posição, em tese, intelectualmente superior e de sua

---

<sup>385</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premium, 2014. v. 2. p. 213-238, p. 225-227.

<sup>386</sup> Segundo o Glossário de Terminologia Curricular elaborado pela UNESCO, nos termos mais simples, "currículo" é uma descrição do quê, do por quê e do como e do como os alunos devem aprender de forma sistemática e intencional. O currículo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para promover uma aprendizagem de qualidade. UNESCO. **2013 Glossary of Curriculum Terminology**. Disponível em: <[http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/IBE\\_GlossaryCurriculumTerminology2013\\_eng.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Publications/IBE_GlossaryCurriculumTerminology2013_eng.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

<sup>387</sup> Um documento que descreve os objetivos, a seleção e a sequência dos conteúdos a abranger, o modo de entrega, os materiais a utilizar, as tarefas e atividades de aprendizagem, os objetivos ou resultados esperados de aprendizagem e os sistemas de avaliação / avaliação de um curso específico, unidade de estudo ou Ensino. UNESCO. **2013 Glossary of Curriculum Terminology**. Disponível em: <[http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/IBE\\_GlossaryCurriculumTerminology2013\\_eng.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Publications/IBE_GlossaryCurriculumTerminology2013_eng.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

<sup>388</sup> GONÇALVES, Viviane; DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **Liberdade de ensinar do docente no ensino superior**. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/sociedade/cultura/13-07-2006/11952-ensino-0/#>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

experiência para fazer apologias político-partidárias, para oprimir os estudantes ou, ainda, contrariar os ideais do Estado democrático de direito.

Nesse sentido, é que no momento da avaliação não pode o professor utilizar de juízos arbitrários não fixados em critérios previamente anunciados. Tem o professor o dever de esclarecer os parâmetros que serão utilizados para a avaliação dos alunos e é direito do corpo docente exigir que tais parâmetros sejam anunciados anteriormente. É também direito do aluno ser avaliado pelo conteúdo ministrado em sala de aula, sendo defeso ao professor exigir na avaliação conteúdo diverso. Entretanto, o professor é livre para escolher o critério de avaliação – prova escrita, oral, debates, seminários, entre outros – por fazer parte de sua atribuição na gestão do ensino, sendo vetadas, por óbvio, maneiras consideradas inadequadas de avaliar.

Assim como ao professor não é dado ensinar o que bem entender, a liberdade de aprender do estudante também não é absoluta, ou seja, não cabe ao aluno escolher o que quer aprender. Também não é direito do aluno a liberdade de não aprender. Isso porquanto, como já foi dito, o objetivo do princípio da educação trazido no texto constitucional é a busca da formação do indivíduo como cidadão com a erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214, CF/88). Assim, o não aprender deliberado do aluno significa ato contrário à Constituição. Já a liberdade de pensar, de contestar de expor suas opiniões sem censura (livre manifestação de ideias) ou prejuízo para sua avaliação são abarcados pela liberdade de aprender, desde que não implique em ofensa a outrem.

A defesa da liberdade de ensino deve ser intransigente, porém, como todos os princípios, direitos e garantias fundamentais, deve haver intervenção estatal a fim de coibir os abusos e garantir os demais direitos e liberdades individuais igualmente absolutos por meio de ponderação de princípios.

O Estado é laico e, por isso, não deve ter preferência religiosa de qualquer ordem. O Estado deve ser sempre neutro, não lhe cabendo defender certas doutrinas nem sequer se opor ao ensino de outros preceitos ou impedi-lo. Assim, a liberdade de ensinar do professor é limitada pela liberdade de consciência dos

alunos prevista no art. 5º., VIII da Constituição Federal.

Enfim, a atuação estatal deve ser sempre a de fomentar o livre mercado de ideias, incentivando o debate cada vez mais amplo das diferentes concepções e opiniões.

Assim, é indiscutível que a liberdade de ensino é indissociável do contexto constitucional atual. Ao tempo em que se permite a livre expressão por parte dos docentes de seus próprios pontos de vista com relação à matéria a ser lecionada, não é dado a eles sonegar informações aos estudantes sobre outras tendências ou perspectivas diversas daquela do titular da cátedra. O dever do professor não é apenas expor o conteúdo, mas também apontar vantagens e falhas das diversas perspectivas existentes sobre um determinado tema, mas não pode haver restrições quanto ao direito do docente de declinar suas preferências em questões polêmicas ou controvertidas.

Verifica-se, pois, que tanto a liberdade institucional como a liberdade docente são limitadas por um conjunto de outros princípios e garantias previstos na Constituição Federal e pela própria estrutura do sistema educacional. Tais limitações, contudo, não podem ser tamanhas que acarretem o tolhimento ou mesmo a diminuição do espírito do pluralismo de ideias e abordagens pedagógicas, de expressão de pontos de vista acadêmicos diversos e de possibilidades de pesquisa, a fim de manter a sua finalidade prevista constitucionalmente.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos e garantias individuais são provenientes do “superprincípio” da dignidade da pessoa humana. A democracia, como um desses direitos fundamentais, impõe o respeito ao pluralismo de ideias e opiniões. O Estado Democrático de Direito incentiva o chamado livre mercado de ideias em que os homens são livres para pensar e transmitir suas ideias. A liberdade de expressão é fundamental para a soberania popular, posto que garante a realização de juízo de

valor pelo cidadão, independente de censura, limitado apenas pelo sentimento de responsabilidade e respeito diante dos concidadãos.

Pelo princípio da educação insculpido na Constituição Federal, visa o Estado fornecer aos cidadãos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Continua o texto legal afirmando que o ensino será ministrado com base nos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, do pluralismo de ideias, entre outros. A inclusão da liberdade de ensino de forma expressa no texto constitucional reforça sua ideia como um direito fundamental.

Portanto, para que ensino possa ser um instrumento transformador e capaz de realizar seu escopo previsto na Constituição, ele deve ser, antes de tudo, livre. Essa liberdade implica na proibição do Estado de impor modelos únicos e autoritários de ideias e também ditar concepções pedagógicas no processo de ensino.

A liberdade de ensinar consiste no direito do professor de ministrar as aulas com liberdade de crítica, de conteúdo e metodologia, sem a possibilidade de sofrer censura prévia. Não se trata de privilégio, mas de condição básica para que o professor tenha condições de cumprir suas responsabilidades reclamadas pela sociedade, mormente a ideia de pluralismo de ideias.

Entretanto, como nenhum direito é absoluto, o presente trabalho cuidou de explicitar em que medida o direito fundamental à liberdade de cátedra sofre restrições em face do texto constitucional de 1988, bem como no contexto brasileiro em geral e quais suas implicações na prática?

Primeiramente, cumpre ressaltar que a maioria das restrições impostas à liberdade de cátedra são do tipo não expressamente autorizadas uma vez que não há na Constituição Federal limitação expressa ao exercício da liberdade de ensinar.

Assim, diante de tudo o que já foi exposto ao longo da dissertação, pode-se concluir que o próprio direito à educação é um limite imposto à liberdade de cátedra posto que o professor tem o dever de garantir ao aluno seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Assim,

não é dado ao catedrático demonstrar falta de conhecimento ou incompetência para tratar de assuntos dentro do conteúdo de sua responsabilidade. Deve ser respeitado o direito de aprendizado do aluno, sem o qual não se concretizam os princípios insculpidos na Constituição.

Falando-se em conteúdo, é assente também que ao professor não é dado o direito de escolher o conteúdo a ser lecionado, uma vez que faz parte do currículo e do plano de ensino previamente estabelecido pela instituição de ensino a que está vinculado, baseado em programas oficiais estabelecidos pelo Governo, informado pelas normas gerais de educação nacional. A liberdade de ensinar não comporta a decisão unilateral de vontade, pois a imposição fere o princípio da democracia no ensino. O professor tem a obrigação de, no mínimo, ensinar o disposto nos currículos e planos de ensino, ou seja, não há a possibilidade de deliberar sobre tema já programado. É permitido, contudo, que o professor verse sobre tema conexo ao contido no plano de ensino caso o conteúdo seja de sua área de formação, sempre no intuito de facilitar o aprendizado dos alunos.

No que tange à escolha da metodologia de ensino a ser implantada em sala de aula, tem-se que goza o professor de liberdade de escolha da estratégia que parecer mais adequada sem que ocorra censura prévia, porém essa preferência deve ser exercida dentre aquelas possibilidades ofertadas pedagogicamente seguindo o plano de ensino.

Também é uma limitação à liberdade de cátedra a proibição de manifestações valorativas, ideológicas e religiosas sem relação com o conteúdo a ser ensinado. Nesse contexto, não pode o professor fazer propaganda partidária. É defeso ao professor, ainda, desrespeitar, ridicularizar ou oprimir os alunos por qualquer motivo sob o manto da liberdade de ensino e também agir com arbitrariedade, seja na avaliação dos alunos ou em qualquer outro aspecto da relação professor-aluno. Deve sempre o docente agir com bom senso e respeitar a dignidade do aluno.

Deve, ainda, o professor se abster de realizar doutrinação dos alunos. Ao docente é permitido proferir sua opinião pessoal sobre questão técnica, mesmo em temas que gerem polêmica (desde que não seja ofensivo), porém ter o dever de apresentar aos alunos opiniões contrárias, apresentando seus pontos positivos e

negativos a fim de possibilitar a consideração de alternativas à ideia lançada e a elaboração de críticas ao pensamento do próprio professor. O professor deve sempre respeitar a opinião dos alunos, ainda que discorde veementemente dela.

Na cátedra deve-se reconhecer de maneira democrática que nem tudo deve ser dito e nem toda forma de discurso deve ser defendida sob o manto da liberdade de ensinar. Entretanto, assiste ao docente o direito de defender teses impopulares, desde que importe em mera expressão, sem prejuízos das sanções cíveis e penais que porventura possam ocorrer pela opinião expressada.

Por fim, é de ressaltar que as afirmações aqui postas encontram-se no plano teórico, não sendo possível abarcar todas as possibilidades envolvendo casos concretos que podem, eventualmente, acontecer. Mas quaisquer que sejam esses eventos, deve-se sempre ter em mente que se deve *a priori* preservar o direito à educação e ao pluralismo de ideias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. **1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 interpretative comments**. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Statement on Professional Ethics.** Disponível em: <<https://www.aaup.org/report/statement-professional-ethics>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Committee A Statement on Extramural Utterances.** Disponível em: <<https://portfolio.du.edu/downloadItem/153180>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **2007 Freedom in the classroom - report.** Disponível em: <<https://graduate.asu.edu/sites/default/files/freedom-classroom-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **1992 On freedom of expression and campus speech codes.** Disponível em: <<https://www.aaup.org/NR/rdonlyres/CCB4207F-81FA-4286-8E25-40185AD74519/0/OnFreedomofExpressionandCampusSpeechCodes.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.); CÁMARA VILLAR, Gregorio; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; MONTILLA MARTOS, José Antonio. **Introducción al derecho constitucional.** 3. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. A quinta geração de direitos fundamentais. *In: Direitos fundamentais e Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun., 2008.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937).** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** 31. ed. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Tóxicos.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto n. 19.851/1931. Estatuto das Universidades Brasileiras.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19851.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19851.htm)>. Acesso em: 1 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Publicado no Diário Oficial da União em 21 de dezembro de 1996. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 1.082 de 05 de janeiro de 1953. Lei de Segurança Nacional.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. de 9 de abril de 1964.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal.** Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15.06.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal.** Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 23.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul.** Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 40.910 Pernambuco.** Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julgado em: 24.08.1964. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57711>>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 17.108 São Paulo.** Relator Ministro Themístocles Cavalcanti. Julgado em: 14.05.1968. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114234>>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 594.018 Rio de Janeiro**. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BUTLER, Judith. Critique, dissent, disciplinary. **Critical Inquiry**. v. 35, n. 4, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico-administrativa. In: DINIZ, Debora, BUGLIONE; Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 151-169.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**: análise crítica proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONFERÊNCIA HEMISFÉRICA SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Declaração de Chapultepec**. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/declaracao-de-chapultepec-2>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CONSLEHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 1 set. 2016.

DINIZ, Débora. Quando a verdade é posta em dúvida: liberdade de cátedra e universidades confessionais. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 71-104.

DWORKIN, Ronald. We need a new interpretation of academic freedom. In: MENAND, Louis (Ed). **The future of academic freedom**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996, p. 181-198.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Abrams vs. United States**, 250 U.S. 616, 1919. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. ESTADO DA VIRGÍNIA. **Declaração dos Direitos da Virgínia**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em 1 set. 2016.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Voz humana**. A defesa perante os tribunais da República. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

- FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão - Direito na sociedade da informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.
- FRANZOI, Juliana Borinelli. **A liberdade de ensinar nos cursos de direito**: considerações à luz da Constituição Federal brasileira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14ea12a8d4c1ce8a>>. Acesso em: 27 jun. 2015.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GIL, Antônio Carlos. **Metodologia do Ensino Superior**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- GONÇALVES, Viviane; DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **Liberdade de ensinar do docente no ensino superior**. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/sociedade/cultura/13-07-2006/11952-ensino-0/#>>. Acesso em: 08 ago. 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- HASKINS, Charles Homer. A ascensão das universidades. Santa Catarina: Livraria Danúbio, 2015.
- HOFSTADTER, Richard. **Academic freedom in the age of the college**. Londres: Transaction Publishers, 1995.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais. **Revista de Informação Legislativa**. a. 20, n. 79, jul./set. 1983, p. 147-164.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITIES. **Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility**. Disponível em <[http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom\\_2.pdf](http://www.iau-aiu.net/sites/all/files/Academic%20Freedom_2.pdf)>.

Acesso em 27 ago. 2016.

KNUDSEN, Holger. A garantia constitucional da liberdade da ciência, da pesquisa e do ensino e suas limitações. Uma visão da Constituição alemã. Trad. Débora Gozzo. In: **Revista mestrado em direito: Unifio - Centro Universitário FIEO**, v. 8, n. 1, p. 153-166, jan./jun. 2008.

LOBO NETO, Francisco José da Silveira. Reforma do ensino superior – 1968. In: **Revista Trabalho Necessário**, a. 6, n. 7, 2008. Disponível em: <<http://www.uff.br/trabalhonecessario/images/TN07%20LOBO%20NETO,%20F.J.S.pdf>>. Acesso em 1 set. 2016.

MARTINS, Carlos Alberto. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. In: **Revista Educação & Sociologia**, Campinas, v. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. COELHO. Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a

pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo, n. 8, p. 11-25, jul. 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUSSBAUM, Martha. Sócrates na universidade religiosa. *In*: DINIZ, Debora, BUGLIONE; Samantha e RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **Entre a dúvida e o dogma – liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil**. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 21-70.

OLIVEN, Arabela Campos. **Histórico da educação superior no Brasil**. Disponível em: <  
[http://naipedigital.com/fid/images/docencia/moduloIII/Apostila\\_1\\_Alunos.pdf](http://naipedigital.com/fid/images/docencia/moduloIII/Apostila_1_Alunos.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 1 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988**. *In*: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 833, p. 41-53, mar. 2005.

- \_\_\_\_\_. **Liberdade de Expressão: o histórico voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 187/DF.** In: **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência.** São Paulo : Migalhas, 2015, v. 1, p. 95-104.
- POST, Robert C. Academic freedom and legal scholarship. **Journal of Legal Education.** v. 64, n. 4, 2015.
- \_\_\_\_\_. The job of professors. **Texas Law Review.** v. 88, n. 185, 2009.
- \_\_\_\_\_. El concepto constitucional de discurso público. In: **El Estado frente a la libertad de expresión.** Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Democracy, expertise, and academic freedom.** Yale: Yale University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_; FINKIN, Matthew W. **For the common good: principles of american academic freedom.** New Haven: Yale University Press, 2009.
- POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio.** Brasília: Consulex, 2012.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo ambiental, constitucional e internacional.** Fortaleza: Premium, 2014. v. 2. p. 213-238.
- RUSSELL, Conrad. **Academic freedom.** London: Routledge, 1993.
- SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo.** Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. O direito fundamental à liberdade acadêmica – notas em torno de seu âmbito de proteção – a ação e a elocução extramuros. **Joaçaba**, v. 17, n. 2, p. 529-546, maio/ago. 2016.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- \_\_\_\_\_. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 17, p. 391-434, jul. 2015.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. Proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHOFIELD, Harry. **The philosophy of education**: an introduction. London: George Allen & Unwin, 1975.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de direito administrativo**, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.



- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SMEND, Rudolf. **Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- SUSTEIN, Cass. Academic freedom and law: liberalism, speech codes and related problems. In: MENAND, Louis (Ed.) **The future of academic freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 93-118.
- \_\_\_\_\_. O discurso no estado de bem-estar social: a primazia da deliberação política. In: **A constituição parcial**. Belo Horizonte: DelRey, 2009.
- UNESCO. **Recomendación relativa a la situación del personal docente**. Disponível em: < [http://www.unesco.org/education/pdf/TEACHE\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/TEACHE_S.PDF)>. Acesso em: 02 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. **2013 Glossary of Curriculum Terminology**. Disponível em: <[http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/IBE\\_GlossaryCurriculumTerminology2013\\_eng.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Publications/IBE_GlossaryCurriculumTerminology2013_eng.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.
- VIECELLI, Roberto del Conte. A efetividade do direito à educação e a justiciabilidade das políticas públicas na jurisprudência do STF (1988-2011). In: **Revista de direito educacional**, v. 3, n. 5, p. 211-243m jan./jun. 2012.
- VIEIRA, Andréa Zacarias. O direito à educação no sistema interamericano de direitos humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. In: **Revista de direito educacional**, v. 3, n. 6, p. 21-40, jul./dez. 2012.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região**, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.