



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO DA UFBA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HILLA ARAÚJO PARENTE

**A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RESPEITO
AOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE ACERCA DO CRITÉRIO
AVALIATIVO UTILIZADO PELO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E
PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA NA REDAÇÃO DO EXAME
NACIONAL DO ENSINO MÉDIO**

Salvador
2018

HILLA ARAÚJO PARENTE

**A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RESPEITO
AOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE ACERCA DO CRITÉRIO
AVALIATIVO UTILIZADO PELO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E
PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA NA REDAÇÃO DO EXAME
NACIONAL DO ENSINO MÉDIO**

Monografia apresentada ao curso de Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Salvador
2018

HILLA ARAÚJO PARENTE

**A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RESPEITO
AOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE ACERCA DO CRITÉRIO
AVALIATIVO UTILIZADO PELO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E
PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA NA REDAÇÃO DO EXAME
NACIONAL DO ENSINO MÉDIO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, na área de concentração de Direito Constitucional, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Fábio Periandro de Almeida Hirsch- Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Gabriel Dias Marques da Cruz- Examinador _____
Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Tiago Silva de Freitas – Examinador _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

AGRADECIMENTOS

Gratidão é perceber que a vida só poderá ser vivida se for em conjunto, e felizes são aqueles, que podem ter com quem contar.

Primeiro agradeço à Deus, por ter sido o meu grande alicerce, e por ter sido o meu refúgio nos piores momentos.

À minha mãe, pela preocupação diária e por ter dedicado todos os seus esforços e batalhas em prol das filhas. Obrigada por tudo.

À meu pai, por ter sido o meu cúmplice e grande amigo; o pai mais companheiro e alto astral que uma filha poderia ter.

À Paluzi, minha irmã, pela grande torcida e por ter sido a minha maior incentivadora, os seus ensinamentos foram imprescindíveis para a minha formação.

À Luciano, meu cunhado, pelos sábios conselhos e por todo o apoio.

À minha avó Vanda, *in memoriam*, por ter acreditado e ter feito de mim a sua pequena liloca. Tenho certeza que a senhora está vibrando do Céu.

À minha avó Iracy, pelas palavras diárias de incentivo. A senhora fez com que eu acreditasse que tudo daria certo.

Ao meu avô Vavá por ter deixado um legado tão valioso.

À minha amada família Araújo de Oliveira, obrigada por terem feito do Residencial Santorini a minha segunda casa, o meu refúgio.

Aos meus tios(as) e primo(as) da Família Araújo, em especial, à minha prima Paloma, por ter vibrado e se empolgado junto comigo.

Às minhas melhores amigas, minhas irmãs: lally, Raissa, Pequena, Bela, Fê, Gabi e Maga, por me mostrarem que o caminho só será gratificante, se ele for compartilhado e cheio de boas risadas e bons momentos.

À Nohan, por ter sido o meu porto seguro, meu ombro amigo e por ter mantido a calma enquanto o nervoso e ansiedade tomavam conta de mim. Obrigada por tudo, mini olho.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito, por me mostrarem que não é só de “tretas” que se vive uma Egrégia, ela também exala amor. Em especial a Dinha, Ph, Bruninho, Gio, Nich, Marcus, Xuabi e Ceci.

Ao meu orientador, Fábio Periandro, por ter sido um maravilhoso professor e orientador, e através das suas aulas ter me inspirado tanto. Você foi o grande responsável por ter brotado em mim, o amor aos Direitos Fundamentais.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia por ter me mostrado, que eu não poderia ter escolhido faculdade melhor, para completar a minha formação.

Por fim, a todos aqueles que torceram por mim e vibraram junto comigo todas as minhas conquistas. Todos vocês fazem parte disso.

Dar o melhor de si, é mais importante que ser o melhor.

Mike Lerner

PARENTE, Hilla Araújo. **A colisão entre a liberdade de expressão e o respeito aos direitos humanos: Uma análise acerca do critério avaliativo utilizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira na redação do Exame Nacional do Ensino Médio.** 2018. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Os direitos fundamentais são os direitos mais relevantes de um Estado, e devido a sua importância, estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Eles são imprescindíveis para que os seres humanos possam viver de forma digna e justa, além disso, possuem uma hierarquia constitucional que deve ser respeitada por todos os indivíduos, órgãos, poderes e instituições. Os direitos fundamentais vão mudando com o passar do tempo, pois eles são o reflexo do que cada sociedade anseia. A liberdade de expressão está presente no rol dos direitos fundamentais e é tida como uma das garantias mais importantes do ordenamento jurídico, a sua normatização ocorreu após o período militar, com o advento da chamada Constituição Cidadã. Os direitos humanos, por sua vez, diferem dos direitos fundamentais devido ao seu caráter universal, contudo, o respeito a tais direitos, também está previsto pela Carta Magna. O direito humanitário é inerente ao ser humano e deve ser promovido por todas as nações, o seu grande ápice normativo está na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Quando dois princípios constitucionais entram em colisão é necessário que se tenham razoabilidade e proporcionalidade. O Poder Judiciário, na solução de tais conflitos, deve utilizar o método da ponderação e argumentação jurídica, tendo em vista que, atualmente, são tidas como as técnicas mais adequadas. No caso do processo envolvendo o Ministério da Educação e a Associação Escola sem Partido existem dois princípios em colisão: a liberdade de expressão e os direitos humanos. A ação civil pública pedia a anulação de um dos critérios avaliativos do edital do Exame Nacional do Ensino Médio que atribuía nota zero aos alunos que desrespeitassem os direitos humanos. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira afirmou que tal critério é válido pois está de acordo com todos os valores previstos constitucionalmente. O Poder Judiciário, por sua vez, afirmou que inserir tal critério no edital é violar a liberdade de expressão dos candidatos. Diante de tal conflito deve-se haver o sopesamento dos valores em questão, utilizando a ponderação como solução eficaz. Ademais, é dever do Estado promover o direito humanitário, uma vez que, tal direito, está diretamente ligado a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Direitos Humanos. Nulidade de um critério avaliativo do Edital do Enem. Colisão de princípios. Ponderação. O Estado e a promoção dos direitos humanos.

PARENTE, Hilla Araújo. **The collision between freedom of expression and human rights**: An analysis of the Statute of the National Institute of Studies and Educational Research Anísio Teixeira in the writing of the National High School Examination. 2018. Graduation Work. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

Fundamental rights are the most relevant rights of a State, and because of their importance, are provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. They are essential for human beings to live in a dignified and just manner, and they have a constitutional hierarchy that must be respected by all individuals, organs, powers and institutions. Fundamental rights change over time, as they are the reflection of what each society yearns for. Freedom of expression is present in the list of fundamental rights and is considered as one of the most important guarantees of the legal system, its regulation occurred after the military period, with the advent of the so-called Citizen Constitution. Human rights, in turn, differ from fundamental rights because of their universal character. However, respect for such rights is also provided for in the Constitution. Humanitarian law is inherent in the human being and must be promoted by all nations. Its great normative apex is in the Universal Declaration of Human Rights. When two constitutional principles collide, it is necessary to have reasonableness and proportionality. The Judiciary, in the solution of such conflicts, should use the method of weighting and legal argumentation, considering that, currently, are considered as the most appropriate techniques. In the case involving the Ministry of Education and the Non-Party School Association there are two colliding principles: freedom of expression and human rights. The public civil action called for the annulment of one of the evaluation criteria of the edict of the Exame Nacional do Ensino Médio that assigned zero marks to students who disrespect human rights. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira said that such a criterion is valid since it conforms to all the values set forth constitutionally. The Judiciary, on the other hand, affirmed that to insert such criterion in the edict is to violate the freedom of expression of the candidates. In the face of such a conflict the values in question must be weighed using the weighting as an effective solution. In addition, it is the duty of the State to promote humanitarian law, since this right is directly linked to the dignity of the human person.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Human rights. Nullity of an evaluative criterion of the Notice of Exame Nacional do Ensino Médio. Collision of principles. Weighting. The State and the promotion of human rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
EDH	Educação em Direitos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
AGU	Advocacia Geral da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1	A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
2.2	A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.3	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO (PONDERAÇÃO).....	18
3	DIREITOS HUMANOS	21
3.1	OS DIREITOS HUMANOS E AS SUAS ORIGENS	22
3.1.1	Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)	23
3.2	A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
3.2.1	O caráter internacional dos Direitos Humanos	26
3.3	EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (EDH) : BASE CONCEITUAL	28
3.3.1	A declaração das Nações Unidas sobre a educação e formação em direitos humanos (Resolução 66/137 de 2011)	29
3.3.2	O plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)	30
4	O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ASPECTOS GERAIS	32
4.1	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	33
4.2	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUA IMPORTÂNCIA	35
4.3	RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
4.3.1	Caso Ellwanger	38
5	A POSSÍVEL NULIDADE DE UM DOS CRITÉRIOS AVALIATIVOS DO ENEM/2016	40
5.1	A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA ESCOLA SEM PARTIDO	42
5.2	POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA.....	44
5.3	O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	46

6	A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS HUMANOS	49
6.1	TÉCNICAS ADEQUADAS PARA A SOLUÇÃO DESSES CONFLITOS	52
6.2	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PONDERAÇÃO: A SOLUÇÃO MAIS EFICAZ	54
7	A PROMOÇÃO HUMANÍSTICA DO PAÍS: UM DEVER DO ESTADO	56
8	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais versam sobre as garantias que os indivíduos necessitam para conseguirem viver de forma digna é, portanto, ter acesso a condições básicas para que se possa viver em sociedade de forma equilibrada. Esses direitos só serão constitucionalmente previstos se houver uma positivação através do ordenamento jurídico, cada nação, poderá, de acordo com o seu contexto histórico, ideológico e cultural, escolher qual direito tutelar. Assim sendo, os direitos fundamentais vão se diferenciar de acordo com o tempo e o território. A sua importância, no entanto, é indiscutível.

Foi apenas com o advento da Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, que o Brasil colocou esses direitos no seu devido patamar hierárquico. A Constituição Federal é conhecida por, através do seu artigo 5º, tutelar valores imprescindíveis e irrenunciáveis. Um deles, e que merece grande destaque, é a liberdade de expressão. Tal liberdade, tem grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois, entre os anos de 1964 e 1985 o Brasil viveu um período político tenebroso também conhecido como ditadura militar. Na ditadura, as pessoas não podiam se expressar e qualquer tipo de manifestação que fosse contra o Estado, teria como pena, a tortura e a morte. Diante das circunstâncias, a manifestação de pensamento dos indivíduos se tornou, portanto, um dos grandes valores constitucionais.

Outro valor constitucional tutelado não só pela Constituição Brasileira, mas também, por diversas nações, é o direito humanitário. Os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, possuem um caráter universal e tem a Organização das Nações Unidas como a sua grande propulsora. Eles são considerados direitos inerentes ao homem, o que significa dizer, que são próprios da essência humana. O grande titular é o ser humano, e à ele, deve ser destinado todas as garantias.

Quando, em casos específicos, dois valores tão importantes e constitucionalmente previstos entram em colisão, é necessário que se tenha cautela para realizar o sopesamento desses valores, utilizando assim, a ponderação.

Diante desse panorama, o que se objetiva através desse trabalho é, analisar a colisão desses princípios fundamentais em um caso concreto, tendo como base, o processo envolvendo a nulidade de um dos critérios avaliativos do edital do Exame Nacional do Ensino Médio, que atribuía nota zero aos alunos que desrespeitassem os direitos humanos. A ação civil pública ajuizada pela Associação Escola sem Partido, requereu a anulação desse critério, pois estaria afrontando de forma direta, o direito à manifestação de pensamento dos candidatos.

Portanto, o que se quer é investigar a relevância e a amplitude da liberdade de expressão e dos direitos humanos, pois diante de uma colisão, um terá mais destaque do que o outro.

O presente trabalho visa identificar os valores em colisão, demonstrar a relevância de tais valores nos cenários nacionais e internacionais, e através dessa análise, definir qual irá se sobressair em detrimento do outro, no caso concreto.

O propósito final é, portanto, demonstrar que a promoção do direito humanitário é um dever do Estado e que, o Poder Judiciário, através de suas decisões, deverá efetivar tal valor.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais vão surgir a partir das exigências vitais dos indivíduos. Fundamental significa ser básico e indispensável, são, portanto, condições mínimas para que os seres humanos possam viver de forma digna. Esses direitos, não possuem uma origem estática, eles estão em constante evolução, dessa forma, não há que se falar em um único marco histórico responsável pelo o seu surgimento, eles surgiram para defender a esfera individual do cidadão e limitar as arbitrariedades do poder estatal¹.

Os direitos do homem se modificaram e continuam se modificando com o passar dos anos, eles são o reflexo do que uma determinada sociedade entende como imprescindível para os indivíduos. O que é fundamental numa determinada época não continua sendo fundamental em outras épocas e em outras culturas². O pensamento jusnaturalista é o responsável por introduzir no Estado Moderno a idéia de liberdades individuais. O jusnaturalismo afirmava que o homem é um ser que possui direitos próprios da sua espécie, ou seja, o homem nasce com esses direitos que são inerentes à ele, caberá, portanto, às constituições, garantir esses direitos e delimitar o poder do Estado para que não haja desrespeito e arbitrariedades.

A manifestação máxima desse pensamento se dá através da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos da América. Essa declaração tinha como objetivo principal estruturar um governo democrático, limitar o poder estatal, declarar que os homens são naturalmente livres e independentes, tornando-se assim, uma divisa importante para os direitos fundamentais no Estado Moderno³.

Após a Revolução Francesa, que também foi um marco histórico importantíssimo para o surgimento das liberdades públicas, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que visava proteger a liberdade e a igualdade dos homens. Depreende-se, portanto, que a única norma capaz de

¹ HOLTHE, L. V. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

² BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153.

legitimar esses direitos são as normas constitucionais pois elas são as únicas que possuem o caráter supremo no ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Esses direitos surgiram em períodos diversos conforme as necessidades das sociedades de cada período histórico. Os direitos fundamentais se manifestam em três gerações que expressam um processo cumulativo e quantitativo. Os direitos de primeira geração são aqueles onde abstenção do Estado deve predominar, possuem um caráter negativo, limitam-se a estabelecer restrições à atuação estatal em favor da liberdade dos indivíduos. Os direitos de segunda geração, também conhecidos como direitos positivos, surgiram a partir da Constituição Americana e de WEIMAR⁴, e tutelam a igualdade de condições entre os indivíduos. O principal objetivo desses direitos é a igualdade material e não apenas a formal. Com o passar dos anos e após o fim da segunda Guerra Mundial, a 3ª geração dos direitos fundamentais emergiu, dando origem a direitos associados à fraternidade e que ultrapassam a fronteira individual, não sendo titularizados por nenhum indivíduo, também conhecidos como direitos difusos.

Há doutrinadores que acreditam na existência da quarta geração dos direitos fundamentais, para o professor Uadi Lammêgo Bulos⁵ os direitos de quarta geração são aqueles ligados a engenharia genética, que no Brasil, estão respaldados através da Lei de Biossegurança que disciplina os aspectos genéticos e proíbe a clonagem dos seres humanos.

O direito pode ser considerado fundamental se tiver sido escolhido, em sentido formal, pelo ordenamento jurídico. É a Constituição, lei maior de cada Estado, que vai escolher quais são os direitos fundamentais de cada sociedade e essa positivação vai depender das condições históricas, dos interesses dos governantes, das transformações étnicas-culturais etc.

⁴ Para um estudo aprofundado acerca da Constituição de Weimar que instituiu a primeira república Alemã e foi considerada um marco do constitucionalismo social, ver: BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-52.

⁵ BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 529.

2.1 A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada após o regime militar que durou 21 anos. Esse regime ditatorial que ocorreu entre 1964 à 1985 teve como característica principal a repressão popular e o uso de violência contra todos os movimentos de oposição. Logo após esse contexto histórico, repleto de arbitrariedades e excessos, nasce a Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã. O objetivo principal desta Carta Magna é o de retomar a democracia, tornando como base da Constituição, uma igualdade entre os cidadãos, um regime democrático e a separação dos poderes. É com essa Constituição que surge, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana e o Título relacionado aos Direitos Fundamentais⁶.

A Constituição Cidadã é chamada dessa forma pois é considerada uma das mais avançadas do mundo quando diz respeito às garantias individuais. Em seu artigo 5º ela possui setenta e oito incisos que versam sobre os direitos fundamentais. Igualdade entre homens e mulheres, direito à liberdade de expressão, à vida, à propriedade, à informação, são alguns dos inúmeros e imprescindíveis direitos tutelados pela CRFB.

Por estarem situados no patamar máximo da hierarquia jurídica, os direitos fundamentais são para alguns, considerados absolutos. Entretanto, esses direitos podem sofrer restrições quando necessário for. A própria Constituição Brasileira prevê em seu texto estas limitações. O artigo 5º, inciso IV, afirma que as manifestações não podem ocorrer através do anonimato, demonstrando assim, limites ao exercício da liberdade de expressão. Ademais, é imprescindível preservar a vida privada, a honra, a intimidade das pessoas, servindo assim, como limitações para os abusos que possam vir a ocorrer.

Algumas liberdades não são absolutas e podem ser limitadas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro. O ordenamento poderá impor a responsabilização

⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.110.

para aqueles que praticarem qualquer tipo de abuso, nota-se, portanto que existem parâmetros para exercício das garantias individuais⁷. A Declaração Universal dos Direitos Humanos também prevê em seu artigo XXIX que no exercício dos seus direitos, os indivíduos estarão sujeitos às limitações estabelecidas em lei com a finalidade de assegurar o respeito das garantias dos demais.⁸

Ademais, a CRFB por força do artigo 5º, § 1º prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Esses direitos são vinculantes e exigíveis⁹ e, em regra, não necessitam de nenhum tipo de regulamentação para que sejam efetivados pois possuem força normativa privilegiada. Essa característica, entretanto, deve ser analisada com cautela, uma vez que, existem liberdades públicas que só terão aplicabilidade imediata se a Constituição Federal exigir a elaboração de leis para executá-las.

2.2 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de uma sociedade plural, onde os costumes mudam e os anseios dos indivíduos também, se torna imprescindível que as normas constitucionais sejam atuais e se adequem às necessidade da sociedade como um todo. Nota-se, que com o passar do tempo, direitos foram incrementados ao ordenamento jurídico, e, com isto, as colisões entre esses direitos se tornaram mais frequentes.

O choque entre estes princípios ocorre por causa da diversidade de valores que a Constituição Federal tutela. Em regra, não existe hierarquia entre eles, entretanto, se houver conflito, um só poderá se sobrepor em relação ao outro, após uma análise minuciosa do caso concreto por parte dos tribunais superiores.

⁷ BULOS, U. L.. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 534.

⁸ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unic, Rio, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

⁹ MARMELESTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

Salutar é a diferença entre regras e princípios, de acordo com Robert Alexy¹⁰, as regras deverão ser realizadas exatamente de acordo com a exigência de cada uma. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige. Os princípios, por sua vez, são mandamentos e eles deverão ser satisfeitos em graus variados. A violação de um determinado princípio é muito mais gravosa; violar um princípio significa violar todo um sistema de comandos. Os direitos fundamentais são princípios, de acordo com o entendimento do escritor alemão Robert Alexy e de acordo com a doutrina majoritária. Os direitos fundamentais, por serem considerados princípios, não poderão ser escalonados, um não vale mais que o outro. Esse pensamento tem como base a indivisibilidade dos direitos fundamentais, ou seja, todos eles possuem a mesma relevância e, devido à importância máxima da Constituição da República no Estado Brasileiro, todos possuem a mesma posição hierárquica.

A colisão entre esses princípios ocorrerá quando a Constituição proteger dois valores que quando postos lado a lado divergirem entre si. Quando esses dois valores forem protegidos pela Carta Magna como fundamentais, apresentando assim, a mesma hierarquia constitucional, deverá ser analisado o caso concreto onde as técnicas de valoração e ponderação deverão prevalecer.

Ao contrário do sistema jurisdicional brasileiro que resolve a colisão entre os direitos fundamentais através das técnicas de ponderação, o sistema americano tutela o chamado *preferred rights*¹¹, que são direitos que prevalecem sobre os demais, independente das circunstâncias. O *preferred rights* é um sistema fixo de preferências que não se condiciona a nenhum tipo de circunstância, havendo, desse modo, uma “hierarquia de colisão”. Nota-se que o sistema americano, ao contrário do brasileiro, estabelece uma escala hierárquica dos direitos fundamentais.

¹⁰ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

¹¹ MARTEL, L. C. V. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. **Revista Seqüência**, Santa Catarina, n. 48, p. 91-117, jul. 2004 Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47427001_Hierarquizacao_de_direitos_fundamentais_a_doutrina_da_posicao_preferencial_na_jurisprudencia_da_Suprema_Corte_Norte-americana>. Acesso em: 01 jun. 2018.

Uma das questões mais controvertidas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal foi a questão das pesquisas envolvendo células-tronco¹². A ação de inconstitucionalidade questionava a lei que autorizava pesquisas com embriões humanos, desde que inviáveis ou congelados há um determinado tempo. A fundamentação afirmava que essas pesquisas iam de encontro com dois princípios constitucionais basilares: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. A suprema corte brasileira decidiu validar a lei que autorizava tais pesquisas. Nota-se, portanto, que quando houver a colisão entre esses direitos, a decisão deverá analisar qual direito tem maior peso na situação concreta, devendo se sobrepor este de maior peso, conforme o princípio da ponderação. Entretanto, aquele direito que foi considerado de menor peso na situação concreta, deverá ser preservado. De acordo com o alemão Robert Alexy¹³: “O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”.

2.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO (PONDERAÇÃO)

A proporcionalidade para a matemática é a simples relação entre as grandezas, para o Direito, todavia, tem a ver com a harmônica e necessária relação entre os meios e os fins. O ordenamento jurídico de acordo com Kelsen é organizado através de um sistema hierárquico de normas, as normas inferiores devem está em coerência com as normas superiores. A difícil relação ocorrerá, quando as normas já consideradas hierarquicamente superiores colidirem entre si, como não há critérios hierárquicos para distingui-las, se torna necessário criar outras técnicas para a solução desses conflitos.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 28/05/2010. **Jusbrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

¹³ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

O princípio da proporcionalidade tem como objetivo principal evitar os excessos e permitir que todos os indivíduos tenham acesso aos direitos que são considerados fundamentais. Havendo uma colisão, o princípio constitucional da proporcionalidade, será o responsável por resolver o conflito, analisando o caso concreto de forma segura e coerente. Vale destacar, entretanto, que este princípio não possuía esta característica. Inicialmente ele era associado ao devido processo legal, tendo relação direta com o contraditório e ampla defesa, além de está conexo aos controles de mérito sobre a atividade discricionária do legislador. A relação do princípio da proporcionalidade com os direitos fundamentais passou a ganhar um maior destaque devido às técnicas de ponderação utilizadas pela jurisprudência brasileira para solucionar as colisões.

Este princípio é conhecido como princípio da razoabilidade no direito americano, ao passo que, no direito alemão é conhecido como princípio da proporcionalidade, já no Brasil, os dois nomes podem ser utilizados para denominar o mesmo princípio. Independente da nomenclatura utilizada, ele visa analisar os meios e os fins, avaliando se o custo social da medida justifica o benefício final. Constata-se que a proporcionalidade é de extrema importância pois é através dela que o conflito entre os direitos fundamentais é solucionado, após uma adequada ponderação dos valores.

A doutrina alemã dividiu o princípio da proporcionalidade em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁴. O subprincípio da adequação afirma que qualquer medida restritiva deve está intimamente ligada a sua finalidade, ou seja, se existe um determinado fim, os meios precisam ser adequados. Já o subprincípio da necessidade afirma que a medida restritiva só será utilizada se não houver nenhum outro meio para atingir aquele determinado fim, isto é, quando a medida restritiva realmente não puder ser substituída por nenhuma outra medida menos onerosa. A proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de ponderação, por sua vez, visa manter uma relação custo-benefício equalizada, ou seja, analisar a dimensão dos danos causados em relação aos resultados. Nesse sentido, o ministro Luís Alberto Barroso afirma:

¹⁴ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 297.

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido- isto, é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado-, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de uma fita própria numa fábrica, será ilegítima, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima¹⁵.

O princípio da proporcionalidade é fruto do ordenamento jurídico alemão e não está previsto de forma explícita pela Constituição da República Federativa do Brasil, entretanto, ele é bastante utilizado pela doutrina e jurisprudência. Devido a insuficiência de métodos tradicionais para a solução dos conflitos, a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) se torna a mais eficaz e adequada. A ponderação é, portanto, uma técnica jurídica utilizada para a solucionar casos difíceis, que sempre existiram e sempre irão existir, como é o caso das colisões entre os direitos fundamentais. O deslance só será encontrado através do princípio da proporcionalidade, tendo que haver a investigação do caso concreto, a fixação de parâmetros e a análise dos elementos externos ao Direito. É atribuição do Poder Judiciário utilizar o princípio da proporcionalidade como método de solução, não sendo eficaz, portanto, resolver o problema apenas mediante subsunção dos fatos à norma aplicável.

¹⁵ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298.

3 DIREITOS HUMANOS

O ser humano é o único ser no mundo dotado de vontade e razão, isso faz com que ele tenha ações racionais e que o seu instinto natural seja o de socializar com os demais indivíduos. Aristóteles¹⁶, filósofo grego, afirmava que o homem é um animal político, carente e imperfeito por natureza, e precisa das coisas e dos outros para alcançar a plenitude. Este filósofo, afirmava também, que a sociedade tinha como finalidade principal a conservação do homem e esta era a forma mais bela de união.

A concepção sobre o que é ser “pessoa” nasce a partir da Idade Média, pois é com o Cristianismo que surge o entendimento de que todos os homens são iguais numa mesma dignidade. É a partir desse período histórico que surge a percepção de que todos os homens precisam ser considerados iguais, independente das condições biológicas ou culturais. Os indivíduos são da mesma espécie e possuem a mesma essência, é com base nesse princípio que a parte central do conceito universal dos direitos humanos vai ser gerada¹⁷.

A declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, afirma em seu artigo VI que todos os seres humanos têm o direito de serem reconhecidos como pessoa. Ser reconhecido como pessoa, significa dizer, que todos os indivíduos possuem dignidade, e que cada um, precisa ser respeitado de acordo com a sua individualidade. Ser digno, é ter consciência do seu próprio valor, desta forma, o ser humano não pode, jamais, ser tratado como coisa, onde a relevância se encontra apenas no valor econômico e nas características externas.

A escravidão, abolida apenas no século XX, é o maior exemplo de aviltamento da dignidade da pessoa humana. O indivíduo considerado como escravo, não era

¹⁶ RAMOS, C. A. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 55, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004>. Acesso em: 07 jun. 2018.

¹⁷ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32.

reconhecido como ser humano, era apenas uma mão de obra gratuita que lutava pela sua sobrevivência.

O homem possui direitos naturais da sua espécie, esses direitos estão ligados a igualdade, dignidade e fraternidade, são denominados como direitos humanos, e devem ser considerados como direitos máximos da nação mundial, tendo que haver, portanto, nenhum tipo de aviltamento da dignidade da pessoa humana.

Respeitar esses direitos é ter a consciência de que o outro merece consideração e respeito, e que ele pode e deve viver de uma forma livre e plena. De acordo com o filósofo Immanuel Kant: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”¹⁸

3.1 OS DIREITOS HUMANOS E AS SUAS ORIGENS

Os Direitos Humanos, assim como os direitos fundamentais, não vão possuir um marco histórico único que defina o seu surgimento. Sabe-se, entretanto, que foi com a Declaração de Direitos da Virgínia e com a Declaração de Independência dos Estados Unidos que esses direitos vão ser registrados pela primeira vez na história da humanidade. Eles são inerentes a espécie humana e de acordo com os preceitos de Thomas Jefferson, os humanos foram criados pelo Criador para possuírem direitos irrenunciáveis como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade¹⁹.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos é o primeiro documento oficial que reconhece os direitos inerentes ao homem, são eles, a liberdade e a igualdade entre os seres, independente do sexo, cultura, crença ou raça²⁰.

¹⁸ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

¹⁹ EUA. **A declaração de Independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>. Acesso em: 07. jun. 2018.

²⁰ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

Essa declaração vai assegurar que o direito está diretamente ligado a felicidade do ser humano. É dever de todos os indivíduos, portanto, buscar não só a felicidade individual, mas também, criar condições para que todos possam ser plenamente felizes.

Apenas no século XVIII, a partir do descontentamento do terceiro estado francês, surge uma revolução capaz de colocar em destaque as necessidades dos homens. É a partir da Revolução Francesa, marco célebre para a concretização de direitos essenciais dos indivíduos, que preceitos como *égalité, fraternité, liberté* (igualdade, fraternidade e liberdade) vão ser destaque.

A França do século XVIII foi marcada por grandes desigualdade sociais. A partir do aumento dessas desigualdades, portanto, que as classes menos abastadas, insatisfeitas, se rebelaram contra a classe dominante e lutaram de forma fervorosa pelo os seus direitos. Na época, estes franceses queriam pôr fim aos privilégios, conclamando uma nova forma de governo, onde as diferenças entre as classes, não existiriam de tal maneira. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, um dos registros culminantes dessa revolução, afirmava em seu artigo 1º que a finalidade em sociedade é a finalidade em comum²¹.

Entretanto, é somente após o fim da Segunda Guerra Mundial que nasce uma Organização capaz de fazer com que o respeito aos direitos humanos se torne um valor prioritário para a maioria dos Estados. A ONU (Organização das Nações Unidas) é fundada em 1945, com o intuito de estabelecer, entre as comunidades internacionais, a paz e o respeito aos direitos essenciais dos indivíduos.

3.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional cheia de traumas e lembranças impiedosas, resolveu elaborar um documento, através da Organização

²¹ FRANÇA. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1793. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

das Nações Unidas, para positivar e colocar como prioridade, direitos essenciais à pessoa humana.

É nesse contexto histórico e social, portanto, que nasce a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada como uma resolução pela Assembleia Geral das Nações Unidas, se diferencia de todas as iniciativas anteriores, pois é a partir dela, que surge um consenso sobre o caráter universal de um determinado conjunto de direitos.

Esta declaração não possui efeito vinculante, ou seja, ela é apenas uma recomendação para todos os países, principalmente, para os estados membros da Organização das Nações Unidas. Entretanto, sabe-se, que o respeito aos direitos humanos deve ocorrer permanentemente e independe da força normativa de qualquer documento, eles são vitais para a sobrevivência de qualquer indivíduo, apenas com eles, os seres humanos poderão viver de forma digna.

O aspecto principal dessa Declaração é o seu caráter universal. Em 1948, apenas 48 países tinham aderido, hoje, mais de 90% dos Estados que fazem parte da comunidade internacional se aliaram a estes princípios, isto quer dizer, conseqüentemente, que o respeito aos direitos humanos constitui a melhor medida do grau de civilização dos países e nações²².

3.2 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existe uma imprecisão terminológica quando se trata dos direitos dos indivíduos. Os doutrinadores utilizam os seguintes conceitos: direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos, direitos humanos dentre outros. Entretanto, no século XXI, há duas

²² TRINDADE, A. A. C. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 440.

expressões que são utilizadas com frequência mas não compõem a mesma categoria, são elas: direitos humanos e direitos fundamentais²³.

Os direitos fundamentais possuem um caráter constitucional e força vinculante, eles são deveras nacionais e foram criados a partir de um contexto social, temporal e cultural de cada nação. Estes direitos são o reflexo dos valores máximos de uma determinada sociedade e que, devido ao seu valor máximo, são transformados em normas jurídicas.

O aspecto axiológico dos direitos fundamentais está em expressar os valores preponderantes de um país, outrossim, eles possuem uma base constitucional sólida que leva em consideração as peculiaridades de cada indivíduo e de cada local.

Os direitos humanos, por sua vez, possuem um caráter universal e são destinados à qualquer pessoa, em qualquer tempo e em qualquer lugar. Estes direitos são inerentes à pessoa humana.

São através dos tratados internacionais e convenções que os direitos humanos vão se expressar, evidenciando valores difusos e genéricos de forma transnacional. Gustavo Venturi²⁴, em seu artigo “O potencial emancipatório e a irreversibilidade dos direitos humanos” evidencia:

A assunção e a institucionalização de um princípio de universalidade humana em um documento de caráter supranacional constituem uma evidência empírica razoável de que estamos diante de um processo de filogênese da moralidade - ou seja, de um desenvolvimento moral da espécie humana que, no entanto, não se manifesta necessariamente em cada indivíduo, nem no conjunto deles, e sim nas nossas instituições.

Desta forma, nota-se que os direitos humanos são pré- estatais, ou seja, eles não precisam ser positivados pelo Estado para que possam ser efetivados. São valores universais e absolutos, inerentes à condição humana, que podem ser exigidos a todo o tempo e em qualquer lugar. Os direitos fundamentais, por sua vez, são direitos locais e só poderão ser exigidos se forem incorporados à ordem jurídica e a sua maior finalidade é limitar o poder estatal em face da liberdade individual.²⁵

²³ RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

²⁴ VENTURI, G. **Direitos Humanos, percepções da opinião pública**. 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010. p. 11.

²⁵ KONRAD, L. R.; GORCZEWSKI, C. **A educação e o plano nacional de educação em direitos humanos: efetivando os direitos fundamentais no Brasil**. Santa Cruz do Sul, [s.d.]. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/3550/2699>>. Acesso em: 21. jun. 2018.

3.2.1 O caráter internacional dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o documento responsável por solidificar a importância do direito humanitário. A partir dessa declaração, a comunidade internacional, constatou a necessidade de adotar medidas eficazes para responsabilizar os Estados que ferissem tais direitos, e prevenir violações futuras²⁶.

Desta maneira, verifica-se que o Direito Internacional não está a serviço do poder, mas sim, dos direitos humanos. O ser humano é o alvo principal, devendo o direito internacional, portanto, atender às suas necessidades.

A origem da internacionalização dos direitos humanos está na repugnância da Era Hitler. Foi a partir daí, pós Alemanha Nazista, que as sociedades perceberam a urgência de criar um sistema global que pudesse tutelar o direito humanitário²⁷. Os chefes de Estado compreenderam, que para garantir a democracia dos seus países, se tornava imprescindível, manter um convívio sereno entre as sociedades.

Os direitos humanos deixaram de ser, apenas objeto do ordenamento jurídico interno, para serem inseridos nas prioridades internacionais, ou seja, a sua defesa, independe das limitações territoriais de cada país, demonstrando assim, o seu caráter universal²⁸.

Esse caráter universal foi ratificado, após a realização das duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, a primeira ocorrida em Teerã e a segunda em Viena, tiveram como objetivo principal, advertir aos Estados, que independentemente dos seus sistemas políticos, o respeito aos direitos humanos deve ser priorizado.²⁹

²⁶ LACERDA, F. A. O processo de internacionalização dos direitos humanos e a relativização da soberania estatal através da valorização da dignidade humana. **Saber Digital**, Valença, v.1, jan. dez. 2009. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2009/Saber_digital_2009_05.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁷ LEITE, L. Q. O Direito Internacional dos Direitos Humanos: reflexões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. Faculdade de Direito de Franca, [s.d]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32931-41110-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁸ RODRIGUES, S. M. **Segurança Internacional e Direitos Humanos**. A prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 61.

²⁹ Ibidem. p. 68.

Entretanto, a grande dificuldade, para efetivar o direito humanitário em todos os países é a sua natureza discricionária. As resoluções da ONU, por exemplo, são apenas recomendações, não tendo, portanto, um caráter vinculativo. Os países da América Latina, em especial, possuem uma maior dificuldade para pôr em prática todos os fundamentos extraídos do direito humanitário, a pobreza e a marginalização, são problemas estruturais graves e que são vistos como obstáculos para a real efetivação dos direitos humanos nesta região. O renomado doutrinador espanhol David Sánchez Rubio afirma:

En América Latina supone un imposible que el área de influencia de estas mediaciones de protección llegue a toda la población de manera real, concreta e positiva. Bien por los efectos tanto intencionales como no intencionales del sistema, bien por las mismas incapacidades humanas directamente manifestadas o mediadas institucionalmente, la pobreza e la marginación, son los grandes estigmas de estas sociedades. Pese a los procesos de democratización e al establecimiento de normas constitucionales que cada vez más e de manera expresa reconocen todo tipo de derechos fundamentales e pese al sistema interamericano de protección de derechos humanos conseguido, la estructura general de lo oficial e instituido resultan insuficientes.³⁰

Diante de toda a dificuldade para firmar e executar os direitos humanos, a sua relevância, no entanto, não deverá ser ofuscada. Eles são o fruto de uma resistência histórica e contínua, onde os indivíduos lutaram e continuam se esforçando, para que a sua condição humana, e todos os direitos que estejam ligados a esta condição, sejam respeitados, desta forma, David Rubio também afirma que:

En realidad los concibe tanto conjunto de conquistas humanas que se obtienen como consecuencia de las luchas de los sujetos colectivos a lo largo de la historia. Con el término iusnaturalismo en el camino pretende fundamentar los derechos conseguidos por los seres humanos en una permanente historia de resistencia. Son construídos día a día por la sociedade civil en su búsqueda de una vida en abundancia para todos³¹.

O doutrinador espanhol afirma, portanto, que esses direitos são construídos de forma gradual, dia após dia, pela sociedade. O ser humano quer o seu progresso e o de toda a sua comunidade, desta forma, não deverá medir esforços para alcançá-lo.

³⁰ RUBIO, D. S. Derechos Humanos y Democracia: Absolutización del formalismo e inversión ideológica. **Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, México, n. 17, p. 277-300, 2000. p. 279.

³¹ Ibidem, p. 287.

3.3 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (EDH) : BASE CONCEITUAL

A educação é a ferramenta base para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, e conseqüentemente, do país. Diante da sua grandeza e importância, a educação está dentro do rol dos direitos considerados essenciais a qualquer pessoa. Falar em educação, é, portanto, falar de um direito humano, mas também, um meio indispensável para que os cidadãos possam alcançar outras garantias.

A Educação em Direitos Humanos é constituída a partir da promoção de valores primordiais, são eles: respeito a dignidade da pessoa humana, promoção da igualdade, liberdade e justiça. O verdadeiro propósito é fazer com que se crie uma cultura de respeito a esses valores, fazendo com que, todos os indivíduos, sejam influenciados com esses ensinamentos e tenham atitudes e condutas diferenciadas perante o mundo³².

Falar em promoção dos direitos humanos na educação, significa dizer, que boa parte do processo de ensino, deverá estar pautado em lições que levem ao cidadão, a conhecer o direito humanitário. Desta forma, é necessário que o ser humano saiba desde cedo, o verdadeiro significado desses preceitos.

Por em prática os direitos humanos, por sua vez, é efetivar condutas adequadas, que se iniciam na comunidade escolar e se ampliam por toda a sociedade. Educar um indivíduo dando enfoque a estes conceitos, faz com que ele tenha um conhecimento teórico acerca destes temas, e que, diante da importância de tais valores, passe a praticá-los.

O prólogo do Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos³³, deixa claro, que os sistemas de ensino, possuem um papel fundamental na promoção e respeito de princípios fundamentais da sociedade. É dever dos estados membros,

³² BENEVIDES, M. V. Educação em Direitos Humanos: de que se trata? In: SEMINÁRIO DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, São Paulo, de. 2000. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³³ EUA. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Programa Mundial para educação em direitos humanos**. Escritório do ALTO Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Nova York; Genebra, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

seguir as orientações dadas pela Organização das Nações Unidas, visando um sistema educacional efetivo e transformador.

Os Estados possuem uma obrigação positiva, ou seja precisam não apenas respeitar os direitos humanos, mas também, promovê-los.

3.3.1 A declaração das Nações Unidas sobre a educação e formação em direitos humanos (Resolução 66/137 de 2011)

A Assembleia Geral da ONU, aprovou em 2011, a Resolução 66/137, denominada como a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos. Esta declaração, inspirada pela Declaração de 1948, tem como enfoque principal: utilizar a educação como instrumento para efetivar a promoção humanística.

A comunidade internacional, a partir dessa resolução, reafirma a necessidade de mudar os paradigmas que orientam a vida dos cidadãos; os indivíduos precisam ser educados, para que possam apreender os ensinamentos acerca desses direitos e sejam capazes de praticar os valores adequados.

Para que os objetivos da Declaração sejam efetivados, é necessário que não só a ONU intervenha, mas também, todas as nações que priorizem os direitos humanos, as suas agências especializadas, organização internacionais, dentre outras diversas instituições e entidades³⁴. Nota-se, portanto, que a comunidade internacional precisa se associar, para que o objetivo principal possa ser alcançado, em concordância com o que está previsto no §1º, artigo 12 da Declaração das Nações Unidas sobre Educação e Formação em Direitos humanos que assevera:

La cooperación internacional a todos los niveles debe respaldar y reforzar las actividades nacionales, incluidas, cuando corresponda, las de nivel local,

³⁴ GAMA, F. R. H. **A Declaração das Nações Unidas sobre a educação e formação em direitos humanos**: retórica e perspectivas de efetivação. 2012. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-06062013-152632/pt-br.php>>. Acesso em: 20. jun. 2018.

*dirigidas a impartir educación y formación en materia de derechos humanos*³⁵.

A EDH é, portanto, uma educação de natureza continuada onde o ensino vai estar voltado para as mudanças e o progresso, sendo obrigação dos Estados, priorizar e direcionar os seus investimentos para essas ações. Este processo é multidimensional onde a finalidade principal é formar o sujeito e incentivar a promoção da cidadania³⁶.

3.3.2 O plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)

O Brasil, pós Constituição de 1988, se tornou um país preocupado com o incentivo e a promoção do processo educativo. De acordo com o artigo 205 da Constituição Federal da República, a educação é um direito de todos e deverá ser promovida por toda a sociedade, visando o desenvolvimento da pessoa e da sua cidadania³⁷. Dada as declarações da ONU e de todos os documentos do séc. XX que visavam a promoção do direito humanitário, a República Federativa do Brasil decidiu, de forma acertada, promover o ensino priorizando os preceitos elementares, o artigo 214, inciso V da CRFB, por sua vez, assegura:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Em 1996, tendo como base todos esses valores fundamentais evidenciados pela Constituição Cidadã, foi instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos I

³⁵ ONU. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011*. Distr. General, 15 enero 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement>> Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁶ CANDAU, V. *O que é Educação em Direitos Humanos?* Educação em Direitos Humanos DHnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/candau_oqe_edh1.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

que visava implementar na educação brasileira, o direito humanitário. Em 2003, porém, iniciou-se a elaboração do PNEDH, Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, que veio a se tornar o documento máximo responsável por implementar as diretrizes necessárias para que o ensino no Brasil estivesse de acordo com o direito basilar e imprescindível da pessoa humana: o direito humanitário. O Plano Nacional assevera:

O país chega, assim, a um novo patamar que se traduz no compromisso oficial com a continuidade da implementação do PNEDH nos próximos anos, como política pública capaz de consolidar uma cultura de direitos humanos, a ser materializada pelo governo em conjunto com a sociedade, de forma a contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito³⁸.

Nota-se, portanto, que o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos é um compromisso firmado pelo Brasil, devido a importância e o caráter universal dos Direitos Humanos. O respeito pela dignidade humana deve sempre existir, isto porque, o progresso de um país não existirá se for à custa de ofensas a este direito³⁹.

³⁸ BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 21. jun. 2018.

³⁹ RAITZ, T. R.; ZLUHAN, M. R. A Educação em Direitos Humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.** Brasília, v. 95, p. 31-54, jan./abr. 2014.

4 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ASPECTOS GERAIS

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta liberdade consiste no direito de manifestar ideias e informações de qualquer natureza, é quando o indivíduo expressa o que pensa, suas convicções, opiniões e conclusões sobre algo. Seu caráter fundamental faz com que seja um dos direitos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro.

A sua relevância na Constituição Cidadã se deu devido ao período pós ditadura militar. Antes da promulgação da CRFB, o país viveu um período tenebroso, onde a dignidade da pessoa humana era aviltada em todos os sentidos. Em dezembro de 1968 o presidente Arthur da Costa e Silva emitiu o Ato Institucional número 5, havendo assim, a suspensão de qualquer garantia constitucional e permissão dos métodos de tortura. Este ato foi o responsável por eliminar a liberdade de expressão do país, fazendo com que, muitas pessoas fossem perseguidas, simplesmente por quererem manifestarem os seus pensamentos.

Após esse período, surge a Constituição Federal de 1988, com o intuito de tutelar, de forma eficaz, esses direitos. Esta Constituição foi a responsável por colocar a liberdade de expressão no rol dos direitos fundamentais, desta forma, nota-se, que a liberdade de expressão é uma garantia à dignidade humana, o indivíduo possui a necessidade de interagir com o seu semelhante, tanto para expressar as suas opiniões como para ouvir as do outro.

A liberdade de expressão vem desde o período Ateniense, onde os filósofos defendiam o direito dos cidadãos discordarem e puderem expressar qualquer tipo de divergência. Não era qualquer ser humano, entretanto, que era considerado como cidadão, apenas um grupo seletivo de pessoas possuía tal liberdade. Sócrates foi o filósofo que mais consagrou a liberdade de expressão como garantia, ele acreditava

que todo cidadão deveria ter o direito de se expressar, e que só assim poderia existir uma vida digna.⁴⁰

[...] o maior bem para um homem é justamente este, falar todos os dias sobre a virtude e os outros argumentos sobre os quais me ouvistes raciocinar, examinando a mim mesmo e aos outros, e, que uma vida sem esse exame não é digna de ser vivida."

Atualmente, todos os indivíduos racionais são considerados como cidadãos e precisam ter as suas garantias respeitadas pela sociedade e por todos os governantes. Um Estado, para ser considerado verdadeiramente um Estado Democrático de Direito, deverá garantir a liberdade de expressão para o seu povo, a democracia só existirá se houver uma participação efetiva e consciente das pessoas, que deverão demonstrar os seus diversificados pontos de vista sem haver nenhum tipo de censura.

4.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A liberdade de expressão é considerada como um “direito-mãe”⁴¹, um direito multifacetado, ou seja, possui diversas características e peculiaridades, esta garantia abarca, não apenas, a liberdade de pensamento do indivíduo, mas também, a liberdade de imprensa, artística, dentre outros. Esta liberdade é considerada como um dos principais direitos do ordenamento jurídico brasileiro, classificada como um direito fundamental de 1ª geração.

Os direitos de primeira geração são aqueles em que deve haver uma prestação negativa do Estado, ou seja, o Estado não deve intervir, deixando o particular livre para exercer as suas liberdades. Não cabe ao Estado, portanto, definir quais são as opiniões válidas e aceitáveis, o público, a quem as

⁴⁰ COSTA, M. C. C. **Liberdade de expressão como direito** - História e Atualidade. *NHENGATU* – Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas, São Paulo, v.18, 2013. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7PfZwlfLQrsJ:https://revistas.pucsp.br/index.php/nhengatu/article/download/34174/23475+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 24. jun. 2018.

⁴¹ MACHADO, J. E. M. **Liberdade de expressão: Dimensões Constitucional da Esfera Pública no Sistema Social**. 2001. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/410>>. Acesso em: 24. jun. 2018.

manifestações são dirigidas, que deverá fazer esse juízo de valor, conforme previsto no artigo 220 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴².

Por ser uma prerrogativa do particular, a liberdade de expressão tem um caráter individual, mas a sua característica principal está na difusão do conhecimento⁴³. Esta manifestação do pensamento, por sua vez, não poderá sofrer nenhum tipo de censura, principalmente por parte do Poder Estatal. A vedação à censura não impede o controle por parte do Poder Judiciário. A manifestação de pensamento deverá ser controlada quando houver lesão a outras garantias constitucionais⁴⁴.

A Constituição Federal não explicita o verdadeiro significado do termo genérico: “liberdade de expressão”. Sabe-se, entretanto, que esta nomenclatura compõe um agrupamento de liberdades comunicativas, englobando tanto a manifestação de pensamento, prevista no artigo 5º, inciso IV da CRFB, como as liberdades previstas nos artigos 220 e 206, II da Constituição⁴⁵.

Este conceito possui uma dupla dimensão, uma dimensão subjetiva e a outra objetiva. A dimensão subjetiva está diretamente ligada ao direito intrínseco do particular de poder se expressar sem nenhum tipo de intromissão, existe aí uma prestação negativa do Estado. A dimensão objetiva, por sua vez, está relacionada ao dever estatal de proteção, sendo responsável pela criação de normas para regulamentar possíveis abusos e controlar a constitucionalidade de atos que possam interferir no gozo desta liberdade⁴⁶.

⁴² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 392.

⁴³ GUIMARÃES, R. D. **Liberdade de expressão e direitos da personalidade**: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas. 2015. 243 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17739/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ricardo%20Duarte%20Guimar%C3%A3es.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁴⁴ SOARES, F. C. **Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites**. Rio de Janeiro: EMERJ, [s.d.]. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁴⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 538.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

4.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUA IMPORTÂNCIA

A importância da manifestação do pensamento do indivíduo é tamanha, que além da proteção existente no direito brasileiro, o direito internacional também julgou ser imprescindível, através dos seus tratados e declarações, tutelar tal liberdade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu artigo XXIX que todo ser humano tem direito a liberdade de expressão e opinião, e poderá transmitir ou receber informações, por qualquer meio, independentemente das fronteiras.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴⁷, que possui uma amplitude mundial, também assegura o direito à liberdade de expressão. Este pacto foi ratificado pelo governo brasileiro após o período militar, com o advento da Constituição de 1988, e assevera em seu artigo 19:

Artigo 19

§1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

§2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

§3. O exercício de direito previsto no § 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Nos Estados Unidos, a primeira emenda, responsável por tutelar a liberdade de expressão, é um dos textos normativos mais importantes do Direito Americano. Esta garantia nos EUA é ilimitada, não tendo nenhum tipo de restrições por parte do poder estatal, mesmo se houver descomedimentos, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Americana atesta que o Congresso não fará nenhuma lei para abreviar a liberdade de expressão.

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União. Brasília**, DF, 07. jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Amendment 1 - Freedom of Religion, Press, Expression.

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances⁴⁸.

Os americanos acreditam, ainda, na auto regulação da manifestação do pensamento. A ideologia existente nas normas americanas, demonstra, portanto, que não há nenhuma restrição na liberdade de expressão por parte do governo, ou seja, a própria circulação de ideias, seria a responsável por fazer desaparecer as ideias impertinentes. Para John Stuart Mill, criador desta teoria, conhecida como *Market Place of Ideas*⁴⁹, o choque de ideias, independentemente de conter algum tipo de violação, seria benéfico em qualquer circunstância.

A intolerância, entretanto, não é compreendida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que deixa claro no seu texto constitucional, que a manifestação de pensamento será limitada, e demonstrações que violem diretamente os princípios da Constituição Cidadã, como por exemplo, discursos que contenham racismo e preconceito, serão banidos de forma incisiva por parte do Estado.

Notória é a importância de tal liberdade, desta forma, indispensável é a utilização de limites, para que o seu exercício seja pleno. A DUDH sustenta que todo ser humano, no exercício de suas liberdades, estará sujeito a limitações que só existirão, para assegurar as garantias do outrem, certificar os interesses de uma sociedade democrática e a preservação da ordem pública. Estes limites são imprescindíveis para que não haja excessos e que o direito de todos seja respeitado.

4.3 RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A liberdade de expressão encontra limitação no próprio texto constitucional, demonstrando assim, o seu caráter relativo. A relevância desta liberdade não pode

⁴⁸ EUA. **The Constitution of the United States.** Disponível em: <<https://www.usconstitution.net/const.pdf>>. Acesso em: 25. jun. 2018.

⁴⁹ MURCHO, D. **O argumento epistêmico de John Stuart Mill a favor da liberdade de expressão.** Disponível em: <<https://criticanarede.com/millexpressao.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ofuscar os demais direitos fundamentais consolidados pela Constituição Cidadã, o seu exercício, portanto, não pode violar a dignidade da pessoa humana⁵⁰.

Diferentemente do sistema adotado pelo Direito Americano, onde os direitos fundamentais são colocados numa escala hierárquica, dando maior relevância para um, em detrimento do outro, o chamado *preferred rights*, o Direito Brasileiro, por sua vez, optou por analisar o caso concreto em caso de colisão e, diante de abusos cometidos em nome da liberdade de expressão, limitar tais excessos conforme já previsto na Carta Magna, vedando o anonimato (art. 5º, IV) e dando direito de resposta ao ofendido (art. 5º, inciso V).

Vale salientar que o artigo 5º, inciso V, além de assegurar o direito de resposta, também garante uma possível indenização, quando houver excessos no exercício da liberdade de expressão. As limitações, sabiamente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, não devem ser confundidas com a censura, diante das circunstâncias, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

Mesmo que se adote uma noção ampliada de censura, não há como deixar de admitir que a censura, por mais que constitua uma forte (e proibida) intervenção na liberdade de expressão, não equivale, em termos gerais, à noção de limites e restrições. Controle do abuso da liberdade de expressão e censura são, portanto, noções que devem ser cuidadosamente diferenciadas⁵¹.

Desta forma, nota-se, que este direito não é absoluto, ele precisa está de acordo com os demais direitos e em conformidade com a dignidade da pessoa humana, acerca da limitação necessária dos direitos fundamentais, quando um estiver colidindo com o outro, Nagib, Slaibi Filho sustenta na sua obra Direito Constitucional:

Note-se que nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro, pois mesmo o direito à vida cede ao direito à vida do outro indivíduo ou da própria sociedade, nos casos, por exemplo, de legítima defesa. E assim é porque os direitos somente podem ser vislumbrados em uma relação jurídica, a unir o indivíduo ao outro, ou o indivíduo ao grupo social ou à comunidade.⁵²

⁵⁰ SOARES, F. C. **Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites**. Rio de Janeiro: EMERJ, [s.d.]. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁵¹ SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 546.

⁵² SLAIBI FILHO, N. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 381.

Ademais, o direito brasileiro vai sustentar a ideia da liberdade responsável, isto é, existem limites explícitos e implícitos para o exercício da liberdade de expressão. Esta ideia faz com que haja uma limitação da manifestação do pensamento, uma vez que, o entendimento se sustenta na concepção de que nem todas as ideias devem circular, pois existem ideias, que se não forem restringidas, poderão causar grandes prejuízos à dignidade da pessoa humana.

4.3.1 Caso Ellwanger

Siegfried Ellwanger Castan (1928-2010) foi um editor gaúcho que através do seu livro: Holocausto judeu ou alemão- nos bastidores da mentira do século, argumentou que nunca houve massacre aos judeus, e que o holocausto, historicamente conhecido, se resumia apenas a trabalhos forçados. A sua obra foi retirada de circulação, uma vez que, foi considerada ultrajante devido às alegações preconceituosas.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi considerado um dos mais emblemáticos em relação a liberdade de expressão, a discussão analisava se publicação de tal obra, que possuía um caráter hostil, poderia ser protegida por um direito fundamental: a liberdade de expressão. O então Ministro Relator Moreira Alves, alegou que as liberdades não são absolutas e elas possuem limites morais e jurídicos.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

[...]. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a

imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. Ordem denegada⁵³.

A partir desse histórico julgamento, nota-se que, os indivíduos não podem se manifestar de forma imoral e com conteúdos criminosos, alegando estarem protegidos pela liberdade de expressão. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana vão sempre prevalecer, desta forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no caso em tela, que o discurso de ódio é incompatível com os preceitos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana tem destaque no ordenamento jurídico brasileiro, a sua essência está integrada ao conceito dos direitos fundamentais e o seu papel interpretativo é notório. A dignidade é parte do núcleo essencial das garantias, ela será a responsável, portanto, pela interpretação necessária, para que haja uma definição e orientação na resolução dos casos concretos⁵⁴.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus. Racismo. Habeas Corpus nº 82424 Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

⁵⁴ BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 67.

5 A POSSÍVEL NULIDADE DE UM DOS CRITÉRIOS AVALIATIVOS DO ENEM/2016

O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) foi criado em 1998 com o intuito de avaliar o nível do ensino no Brasil, entretanto, foi apenas em 2009 que o Ministério da Educação criou o Sistema de Seleção Unificada (SISU), sendo a única forma de seleção utilizada para a entrada dos alunos nas faculdades públicas. Desta forma, percebe-se, devido a sua importância e o seu alcance, que o ENEM precisa estar em conformidade com as políticas nacionais educacionais e com os princípios basilares de uma sociedade cidadã.

Diferentemente dos vestibulares que visam avaliar as matérias tradicionais, o Exame Nacional do Ensino Médio possui uma finalidade distinta. Ele foi criado para transformar as competências dos alunos, competências estas, que estão diretamente ligadas ao exercício da cidadania e ao mercado de trabalho⁵⁵. O Enem, em seu documento básico demonstra qual é o seu propósito:

O Enem é realizado anualmente, com o objetivo fundamental de avaliar o desempenho do aluno ao término da escolaridade básica, para aferir o desenvolvimento de competências fundamentais ao exercício pleno da cidadania.⁵⁶

Este Exame, não vai se preocupar, portanto, apenas com a transmissão do conhecimento, mas sim, com o desenvolvimento das competências. Isso significa que o intuito principal, é que haja um deslocamento epistemológico na educação, ou seja, deve ocorrer a superação do ensino tradicional, para que se estabeleça, a relevância das competências como novo alicerce pedagógico.⁵⁷

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em outubro de 1998, através da sua Conferência Mundial sobre Educação Superior, declarou que a educação tem o dever de transformar e induzir

⁵⁵ COSTA, C. F. O Enem e o desenvolvimento de competências no contexto da educação para o trabalho e a cidadania. **TEIAS**, Rio de Janeiro, ano 5, jan/dez 2004. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/viewFile/23943/16916>>. Acesso em 03 jul. 2018.

⁵⁶ INEP. **ENEM**: documento básico 2000. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/viewFile/23943/16916>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁷ COSTA, op. cit.

mudanças e progressos na sociedade. O preâmbulo da Declaração Mundial sobre Educação Superior, elaborada nesta conferência, afirma:

Devido ao escopo e ritmo destas transformações, a sociedade tende paulatinamente a transformar-se em uma sociedade do conhecimento, de modo que a educação superior e a pesquisa atuam agora como componentes essenciais do desenvolvimento cultural e socioeconômico de indivíduos, comunidades e nações. A própria educação superior é confrontada, portanto, com desafios consideráveis e tem de proceder à mais radical mudança e renovação que porventura lhe tenha sido exigido empreender, para que nossa sociedade, atualmente vivendo uma profunda crise de valores, possa transcender as meras considerações econômicas e incorporar as dimensões fundamentais da moralidade e da espiritualidade⁵⁸

A sociedade mudou, assim como, as suas necessidades. Assim, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com todos os documentos normativos que tutelam tais direitos, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, inseriu em 2013, no edital do Exame Nacional do Ensino Médio, o item 14.9.4. Este item afirma que, a redação do aluno será zerada, se houver violação aos direitos humanos. A inserção de tal ponto demonstra o propósito do Poder Público de estar em harmonia com direitos essenciais de qualquer nação: o direito humanitário.

No entanto, a validade de tal item foi questionada por diversos setores e associações. Aqueles que são contra a introdução do item 14.9.4 argumentam que tal critério restringe a liberdade de expressão do aluno, o que, num Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais são constitucionalmente tutelados, não poderia ocorrer. O Ministério da Educação e todos aqueles que são a favor, entretanto, demonstram de forma satisfatória, que os critérios avaliativos estão de acordo com todos os planos educacionais e com os princípios tutelados por toda a comunidade internacional. Exigir uma redação que não viole os direitos humanos, nada mais é que, colocar como prioridade, uma categoria de direitos que deve estar no topo de qualquer estrutura.

⁵⁸ UNESCO. **Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI**. Conferência Mundial sobre Educação Superior, 9 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/declaracao-mundial-sobre-educacao-superior-no-seculo-xxi-visao-e-acao.html>>. Acesso em 03 de jul. 2018.

5.1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA ESCOLA SEM PARTIDO

A Associação Escola sem Partido é composta por estudantes e pais que visam analisar o papel desenvolvido pelas escolas brasileiras e observar a influência destas instituições e dos professores na criação das ideologias dos alunos. Tal associação, se intitula como um grupo coeso que visa abolir qualquer instituição de ensino que não seja neutra e apartidária⁵⁹.

A favor da liberdade de expressão dos candidatos, a Associação Escola sem Partido, ajuizou uma ação civil pública, que pedia a anulação do item 14.9.4 do edital do Enem/2016, que afirmava atribuir nota zero às redações que ferissem os direitos humanos. A petição foi pautada nos artigos 206, 208 e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta associação, acredita que, inserir tal item no edital do Exame Nacional do Ensino Médio, é cercear de forma clara, um dos mais importantes direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro: a liberdade de expressão.

Vale ressaltar ainda que, a Associação Escola sem Partido requereu o pedido de tutela antecipada para que o item do edital do Enem/2016 fosse anulado. Após algum tempo, entretanto, entendendo ser necessário englobar, não só o exame de 2016, requereu também, nos autos da ação originária, um novo pedido de tutela antecipada referente aos futuros exames.

A associação é categoricamente contra a lei da mordaza, o que se significa dizer, que a manifestação de pensamento dos alunos deve ser colocada em primeiro lugar, independentemente do conteúdo e da ofensa gerada. A ação civil pública, afirma ainda que, o Exame Nacional do Ensino Médio se tornou um grande algoz, pois define o que o aluno deve ou não fazer, limitando assim, as as ideias e valores genuínos dos candidatos. O jornalista Reinaldo Azevedo, em conformidade com este posicionamento assevera:

⁵⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Associação Escola Sem Partido. **Ação Civil Pública nº 0064253-55.2016.4.01.3400**. Gabinete da Procuradora-Geral da República Brasília/DF, Brasília, DF 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/SLINICIALLENEM.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

Não por acaso, nas escolas e nos cursinhos, as aulas de redação têm-se convertido — sem prejuízo de o bom professor ensinar as técnicas da argumentação — numa coleção de dicas politicamente corretas para o aluno seduzir o examinador. Com mais um pouco de especialização, o pensamento será transformado numa fórmula ou numa variante do “emplastro anti-hipocondríaco”, de Brás Cubas (o de Machado de Assis), destinado “a aliviar a nossa pobre humanidade da melancolia”. É o que têm feito os professores: um emplastro antipoliticamente incorreto, destinado a aliviar os nossos pobres alunos da tentação de dizer o que eventualmente pensam.⁶⁰

É a partir desta concepção que ação civil pública vai pautar os seus argumentos, afirmando ainda que, o Estado não deve promover os direitos humanos e aviltar um direito constitucional tão importante como a liberdade de expressão.

Ora, nenhum dos candidatos deveria ser punido por possuir ou expressar sua opinião. Insista--se: ninguém pode ser obrigado a dizer o que não pensa para poder entrar numa universidade. O exemplo demonstra, em todo caso, que, além de ferir a liberdade de consciência e de crença dos candidatos —o que caracteriza crime de abuso de autoridade por parte do Presidente do INEP, nos termos do art. 3º, letra “d”, da Lei 4.898/65 —, a exigência contida no edital transforma a prova de redação do Enem num imenso filtro ideológico de acesso ao ensino superior, contribuindo de forma decisiva para a contaminação e a instrumentalização política e ideológica do sistema educacional.⁶¹

Ademais, a associação declara que os direitos humanos não podem ser vistos como uma “religião do Estado Laico”, onde todos os indivíduos, contrariando as suas próprias convicções, são obrigados a seguirem estes valores. Por fim, alegam que o conceito de direitos humanos é muito abstrato, tendo em vista que não há uma delimitação definitiva, prejudicando, desta maneira, os candidatos que não teriam uma definição objetiva acerca do tema⁶². Depreende-se, portanto, que num Estado Democrático de Direito, onde as garantias fundamentais possuem uma tutela constitucional, marcado historicamente por fatos tenebrosos como a ditadura militar, a manifestação de pensamento deve ser livre e reverenciada.

⁶⁰ AZEVEDO, R. O tema estúpido da redação do Enem, as mentiras do examinador e as duas exigências absurdas feitas aos estudantes. **Veja**, [s.n.], 5 nov. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-tema-estupido-da-redacao-do-enem-as-mentiras-do-examinador-e-as-duas-exigencias-absurdas-feitas-aos-estudantes-ou-intelectualmente-falando-prova-de-redacao-deveria-ser-impugnada/>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

⁶¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Associação Escola Sem Partido. **Ação Civil Pública nº 0064253-55.2016.4.01.3400**. Gabinete da Procuradora-Geral da República Brasília/DF, Brasília, DF 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/SLINICIALENEM.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

⁶² Ibidem.

5.2 POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

A Advocacia Geral da União, representando a autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, demonstra que não há cabimento na ação civil pública ajuizada pela Escola sem Partido pois afronta diretamente a ordem pública e social.

Não há que se falar, desta forma, na nulidade do item 14.9.4 do edital do ENEM pois ele está de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil e com os princípios universais do direito humanitário. A AGU afirma, que este critério avaliativo, foi adotado pelo INEP desde 2013 e nunca foi impugnado ou questionado. Ademais, ao contrário do argumento utilizado pela Escola Sem Partido, a Advocacia Geral da União atesta que o conceito de direitos humanos não é abstrato, tendo a sua definição presente em vários documentos normativos e na cartilha de orientação aos alunos para a redação do ENEM, tal cartilha assegura:

Como saber se o participante está ferindo os direitos humanos na redação? A prova de redação do Enem sempre assinalou a necessidade de o participante respeitar os direitos humanos (DH). A partir de 2013, após a publicação das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos – ocorrida em 2012 –, o edital do exame tornou obrigatório o respeito aos DH, sob pena de a redação receber nota zero. Depois dessa determinação, os temas de redação passaram a propiciar maiores discussões sobre o assunto. Pode-se dizer que determinadas ideias e ações serão sempre avaliadas como contrárias aos direitos humanos, tais como: defesa de tortura, mutilação, execução sumária e qualquer forma de “justiça com as próprias mãos”, isto é, sem a intervenção de instituições sociais devidamente autorizadas (o governo, as autoridades, as leis, por exemplo); incitação a qualquer tipo de violência motivada por questões de raça, etnia, gênero, credo, condição física, origem geográfica ou socioeconômica; explicitação de qualquer forma de discurso de ódio (voltado contra grupos sociais específicos). Fique atento: apesar de a referência aos direitos humanos ocorrer apenas na Competência 5, a menção ou a apologia a tais ideias em qualquer parte de seu texto levará sua prova a ser anulada.⁶³

Desta forma, nota-se que o Ministério da Educação tem a sua atuação norteada por valores fundamentais presentes na República Federativa do Brasil, e um desses valores é promover os direitos humanos, abolindo, portanto, qualquer

⁶³ INEP. **Redação do Enem 2017, Cartilha do Participante**. Brasília: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/guia_participante/2017/manual_de_redacao_do_enem_2017.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

discurso que venha a ofender tais direitos. O discurso do ódio, é a manifestação de ideias de desprezo e indiferença a um determinado grupo, totalmente incompatíveis com a dignidade da pessoa humana⁶⁴, não podendo desta forma, prosperar num Estado Democrático de Direito.

A Advocacia Geral da União afirma ainda que, o Estado Brasileiro comprometeu-se a respeitar o direito humanitário, ratificando diversos tratados internacionais como: a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que deixam claro a limitação da liberdade de expressão, caso haja ofensa a um outro direito igualmente tutelado.

Desta forma, nota-se, a partir da urgente suspensão realizada pela AGU, que é papel da Administração Pública, definir critérios avaliativos que estejam de acordo com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, a Advocacia Geral da União assevera:

23. O INEP, autarquia pública federal vinculada ao Ministério da Educação, tem como missão subsidiar a formulação de políticas educacionais dos diferentes níveis de governo, com intuito de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. Exerce papel relevante na construção de dados ou informações educacionais e papel indispensável na garantia do direito à educação de qualidade. Sendo assim, enquanto instituição pública, não pode deixar de observar os preceitos a que se encontra constitucional e legalmente vinculado, entre os quais se destaca o respeito aos direitos humanos, ao qual a educação está intimamente associada, conforme arts. 1º, 205 e 214, V, da Constituição da República de 1988.

26. O critério de correção adotado pelo INEP não foi inserido no edital por questões aleatórias ou partidárias, como pretende sugerir a Associação Escola sem Partido. O corpo técnico da autarquia, extremamente qualificado, adotou tal critério com base em fundamentos jurídicos e educacionais. E dentro da perspectiva educacional, a educação está indissociavelmente ligada aos direitos humanos⁶⁵.

Sobre a suposta subjetividade do conceito “direitos humanos”, há de se entender que qualquer avaliação dissertativa apresentará um grau de subjetividade, menor ou maior, cabendo a Administração Pública, dessa maneira, de forma prévia,

⁶⁴ PFLUG, S. R. M. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

⁶⁵ AGU. Advocacia geral da União. **Urgente Suspensão**. Processo Originário: Agravo de Instrumento nº 0072805-24.2016.4.01.0000/DF – TRF1. Brasília, DF, 2 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/inicial-agu-enem.pdf>>. Acesso em 04. de jul. 2018.

realizar ações que diminuam as eventuais dúvidas. O que não pode, no entanto, é eliminar um critério avaliativo que se faz tão necessário numa sociedade globalizada e atual.

5.3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, a suprema corte brasileira, de uma forma geral, é responsável por solucionar litígios que estejam na última instância e questões relacionadas a constitucionalidade. Este órgão é responsável por salvaguardar a Constituição, conforme previsto no artigo 102 da CRFB, e por criar uma jurisprudência, que em suma, é utilizada por todos os demais tribunais brasileiros.

Quando o conflito está diretamente ligado a colisão de direitos fundamentais, o STF não possui uma jurisprudência única, sendo necessário, nestes casos, analisar o caso em concreto. Normalmente, por se tratar de princípios hierarquicamente superiores, os ministros utilizam a técnica da ponderação para sanar tais problemas. Como anteriormente mencionado, a colisão entre os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, não é solucionado no plano da validade, é necessário, portanto, restringir um princípio em face do outro.

O método de ponderação é utilizado na maioria dos casos, e é reconhecido como uma adequada técnica para a doutrina e para a suprema corte. Entretanto, este recurso só será utilizado, se não afetar diretamente o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em alguns casos específicos, os ministros não utilizam tal fórmula, pois de forma inconsciente, já possuem uma preferência e uma certa valoração sobre determinado direito fundamental⁶⁶.

Desta forma, para minorar direitos contrapostos, o Poder Judiciário será o responsável por fazer um exame de ponderação que deverá ser guiado pelos

⁶⁶ LANE, R. **O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Pública, 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

princípios mais relevantes da Carta Magna, uma vez que, não existem parâmetros dogmáticos para a realização desta apuração⁶⁷.

O Supremo já solucionou diversos casos que envolviam a colisão dos direitos fundamentais. Sobre a anulação do item 14.9.4 do Edital do Enem, que atribuía nota zero aos alunos que ferissem os direitos humanos, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia, decidiu negar os pedidos realizados pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República.

Em sua decisão, a ministra fundamentou que não se pode combater intolerância social com uma maior intolerância estatal, ou seja, se os candidatos forem preconceituosos em suas redações e ferirem os direitos humanos, o Estado não poderá coibir tal posicionamento com uma maior severidade. A ministra afirma:

Não se garantem direitos fundamentais eliminando-se alguns deles para se impedir possa alguém insurgir-se pela palavra contra o que a outro parece instigação ou injúria. Há meios e modos para se questionar, administrativa ou judicialmente, eventuais excessos. E são estas formas e estes instrumentos que asseguram a compatibilidade dos direitos fundamentais e a convivência pacífica e harmoniosa dos cidadãos de uma República.⁶⁸

A decisão também menciona alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à liberdade de expressão, um deles é sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 que versava sobre a exigência da autorização prévia da pessoa biografada. O STF ao julgar a ADI 4.815, afirmou que a liberdade de expressão só pode ser restringida em situações excepcionais, nesses casos, os limites existentes na Constituição Federal deverão ser observados.

Neste mesmo julgamento, a suprema corte destacou que o direito à liberdade de expressão não está só no fato de se informar e ser informado, mas também, no que diz respeito a ter opiniões e emitir críticas.

Em nada contribui para a dinâmica de uma sociedade democrática reduzir a expressão do pensamento a aspecto informativo pretensamente neutro e imparcial, ceifando-lhe as notas essenciais da opinião e da crítica. Não se

⁶⁷ FARIAS, E. P. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 140.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus. Racismo. Habeas Corpus nº 82424 Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26. jun. 2018.

compatibiliza com o regime constitucional das liberdades, nessa ordem de ideias, a interdição do uso de expressões negativas em manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal. Ao assegurar ampla liberdade à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, os arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, caput, da Constituição Brasileira reverberam um dos sustentáculos dos regimes democráticos, cuja imprescindibilidade a experiência política internacional se encarregou de consagrar⁶⁹.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal deixa claro o seu posicionamento a favor da liberdade de expressão. A corte acredita que em países onde há histórico de instabilidade política e social, a construção dos princípios institucionais devem sempre estar em destaque. De acordo com os ministros, a Constituição Federal de 1988 sempre buscou um ambiente propício para que a liberdade de expressão fosse garantida em todas as suas vertentes⁷⁰.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Distrito Federal, p. 199. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

⁷⁰ Ibidem, p. 242.

6 A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS HUMANOS

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores mais relevantes de uma nação e do seu ordenamento, eles são os responsáveis por regularem as relações jurídicas e são considerados como os grandes pilares da Constituição. Os princípios são, portanto, valores normativos, onde a sua aceitação está na conexão entre a lógica e o sistema do direito positivo.

Diante das circunstâncias, se faz necessário destacar a diferença entre regras e princípios. As regras são incompatíveis entre si, elas partem do pressuposto do tudo ou nada, não podendo, portanto, duas regras conviverem juntas. Os princípios, por sua vez, são apenas mandamentos de otimização; dois princípios convivem juntos, em caso de colisão, entretanto, apenas um poderá se sobrepor em relação ao outro⁷¹.

No caso do processo envolvendo a anulação do item 14.9.4 do edital do Enem, há dois grandes valores em colisão: a liberdade de expressão e os direitos humanos.

Como já demonstrado, a liberdade de expressão é um direito fundamental previsto na Carta Magna, que em alguns casos, quando houverem excessos, poderá ser limitada. Os direitos humanos, por sua vez, são direitos universais, tutelados por diversos documentos internacionais e versam sobre um dos aspectos mais importante para os indivíduos: a dignidade da pessoa humana. Quando há a colisão de direitos tão importantes, é necessário que se tenha cautela e que técnicas apropriadas sejam utilizadas pelo Poder Judiciário.

A Presidente do Supremo Tribunal Federal, a ministra Carmém Lúcia, decidiu anular o item 14.9.4 no Enem/2017, que previa nota zero às redações que ferissem os direitos humanos. A sua argumentação foi baseada na necessidade de manter a liberdade de expressão dos alunos, uma vez que, não cabe ao Poder Público, definir o que eles podem ou não dizer.

⁷¹ QUINTIERE, V. M. **Intimidade vs. Liberdade de Expressão**. Minas Gerais: Editora D' Plácido, 2016. p. 19.

Em contrapartida, um dos direitos mais relevantes do mundo, provavelmente o mais importante, foi desconsiderado: os direitos humanos. A importância de tal direito é tamanha, que o Poder Judiciário não pode, em suas decisões, deixá-lo de lado. Nestes termos, o jurista espanhol David Sánchez Rubio afirma:

Se quiera o no se quiera, reclaman cierta responsabilidad de todos los seres humanos. nadie se salva de ella. Por estas razones, el compromiso con lo humano, con suas condiciones de existencia y con la natureza se presenta como ineludible e inexcusable.⁷²

O compromisso com o ser humano e as suas condições é inescusável, ou seja, não cabe ao indivíduo dispensar o exercício de tal direito ou ignorar o fato de ter que promovê-lo. Não exigir o respeito aos direitos humanos nas redações do Exame Nacional do Ensino Médio, é portanto, corroborar com possíveis manifestações preconceituosas que possam vir a ocorrer por parte dos candidatos. O Estado Brasileiro deve ser o responsável por gerenciar as relações, priorizando sempre, os princípios mais importantes do ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal pode, em alguns casos, solucionar a colisão desses direitos, utilizando critérios errôneos, como ocorreu com a decisão envolvendo o edital do Enem. Ao escolher a manifestação de pensamento dos candidatos, a suprema corte deixa de salvaguardar o direito humanitário, direito este, que deveria ser considerado o acme de qualquer pátria.

Ademais, vale ressaltar que a liberdade de expressão não é considerada um direito fundamental absoluto, podendo ser limitada, quando violar direitos igualmente assegurados pelo sistema constitucional. Desta forma, a autora Samantha Meyer-Pflug, em seu livro, Liberdade de expressão e discurso do ódio, certifica:

A expressão de idéias sofre algumas restrições, pois há de respeitar outros valores albergados pela ordem constitucional vigente, alguns deles constam no próprio Texto Constitucional com repercussão na legislação infraconstitucional. Os limites à liberdade de expressão devem ser interpretados de maneira restritiva. O Estado liberal protege a liberdade de expressão dos indivíduos como um de seus fundamentos. No entanto, é necessário impor restrições ao seu exercício, pois do contrário ela pode representar a queda desse Estado, se for exercida de forma absoluta e irrestrita. De um lado se garante a liberdade de expressão como

⁷² RUBIO, D. S. **Encantos y desencantos de los derechos humanos**. Barcelona: Icaria Antrazyt, 2011. p. 29.

fortalecimento do Estado, e de outras normas que punem abusos no seu exercício⁷³.

Vale destacar que o Ministério da Educação introduziu tal item, devido a importância universal dos direitos humanos, dos valores existentes nos planos educacionais e na pretensão de coibir o discurso do ódio. Esse discurso possui um conteúdo incitador e entra em conflito direto com a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser reprimido pelo Poder Público.

O discurso do ódio vem frequentemente sendo utilizado pelos jovens brasileiros, que são frutos de uma juventude cibernética, onde o anonimato se faz presente, e os excessos em nome da liberdade de expressão são rotineiros. Não existe liberdade quando há ofensas a terceiros. Ofender alguém ou algo, através de um discurso preconceituoso e racista é ir de encontro à valores constitucionalmente assegurados. Outrossim, o artigo 4º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, afirma que um dos princípios que regem as relações internacionais é a prevalência dos direitos humanos.

Ao exigir dos alunos o respeito ao direito humanitário, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, tenta exigir o mínimo ético dos candidatos, o que seria, portanto, regras morais para que a sociedade pudesse viver de forma harmoniosa.

O direito apresenta as condições necessárias para que haja a conservação da sociedade, essas condições, em sua maioria, estão diretamente ligadas à vontade humana. Existe uma quantidade mínima de normas éticas que são esperadas dos indivíduos, a sociedade exige que os cidadãos pratiquem atos morais, e esses atos são considerados deveres, um deles, é o respeito aos direitos humanos.⁷⁴

Se a liberdade de expressão é um direito fundamental que pode ser limitado quando colidir com o direito de outrem, podendo a vítima em caso de ofensas, requerer indenizações, aparenta ser prudente, deste modo, a fixação de tal item

⁷³ MEYER-PFLUG, S. R. **Liberdade de Expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 83.

⁷⁴ BROCHADO, M. O direito como minimum ético e maximum ético. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

avaliativo por parte do Ministério da Educação, uma vez que, ter a nota da redação zerada, nada mais é, do que uma sanção de caráter leve, em comparação ao que o próprio ordenamento jurídico prevê em casos de excessos.

Não há direito que se coaduna quando entra na seara do outro. A decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal envolvendo o INEP e a Associação Escola sem Partido, demonstra ser um equívoco do Judiciário, uma vez que, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e tal critério avaliativo está de acordo com o comprometimento do Poder Público de respeitar o direito humanitário.

As redações não podem ser apenas construções lógicas e com uma boa base gramatical, elas são o reflexo da manifestação de pensamento dos alunos que, situados num Estado Democrático de Direito, deverão respeitar e promover os princípios relevantes desse Estado. Não são aceitáveis, portanto, ideologias que propaguem o ódio, principalmente em processos seletivos que são realizados pelo Poder Público.

6.1 TÉCNICAS ADEQUADAS PARA A SOLUÇÃO DESSES CONFLITOS

Inexiste uma técnica definitiva e consolidada para solucionar o conflito de direitos que estejam constitucionalmente previstos. A pirâmide de Kelsen é utilizada quando há a colisão de normas hierarquicamente distintas, entretanto, quando a colisão ocorre entre princípios hierarquicamente iguais, o Poder Judiciário deverá buscar o método mais adequado para a solução desses conflitos.

Os ordenamentos jurídicos vão escolher a técnica mais apropriada para a sua nação. Os Estados Unidos, por exemplo, já possuem uma hierarquia de valores estabelecidos, o sistema europeu, por sua vez, analisam o caso concreto, fazem uma valoração, mas, na maioria das vezes, acabam sempre priorizando a dignidade da pessoa humana.⁷⁵

⁷⁵ MEYER-PFLUG, S. R. **Liberdade de Expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 256.

Já a Corte alemã acredita que as decisões, sejam elas provenientes do Poder Judiciário ou da Administração Pública, devem se submeter ao princípio da proporcionalidade, isto significa dizer que, qualquer decisão que envolva os direitos fundamentais, deve estar de acordo com este princípio.⁷⁶

O Direito alemão vai afirmar ainda que, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes da ordem constitucional e que vai ser o responsável por determinar os limites das demais normas. Nesse mesmo sentido, percebe-se, que o direito à vida é inquestionável e tem precedência sobre os demais. Nota-se, portanto, que valores relativos à pessoa humana são mais valiosos que os valores de natureza material.

A ideia de ter uma decisão justa, por isso, proporcional, vem desde a Grécia antiga, onde o filósofo Aristóteles afirmava, que o injusto é tudo aquilo que viola a proporcionalidade. O constitucionalista Alexandre Costa afirma em sua obra:

Nesse campo, o que há de novo é a tentativa de estabelecer critérios de avaliação que orientem o juiz na difícil tarefa de identificar, no caso concreto, o que é proporcional ou desproporcional. Chega a ser trivial a afirmação de que proporcional é a decisão que respeite ao máximo os valores em jogo e que busque equilibrá-los da melhor forma possível. A grande dificuldade não está na descrição teórica do problema, mas na elaboração de uma metodologia adequada para a sua aplicação prática: e é esse o papel que o princípio da proporcionalidade busca desempenhar. Na elaboração desse instituto, uma função muito importante foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, na medida em que tal princípio foi construído paulatinamente pela jurisprudência desta Corte e foi nela que se consolidou a sua conformação atual⁷⁷.

Desta forma, percebe-se, que para solucionar esses conflitos, a solução não está na subsunção dos fatos a norma, e sim, na análise das situações concretas e os seus elementos normativos, tendo como fio condutor de todos esse processo, o princípio da proporcionalidade. A ponderação se tornou uma necessidade e não mais uma opção filosófica ou ideológica, a interpretação constitucional precisa ser feita através de critérios valorativos para que haja a maior concordância prática entre os direitos em conflito⁷⁸.

⁷⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 336.

⁷⁷ COSTA, A. A. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 136.

⁷⁸ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 333.

6.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PONDERAÇÃO: A SOLUÇÃO MAIS EFICAZ

Quando existem normas de mesma hierarquia, fornecendo consequências jurídicas opostas e os critérios de solução de antinomias, como por exemplo, os critérios hierárquicos, cronológicos e de especialidade, não surtem mais efeito, é necessário que a hermenêutica dos direitos fundamentais desponte para que haja uma efetiva solução⁷⁹. O critério subjetivo, para resolver a colisão dos direitos fundamentais, sempre vai existir, entretanto, é necessário garantir a racionalidade que o direito exige. Sobre os critérios a serem utilizados, George Marmelstein afirma:

Portanto, em matéria de direitos fundamentais, há um dever especial de aumentar a carga argumentativa da decisão judicial. Esse reforço da carga argumentativa decorre do dever constitucional de motivação dos atos judiciais e é um fato extremamente importante a ser observado pelo Judiciário quando está em sopesando valores constitucionais. Se não houver transparência e objetividade na argumentação, a hermenêutica dos direitos fundamentais pode se transformar numa verdadeira “caixa de pandora”, que, em vez de melhorar a qualidade da decisão, trará mais desvantagens e descrédito ao processo judicial⁸⁰.

A argumentação jurídica, portanto, é uma das soluções mais adequadas para solucionar estes conflitos. Quando o Poder Judiciário se ver diante de dois valores constitucionalmente previstos, com a mesma hierarquia, é indispensável contrabalancear os valores existentes no caso concreto, utilizando a argumentação, como ponto de partida.

A argumentação jurídica é construída a partir de construções morais e políticas que visam justificar uma decisão que deve ser, predominantemente, justa. Preliminarmente, o julgador deverá fazer concessões entre os valores em disputa, tentando ao máximo, manter a essência de cada valor. Existirão casos, contudo, em que essa compatibilização não será possível, devendo o intérprete, desse modo, fazer uma escolha de qual princípio deverá prevalecer e justificar a sua escolha, demonstrando na sua argumentação, a construção do seu raciocínio⁸¹.

Os juízes deverão tentar equilibrar aquilo que está previsto na norma com os valores em jogo, analisando sempre os efeitos que tais avaliações, poderão ter na

⁷⁹ MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 367.

⁸⁰ Ibidem, p. 366.

⁸¹ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338.

prática. No que diz respeito a colisão, ponderação e argumentação, não é possível se falar em uma resposta precisa, mas sim, em soluções argumentativamente racionais e coerentes.

Desta forma, em caso de colisão de valores fundamentais, os julgadores deverão decidir argumentativamente utilizando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como ponderação. A ponderação nada mais é que, o dever de argumentar de forma concisa, fazendo com que o julgador exponha todos os motivos que o levaram a decidir daquela maneira. Sabe-se que não é a forma mais segura para se decidir, entretanto, atualmente, é a forma mais adequada. Sobre essa técnica, George Marmelstein assegura:

No entanto, essa técnica (se utilizada corretamente e com ética argumentativa) é o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais, pois ela fornece e desenvolve algumas ferramentas para aguçar nosso sentimento de justiça e de bom senso, como a busca pelo dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade, sempre nos forçando a seguir os valores constitucionais. Na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática. Somente depois, se não for possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita⁸².

Vale destacar, que a ponderação não deverá ser feita antecipadamente, é necessário que tente-se haver uma harmonização, ou seja, tentar realmente efetivar aquele direito fundamental em questão, o limite dessa efetivação está no fato de não poder prejudicar a situação de outras pessoas.⁸³ Se a harmonização não for possível, outros métodos deverão ser realizados, visando sempre, manter o núcleo essencial do direito fundamental.

Robert Alexy afirma que quanto maior é o grau do não cumprimento de um princípio, alto também deve ser, a importância do cumprimento do outro⁸⁴. A ponderação, portanto, deverá ser realizada quando a harmonização não puder ser feita, e o sopesamento de valores, deverá manter o núcleo essencial do princípio relativizado, tendo como objetivo principal, por fim, fixar de forma efetiva, o princípio optado.

⁸² MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 391.

⁸³ *Ibidem*, p. 392.

⁸⁴ ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15.

7 A PROMOÇÃO HUMANÍSTICA DO PAÍS: UM DEVER DO ESTADO

O nome Estado surge na obra “O Príncipe” de Maquiavel, em suma, este termo denomina uma sociedade politicamente organizada que apresenta um grupo de instituições responsáveis pelo controle da nação. De acordo com o filósofo John Locke, o Estado é o responsável por assegurar direitos essenciais aos homens, entre eles estão, o direito à propriedade, igualdade e liberdade.

Desta forma, na civilização moderna, o Estado é o responsável por assegurar, não só os direitos básicos dos indivíduos, mas também, o responsável por efetivar tudo aquilo que está previsto constitucionalmente. Ele é o soberano, controlador das instituições, devendo, portanto, ter a Carta Magna como o principal norte para a concretização dos seus deveres. Assim, vale destacar, que uma das suas atribuições, é a promoção humanística do país, que deve ser um dos valores tutelados pela educação brasileira, conforme disposto no artigo 214, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil.

É dever do Estado, portanto, não apenas respeitar os direitos humanos, mas também promovê-los, e promover, significa dar impulso a estes valores, pôr em execução. Destaca-se ainda que, o Brasil recepcionou diversos tratados internacionais que versam sobre o direito humanitário, devendo, desta forma, efetivar o compromisso realizado.

A Constituição Federal prevê que os tratados que versem sobre os direitos humanos serão incorporados ao elenco dos direitos constitucionais já consagrados. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CRFB afirmam que o Poder Judiciário deverá aplicar de forma imediata, as normativas internacionais de proteção a nível constitucional. O óbice está, entretanto, na falta de vontade do Poder Público em efetivar tais direitos, alguns setores do Poder Judiciário, não dão aplicação direta às normas constitucionais de proteção aos direitos humanos, não é um problema normativo e sim, um problema no “animus” dos encarregados⁸⁵.

⁸⁵ GALINDO, G. R. B. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.9.

Nota-se, conseqüentemente, que medidas que não promovem os direitos humanos são indevidas. A dignidade da pessoa humana, conceito tão subjetivo mas cheio de valor, é a maior garantia que o ser humano pode ter, para que possa viver de forma harmônica em sociedade, e possa exercer, de fato, a sua cidadania. Fahd Away afirma:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo se reduzir o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de assegurar a todos, a existência digna; a ordem social visará a realização da justiça social, à educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania⁸⁶.

O Poder Público não poderá ser inerte diante de tais princípios. A Carta Magna, fonte suprema do ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo que é derivada também é subordinada aos valores socialmente professados. Na América Latina, os valores oriundos das Constituições devem ser destacados, uma vez que, essa região, é conhecida historicamente pela violação dos direitos humanos.

Diante de tantos valores reconhecidos e compromissos internacionais, o Estado Brasileiro deve ser o grande responsável por propagar e, introduzir na sociedade, os direitos do homem. A educação, além de ser considerada um direito a ser conquistado, é também o meio pelo qual, os indivíduos podem buscar as suas demais garantias.

A partir do momento em que o Estado controla boa parte do sistema educativo, tendo em vista que as mais notáveis faculdades do Brasil são faculdades públicas, ele deverá ser o gerador de um ponto de vista oficial, ou seja, disseminador de valores e convicções. Não é dever do Poder Público, entretanto, através de suas instituições, propagar ideias sem sentido e sem embasamento, porém, um dos seus deveres, é difundir concepções que sejam provenientes dos ideais constitucionais.

⁸⁶ AWAD, F. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, p. 111-120, 2006. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Deste modo, o sistema de ensino poderá perpetuar as desigualdades econômicas, sociais, culturais e de discriminação, isso é, portanto, uma questão de escolha do Poder Público. Foi nesse sentido e de forma sábia, que o Ministério da Educação, através do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, resolveu introduzir em 2013, no edital do Exame Nacional do Ensino Médio, o respeito aos direitos humanos.

Ora, se o ENEM é a única porta de entrada dos alunos ao ensino superior público, e o Estado, sendo o responsável por essa seleção, deverá sim, fazer com que as provas estejam de acordo com os valores mais relevantes da CRFB. Nota-se, que é uma escolha, e o Poder Público felizmente, decidiu promover tais direitos.

O Poder Judiciário, por sua vez, resolveu anular tal item, alegando o afrontamento à liberdade de expressão dos candidatos, tal liberdade, entretanto, prevista como não absoluta pela própria Carta Magna, deve ser limitada quando colidir com um direito tão imprescindível como é o direito humanitário.

Ademais, é responsabilidade do Estado definir o tólos das universidades públicas, ou seja, a sua finalidade. Há quem diga que as universidades existem apenas para promover a superioridade acadêmica, outros afirmam que elas precisam atender a determinados propósitos. Desta forma, o respeitado professor de Harvard, Michael Sandel atesta:

Definir o tólos (objetivo, finalidade ou propósito) de uma universidade parece essencial para que se determinem os critérios de admissão adequados. Isso traz à tona aspecto teleológico da justiça nas admissões às universidades. Intimamente relacionada à discussão sobre o propósito de uma universidade há uma questão moral: Que virtudes ou excelências as universidades efetivamente valorizam e recompensam⁸⁷.

Há, portanto, uma reivindicação para que os Estados ajam de uma forma ética, rompendo assim, com a separação entre moral e política, tornando-se prementes. Eles precisam respeitar e efetivar os direitos humanos, tendo em vista que tais valores são referenciais éticos, e o Poder Estatal só será legítimo se ansiar pelo direito de todos.⁸⁸.

⁸⁷ SANDEL, M. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

⁸⁸ LUNARDI, G. M. **A fundamentação moral dos direitos humanos**. *Revista Katál*. Florianópolis, v. 14, p. 201-209, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/07.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Promover os direitos humanos, não é somente promover os direitos previstos constitucionalmente, que possuem um caráter universal, e tem como o seu principal documento normativo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Promover tais direitos é, viabilizar a dignidade da pessoa humana, para que todos tenham em mente, a promoção da justiça em comum. Acerca da moralidade da dignidade do ser humano, o filósofo Kant afirma:

O ser humano está destinado, por sua razão, a estar numa sociedade com seres humanos e a se cultivar, civilizar e moralizar nela por meio das artes e das ciência, e por mais que possa ser sua propensão animal a se abandonar passivamente aos atrativos da comodidade e do bem-estar, que ele denomina felicidade, ele está destinado a se tornar ativamente digno da humanidade na luta com os obstáculos que a rudez de sua natureza coloca para ele.⁸⁹

O ser humano é digno da humanidade, e se o Poder Público detém o Poder, cabe a ele não medir esforços para pôr em prática tais virtudes. Historicamente, as sociedades sempre foram em busca dos direitos inerentes ao homem, com o tempo, esses direitos foram reconhecidos, depois foram positivados, agora, eles precisam ser promovidos.

O direito humanitário tem uma função mais importante do que ser apenas o objeto do processo político, eles são o motivo pelo qual, os indivíduos se manifestam, e requerem do Estado, uma ação mais ativa. Desta forma, é dever do Estado promover os direitos humanos, tendo em vista que, tais direitos, são imprescindíveis em qualquer sociedade. Eles são próprios da condição humana e caberá ao Poder Público verificar e corroborar com tal relevância.

⁸⁹ KANT, I. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006. p. 325

8 CONCLUSÃO

Diante da análise dos fatos narrados, constata-se, que os princípios constitucionais, por serem considerados mandamentos de otimização, poderão, em alguns casos, colidirem entre si. Caberá ao Poder Judiciário, portanto, quando se deparar com tais situações, utilizar as técnicas mais apropriadas para a solução destes conflitos. Este método visa fazer uma análise minuciosa dos meios, para que o benefício final, seja o mais justo e coerente possível.

Considerando o caso de colisão apresentado por este trabalho, percebe-se, que o sopesamento de valores deverá vir acompanhado de uma argumentação jurídica congruente, onde os julgadores terão que demonstrar os verdadeiros motivos da sua escolha, motivos estes, que deverão estar de acordo com o sistema jurídico.

No caso concreto apresentado, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmém Lúcia, escolheu decidir em favor da liberdade de expressão dos candidatos, argumentando que não se deve coibir a intolerância dos alunos com uma maior intolerância estatal.

Sabe-se, entretanto, que o Estado é o responsável por assegurar os direitos dos indivíduos, e que ele deve promover tais direitos, de forma segura e tenaz. Os Estados devem ser coerentes e não podem ter ações que contradizem os valores fundamentais constitucionalmente tutelados.

Por em prática e garantir tais direitos não é uma obrigação fácil a ser realizada pelo Poder Público, uma vez que, a história demonstra que os direitos humanos são violados desde os primórdios, tendo como maior exemplo de aviltamento destes direitos: a escravização dos negros.

Diante desta cultura de desrespeito aos direitos humanos, é dever do Poder Estatal, efetivá-los e assegurá-los, uma vez que, a Declaração Universal de Direitos Humanos afirma que os seres humanos devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Desta forma, se tratando do Exame Nacional do Ensino Médio, a única seleção existente para a entrada dos alunos no ensino público superior, o Estado, deverá sim, através dos seus critérios avaliativos, demonstrar quais convicções e ideais o ordenamento jurídico valoriza.

Ademais, é necessário definir qual tipo de aluno o Estado Brasileiro tem interesse de investir, o que se sabe, de forma indiscutível, é que não deve haver espaço para aqueles que propaguem o discurso do ódio e desrespeitem os direitos humanos. Tais virtudes e vícios devem ser analisados, uma vez que, o Poder Público tem o dever de promover a paz e estimular a harmonia social.

REFERÊNCIAS

AGU. Advocacia geral da União. **Urgente Suspensão**. Processo Originário: Agravo de Instrumento nº 0072805-24.2016.4.01.0000/DF – TRF1. Brasília, DF, 2 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/inicial-agu-enem.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2018.

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, R. O tema estúpido da redação do Enem, as mentiras do examinador e as duas exigências absurdas feitas aos estudantes. **Veja**, [s.n.], 5 nov. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-tema-estupido-da-redacao-do-enem-as-mentiras-do-examinador-e-as-duas-exigencias-absurdas-feitas-aos-estudantes-ou-intelectualmente-falando-prova-de-redacao-deveria-ser-impugnada/>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

AWAD, F. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, p. 111-120, 2006. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BARROSO, L R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENEVIDES, M. V. Educação em Direitos Humanos: de que se trata? In: SEMINÁRIO DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, São Paulo, de. 2000. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 07. jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Associação Escola Sem Partido. **Ação Civil Pública nº 0064253-55.2016.4.01.3400**. Gabinete da Procuradora-Geral da República Brasília/DF, Brasília, DF 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/SLINICIALENEM.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 28/05/2010. **Jusbrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Distrito Federal, p. 199. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.127. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1127.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus. Racismo. Habeas Corpus nº 82424 Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BROCHADO, M. O direito como minimum ético e maximum ético. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

CANDAU, V. **O que é Educação em Direitos Humanos?** Educação em Direitos Humanos DHnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/candau_oqe_edh1.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018

CAMPOS, H. N. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico**, São Paulo, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, A. A. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, C. F. O Enem e o desenvolvimento de competências no contexto da educação para o trabalho e a cidadania. **TEIAS**, Rio de Janeiro, ano 5, jan/dez 2004. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/File/23943/16916>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

COSTA, M. C. C. **Liberdade de expressão como direito** - História e Atualidade. *NHENGATU* – Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas, São Paulo, v.18, 2013. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7PfZwlfLQrsJ:https://revistas.pucsp.br/index.php/nhengatu/article/download/34174/23475+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

EUA. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Programa Mundial para educação em direitos humanos**. Escritório do ALTO Comissionado das Nações Unidas para os Direito Humanos. Nova York; Genebra, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

EUA. **The Constitution of the United States**. Disponível em: <<https://www.usconstitution.net/const.pdf>>. Acesso em: 25. jun. 2018.

FARIAS, E. P. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERNANDES, A. V. M.; PALUDETO, M. C. Educação e Direitos Humanos: desafios para escola contemporânea. **Cad. Cedes**, Campinas, v. 30, p. 233-249, mai./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a08v3081.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

FRANÇA. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1793. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

GALINDO, G. R. B. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, F. R. H. **A Declaração das Nações Unidas sobre a educação e formação em direitos humanos**: retórica e perspectivas de efetivação. 2012. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-06062013-152632/pt-br.php>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

GUIMARÃES, R D. **Liberdade de expressão e direitos da personalidade**: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas. 2015. 243 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17739/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ricardo%20Duarte%20Guimar%C3%A3es.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

HOLTHE, L. V. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2009.

INEP. **ENEM**: documento básico 2000. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/viewFile/23943/16916>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. **Redação do Enem 2017, Cartilha do Participante**. Brasília: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/guia_participante/2017/manual_de_redacao_do_enem_2017.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

KANT, I. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KONRAD, L. R.; GORCZEWSKI, C. **A educação e o plano nacional de educação em direitos humanos: efetivando os direitos fundamentais no Brasil**. Santa Cruz do Sul, [s.d.]. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/3550/2699>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

LACERDA, F. A. O processo de internacionalização dos direitos humanos e a relativização da soberania estatal através da valorização da dignidade humana. **Saber Digital**, Valença, v.1, jan. dez. 2009. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2009/Saber_digital_2009_05.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

LANE, R. **O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais**. 2004. 34 p. Trabalho de conclusão de curso – Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Pública, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

LEITE, Leonardo Queiroz. O Direito Internacional dos Direitos Humanos: reflexões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. Faculdade de Direito de Franca, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32931-41110-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

LUNARDI, G. M. **A fundamentação moral dos direitos humanos**. *Revista Katál.*, Florianópolis, v. 14, p. 201-209, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/07.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

MACHADO, J E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões Constitucional da Esfera Pública no Sistema Social. 2001. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/410>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTEL, L. C. V. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. **Revista Seqüência**, Santa Catarina, n. 48, p. 91-117, jul. 2004 Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47427001_Hierarquizacao_de_direitos_fundamentais_a_doutrina_da_posicao_preferencial_na_jurisprudencia_da_Suprema_Corte_Norte-americana>. Acesso em: 01 jun. 2018.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

MEYER-PFLUG, S. R. **Liberdade de Expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MURCHO, D. O argumento epistêmico de John Stuart Mill a favor da liberdade de expressão. In: II JORNADA DE FILOSOFIA E DIREITOS HUMANOS. **Anais...** Londrina, Universidade de Londrina 2006. Disponível em: <<https://criticanarede.com/millexpressao.html>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unic, Rio, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

ONU. **Resolucion aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011**. Distr. General, 15 enero 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement>> Acesso em: 20 jun. 2018.

PFLUG, S. R. M. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUINTIERE, V. M. **Intimidade vs. Liberdade de Expressão**. Minas Gerais: Ed. D' Plácido, 2016.

RAITZ, T. R; ZLUHAN, M. R. A Educação em Direitos Humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.** Brasília, v. 95, p. 31-54, jan./abr. 2014.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, C. A. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 55, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X201400010004>. Acesso em: 07 jun. 2018.

RODRIGUES, S. M. **Segurança Internacional e Direitos Humanos**. A prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUBIO, D. S. Derechos Humanos y Democracia: Absolutización del formalismo e inversión ideológica. **Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, México, n. 17, p. 277-300, 2000.

_____. **Encantos y desencantos de los derechos humanos**. Barcelona: Icaria Antrazyt, 2011.

SARLET, I.W.; MARINONI, L.G; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, M. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SLAIBI FILHO, N. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, F. C. **Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites**. Rio de Janeiro: EMERJ, [s.d.]. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serie_aperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

TRINDADE, A. A. C.. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

VENTURI, Gustavo. **Direitos Humanos, percepções da opinião pública**. 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010.