

FACULDADES DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
MARISE MEDEIROS CAVALCANTI CHAMBERLAIN

A SUPERACÃO DOS CONCEITOS POSITIVO E NEGATIVO
DE LIBERDADE PELA DOGMÁTICA JURÍDICA
CONSTITUCIONAL:
UMA ADEQUAÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE LIBERDADE

VITÓRIA - ES
2005

MARISE MEDEIROS CAVALCANTI CHAMBERLAIN

**A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS POSITIVO E NEGATIVO
DE LIBERDADE PELA DOGMÁTICA JURÍDICA
CONSTITUCIONAL:
UMA ADEQUAÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais das Faculdades de Vitória (FDV), como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Daury César Fabríz.

**VITÓRIA-ES
2005**

MARISE MEDEIROS CAVALCANTI CHAMBERLAIN

**A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS POSITIVO E NEGATIVO
DE LIBERDADE PELA DOGMÁTICA JURÍDICA
CONSTITUCIONAL:
UMA ADEQUAÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE LIBERDADE**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury César Fabríz
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, _____ de _____ de 2005.

Aos meus adorados pais, Vanildo e Fátima, cuja firmeza de caráter e força interior nunca me deixaram esquecer quem sou.

A Richard, amado amante, amigo e companheiro de todas as horas, pelos momentos inesquecíveis de dedicação, amor e tolerância, assim como sou.

Aos meus eternos, Ana Karenina e Hector, por quem mantenho vivo um sentimento que beira a irracionalidade e a quem dedico uma incansável luta para ser uma pessoa melhor do que sou.

Não poderia deixar de mencionar a minha eterna gratidão ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, exemplo de dignidade, moralidade, sabedoria e compromisso com a justiça, cujo quadro sinto-me orgulhosa de integrar.

Os agradecimentos se estendem a todos os membros desse órgão, especialmente ao Exmos. Srs. Juízes Sérgio Moreira de Oliveira, Maria Francisca dos Santos Lacerda, Maria de Lourdes Vanderlei e Souza e José Luiz Serafini, a quem devo o licenciamento concedido, circunstância que, aliada ao estímulo ofertado ao contínuo aperfeiçoamento dos seus membros, autorizam-me a afirmar categoricamente que, sem a participação do Egrégio TRT da 17ª Região, este trabalho não teria sido realizado.

As conclusões da ciência, do ponto de vista histórico, as quais, em última análise, não desmentem sua essência que é a incansável busca pela verdade – submetendo-se, para tanto, à prova - fazem lembrar uma música que diz “sou errada, sou errante, sempre na estrada, sempre distante, vou errando enquanto o tempo me deixar” (Paula Toller).

SUMÁRIO

RESUMO	09
ABSTRACT	10
1 INTRODUÇÃO	11
2 AS RAÍZES HISTÓRICAS DO PENSAMENTO POLÍTICO-FILOSÓFICO SOBRE A LIBERDADE	20
2.1 A LIBERDADE DOS ANTIGOS	20
2.2 A LIBERDADE ANTES DO LIBERALISMO	26
2.2.1 O livre arbítrio	26
2.2.2 A Idade Média	28
2.2.3 O resgate da concepção romana de liberdade	30
2.3 O CONTRATUALISMO	37
2.3.1 John Locke e o liberalismo	40
2.4 A LIBERDADE NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS	48
2.5 A LIBERDADE DOS ANTIGOS E A LIBERDADE DOS MODERNOS ...	52
2.6 O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA	60
3 OS SENTIDOS DA LIBERDADE	65
3.1 A LIBERDADE NEGATIVA	67
3.1.1 A origem hobbesiana da liberdade como não-impedimento ..	74
3.2 A LIBERDADE POSITIVA	81
3.3 A VISÃO CRÍTICA DESSA DICOTOMIA	85
4 CONHECENDO A LIBERDADE	96
4.1 A LIBERDADE EM KANT	96
4.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE	100
4.3 UM CONCEITO FILOSÓFICO DE LIBERDADE	107
4.4 A LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO	115

5 DIREITO E LIBERDADE	118
5.1 O CONCEITO DE DIREITO	124
5.2 OS MÉTODOS JURÍDICOS DE COMPREENSÃO DA LIBERDADE ...	128
5.2.1 A liberdade sob o signo do conceito jusnaturalista de ciência	129
5.2.2 A liberdade sob o signo do conceito positivista da ciência jurídica	132
5.3 A NOVA DOGMÁTICA: A ORDEM DOS VALORES	139
5.4 O RECURSO NECESSÁRIO ÀS CATEGORIAS GNOSEOLÓGICAS DA DOGMÁTICA	151
5.4.1 A normatividade	154
5.4.2 A exterioridade	156
5.4.3 A racionalidade	161
5.4.4 A referência a valores	163
5.4.5 A humanidade	165
5.4.6 A razoabilidade	167
5.5 UM CONCEITO JURÍDICO DE LIBERDADE E SEUS ELEMENTOS NUCLEARES: ESCOLHA, AÇÃO, PERTINÊNCIA E IMPEDIMENTOS.....	168
5.5.1 A conjunção entre escolha e ação	184
5.5.2 Os limites, os obstáculos e os impedimentos	189
5.5.3 A pertinência	194
6 A LIBERDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO FUNDAMENTAL	198
6.1 A COMPREENSÃO DA LIBERDADE NO SISTEMA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS	202
6.2 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO	208
6.3 AS AMBIGÜIDADES DA LIBERDADE NEGATIVA E DA LIBERDADE POSITIVA NA DOGMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL: A SUPERAÇÃO DA FRAGMENTAÇÃO HISTÓRICA ENTRE INDIVIDUAL E COLETIVO	215
6.3.1 A superação dos interesses público e privado	226
6.4 A LIBERDADE E AS GERAÇÕES DE DIREITOS	230

6.5 OS CONFLITOS ENTRE AS LIBERDADES E ENTRE ELAS E AS GERAÇÕES DE DIREITOS: A METÓDICA DE SUPERAÇÃO	237
6.6 A LIBERDADE E A DEMOCRACIA: UMA SÍNTESE NECESSÁRIA	262
7 CONCLUSÃO	268
8.REFERÊNCIAS	274

RESUMO

Buscando evidenciar a importância que o conceito de liberdade ainda possui na dogmática jurídica, este trabalho se dirige à superação dos conceitos positivo e negativo de liberdade, uma vez que o primeiro se funda na consideração da liberdade como escolha e o segundo a concebe como agir desimpedido. Inicialmente, resgata-se o percurso político-filosófico responsável pela compreensão da liberdade no mundo jurídico, para, posteriormente, demonstrar a inadequação do conceito erigido sob as bases do liberalismo, mormente de sua dicotomização às categorias determinantes do conhecer no mundo jurídico. Neste mister, configura-se a opacidade gerada pela dicotomização do conceito de liberdade, principalmente quando se atribui a ela, enquanto conteúdo de norma, uma dimensão negativa. A perplexidade é sensivelmente acentuada em virtude da exterioridade e da racionalidade que caracterizam o direito e que não permitem uma concepção de liberdade que separe o agir das escolhas. Primeiro, porque a conduta humana é uma atividade que qualifica as escolhas e se essas permanecem no recôndito interior não podem ser objeto de regulação de condutas. Segundo, porque a racionalidade, responsável pela determinação do querer-agir, é o atributo que distingue os homens dos demais seres vivos. Escolhas individuais e escolhas coletivas devem ser compatibilizadas pelo direito, pois elas são a verdadeira expressão da liberdade e quando tomadas de forma autônoma, com amplo número de opções, cuja concretização é assegurada com o afastamento de impedimentos, está-se diante da verdadeira realização da liberdade. Sendo assim, não há como se conceber a liberdade no âmbito de ações desvinculadas de querereres, principalmente porque os impedimentos e os obstáculos são identificados a partir de uma consideração valorativa tendente à tomada de posição em relação a fins, a escolhas, enfim, a juízos que são derivativos dos valores compartilhados na sociedade, os quais também dizem respeito do que concerne ao indivíduo, em sua esfera privada, e à comunidade, demonstrando ser fator de relevância acentuada na construção do conceito de liberdade e determinante na elucidação de conflitos entre liberdades e entre elas e os direitos de segunda e terceira gerações.

ABSTRACT

Trying to attest the importance that the liberty concept still have in the juridical dogmatic, this assignment is addressed to the overcome of the positive and negative concepts of liberty, since the first is founded in the consideration of liberty as a choice and the second conceives it like an unobstructed act. Initially, it's brought off the political-philosophical route responsible for the comprehension of liberty in the juridical world, to later prove the inadequacy of the concept built under the basis of liberalism, chiefly of its dichotomization, to the determining categories of the knowledge in the juridical world. In this need, it's configured the opacity produced by the dichotomization of the concept of liberty, mainly when attributed to it, such as norm's contents, a negative dimension. The perplexity is touchy accentuated by virtue of the exteriority and the rationality that characterize the right and don't allow a concept of liberty that separates the act of the choices. First because the human conducts is an activity that qualifies the choices and if these remain in the inner place, they can't be object of regulation of conducts. Second, because rationality, responsible by the determination of wanting-acting, is the attribute that distinguishes man from other beings. Individual and collective choices must be compatibilized by right because they're the true expression of liberty and when taken in an autonomous form, with an ample number of options, whose making concrete is assured by the removal of impediments, you're in front of the true realization of liberty. Therefore, there is no way how to conceive liberty in the ambit of disentailed actions of wantings, principally because the impediments and obstacles are identified from a valoured consideration tending to taking position in relation to purposes, choices, at last, of judgements that are determinative from valoures shared in society, which also say as regards of what concern the individual in his private sphere and to community, factor of accentuated relevancy in the concept's construction of liberty and determining in the conflict's elucidation between liberties and between them and the second and third generation's right

1 INTRODUÇÃO

Liberdade, vocábulo cativante, cuja definição é assaz intrincada e por cujo gozo lutam todos os seres humanos. Algumas vezes, ela mais parece uma ilusão impulsionada pela quimera de dar amplo significado ao complexo existencial humano, repleto de incertezas no embate diuturno entre a vontade e a potência. Não se conhece desde quando se busca e, da mesma forma, não se sabe até quando se reivindicará a liberdade, já que novas relações trazem modernas formas de opressão ou permitem a melhor visualização delas.

A liberdade é um tema sempre intrigante, tanto do ponto de vista filosófico quanto da concepção dos limites que a juridicidade nos permite, concepção que não olvida os reclamos da filosofia, pois, sendo o direito uma ciência que convida o espírito humano a transcender, é na liberdade que encontra seu fundamento. Se fôssemos dizer isso numa linguagem mais agradável aos amantes da jurisprudência prática, diríamos que a liberdade está relacionada ao Direito em decorrência dos limites impostos ao agir pelo ordenamento jurídico e que, quando ele pretende assegurá-la em suas normas, se depara com os conflitos decorrentes da adequação dela aos novos carecimentos, de forma que as gerações ou as dimensões de direitos trazem sempre à discussão o problema da liberdade.

No senso comum, chama-se liberdade esse sentimento indescritível e necessário para a realização da plenitude humana, sem limites, sensação resultante da relação dialética que se inicia no eu interior, ultrapassando-o em direção ao outro, para, em seguida, retornar à pessoa com todo o vigor. Tal sentimento é de origem desconhecida e inacessível à intuição imediata e materialista que a ciência forceja por disseminar, em razão disso elege o conceito que daí deriva como propulsor de uma expressão forjada e sem correspondência com a realidade efetivamente experimentada pelo ser.

Vale mencionar que, não se pretende, no âmbito deste trabalho, desenvolver o conceito de liberdade no senso comum, já que seus conceitos, na maioria das vezes, são destituídos da necessária comprovação exigida pela metodologia

científica, mas é importante não deixá-lo totalmente desacreditado, principalmente quando o assunto é comportamento humano. A distinção entre ambos varia em função da perspectiva de cada um. Assim, como bem salienta Boaventura de Sousa Santos¹,

... quando é feita pela ciência, significa distinguir entre conhecimento objectivo e mera opinião ou preconceito. Quando é feita pelo senso comum, significa distinguir entre um conhecimento incompreensível e prodigioso e um conhecimento óbvio e obviamente útil.

Propõe o autor uma dupla ruptura epistemológica: uma primeira que aponta para o rompimento da ciência com o senso comum, com vistas à produção do conhecimento científico na feição moderna, que, para ele, é insuficiente. No segundo momento, deve-se romper com a primeira ruptura, objetivando a transformação da ciência num novo senso comum, não aquele mistificador, mas aquele propulsor da emancipação. Eis o sentido de ciência para o referido autor: conhecimento-emancipação. Somente desta forma, ela poderá se aproximar da comunidade, retratá-la fielmente e buscar solução para os problemas que afligem a convivência social. Interagir e identificar-se no mundo no qual atua é o dever de toda ciência social que pretende reconhecimento e comprovação de seus postulados.

Neste sentido, o senso comum, dotado de retórica, de pragmatismo e de capacidade de apreensão da essência das relações humanas, desconfia de qualquer conclusão que leve à ruptura com o real. Essa condição, segundo Sousa Santos, favorece a passagem da ignorância para a solidariedade como forma de conhecimento. Assim o referido autor propõe a difusão dialógica do conhecimento científico, para melhor absorção dos seus postulados pelos membros da comunidade.

O problema da liberdade, quando discutido pela filosofia, busca superar as seguintes indagações: o agir humano é explicado pela determinação ou pela indeterminação? Pode-se reconhecer a liberdade somente na manifestação do agir ou este pressupõe escolhas? A liberdade é uma condição inerente ao homem ou essa qualidade lhe foi atribuída após a positivação dela como direito fundamental,

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 107.

estando sujeita, inclusive, a reduções por força do surgimento de novos carecimentos?

Para Hannah Arendt², “a liberdade se revela uma miragem”, porque a força, responsável pelo movimento dos corpos nos fenômenos da natureza, encontra seu paralelo nas manifestações decorrentes do pensamento, no motivo como causa da conduta. O fato de não conhecermos os motivos que impulsionam a conduta humana não significa que eles decorram da liberdade, mas simplesmente que não temos capacidade de apreendê-los, seja porque são diversos, seja porque o recôndito da alma é impenetrável.

Essa investigação filosófico-científica acerca da liberdade será objeto de estudo tão somente para a formulação do seu conceito, o qual requer uma análise de suas origens. No entanto, para uma compreensão satisfatória das origens do conceito de liberdade, deve-se volver a Hobbes, Locke e Kant, filósofos que influenciaram de maneira decisiva a atual concepção que dele se tem. Além disso, não se pode perder de vista a perspectiva dicotômica trazida pelos liberais, tais como: Berlin e Constant, quando buscaram dar solução a uma polêmica que envolvia uma aporia lançada sobre o desencontro entre a liberdade praticada pelos gregos e a liberdade defendida nas declarações de direitos, surgidas a partir do século XVIII.

A superação dessa divergência deixou, lamentavelmente, a liberdade marcada pelo signo da ambigüidade, ora significando a participação política e a tomada de decisões, ora significando o poder de agir sem impedimentos, como se o ser humano fosse uma máquina capaz de agir sem pensar, ou seja, sem escolher ou, pior, como se a pessoa somente pelo fato de agir, sem fazer escolhas – consideração à qual subjaz a idéia de que é possível o exercício da liberdade, como direito fundamental, absolutamente apartado da convivência – exercitasse a liberdade.

Immanuel Kant, filósofo prussiano que viveu no século XVIII, tratou da liberdade na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática* e a

² ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 4.ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.189.

pressupôs como condição da razão prática que é a própria vontade, contrapondo-a à causalidade (lei reguladora dos fenômenos físicos, segundo a qual os fenômenos naturais têm causa determinável e comprovável, porque ocorrem de forma necessária e não contingente). No conceito kantiano de liberdade, ela é conhecida a partir da racionalidade que determina a vontade, segundo a vocação humana para seguir as suas próprias leis e não as da natureza, circunstância que pressupõe a liberdade.

Assim, “dar-se leis” é fundamental para a realização da liberdade, ou seja, exercer a vontade que resulta da escolha que valida a lei da liberdade. Desta forma, ela é realizada quando a pessoa exerce a sua própria vontade, mas o que determina essa vontade é objeto de inúmeras indagações, havendo quem diga que ela deve ser indicada pela razão pura, sem inserção de elementos empíricos, bem como há quem sustente que ela é o resultado das experiências culturais ou mesmo dos valores determinantes, sejam eles apreendidos intuitivamente ou não. Para uma melhor compreensão, Siches³ elucida a relação entre o homem e os demais seres que com ele interagem, buscando demonstrar sua inserção no mundo como um fenômeno da cultura, mediante atuação humana sobre os objetos, por força de um querer fazer que lhe é imanente.

O que interessa aqui, inicialmente, para a compreensão da liberdade é situá-la como fundamento das normas jurídicas as quais são objeto do Direito, mas a fixação desse ponto não nos permite chegar à imediata compreensão da liberdade como conteúdo de norma jurídica e, nos limites desse trabalho, como conteúdo de norma de direito fundamental inserida na Constituição Federal de 1988. Assim, a partir dessa abordagem ontológica, será possível apreender o sentido jurídico-filosófico da liberdade no momento de sua positivação, bem como daquelas circunstâncias em que ela adentrou no mundo jurídico guardando as possibilidades de seu conhecimento pelo direito, através de suas categorias formais e materiais, o que dá ao trabalho uma visão onto-gnoseológica.

³ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 47 e seguintes.

Necessário se torna, pois, relatarmos o conceito de liberdade assumido pelas duas principais correntes de pensamento jurídico, segundo os métodos de conhecimento que lhes eram peculiares, quando determinaremos em que momento epistemológico-jurídico a liberdade foi inserida como direito fundamental, para, em seguida, trazermos um conceito condizente com as pretensões do Direito à solução de conflitos entre direitos fundamentais, a qual não exclui a ponderação, antes a põe no seu devido lugar. Da mesma forma, perpassaremos tanto a metódica da dogmática jurídica voltada aos valores, quanto a metódica jurídico-constitucional aberta, bem como a metódica da solução de conflitos adotada por Alexy.

Para elucidar a problemática, deve-se, antes, compreender a liberdade que fundamenta o Direito e aquela que é conteúdo de suas normas, ou seja, que constitui valor fundamental. Ambas as perspectivas devem ser abordadas pela dogmática jurídica, visto que, na primeira, se conceitua filosoficamente a liberdade, conceito que é ponto de partida para sua compreensão como norma. E, na segunda, busca-se positivá-la. Quanto a isso, façamos algumas considerações.

A relação entre lei e liberdade, que nos remete à discussão entre o Direito e a liberdade é objeto de variadas indagações, tendo sido explorada por diversos filósofos, dentre eles Hobbes, Kant e Bobbio. Essa perplexidade nasce, talvez, em decorrência de a lógica humana ser desafiada pela experiência, pois, enquanto a primeira forceja por reuni-las, a última demonstra o contrário e não se sabe por que, mas, embora Platão com suas idéias e Descartes com sua desconfiança do existir e sua convicção no pensar tenham encontrado muitos adeptos, a experimentação é sempre tentadora a nos levar a acreditar mais nela que em qualquer fundamento racional.

Estamos sempre ao derredor de leis. Seguimos leis que se explicam pela relação temporal de causa e efeito quando atuamos na condição de seres integrantes do ecossistema, movidos pela necessidade. Também seguimos leis que se justificam pela vontade decorrente da racionalidade, qualidade inafastável da condição humana, a partir da qual se pressupõe a liberdade, pois o homem é um ser que se

dirige à realização de fins e, neste sentido, a diversidade de possibilidades ou o número de escolhas atua como fator determinante da quantidade de liberdade.

As escolhas são tanto mais livres quanto maior o número de portas abertas, mas esse número é sempre limitado por fatores de origem diversa: naturais, psicológicos, culturais etc. Proporcionar o maior número de possibilidades é tarefa dos dirigentes políticos, dos operadores do direito e de toda a sociedade, mas discernir o que se constitui em real obstáculo⁴ – através de uma investigação fundada em valores que informam a responsabilidade dos atores sociais, cuidando para não se criar um Estado paternalista – com o intuito de afastá-lo, cabe aos intérpretes e aos aplicadores do Direito.

Por outro lado, é necessário delimitar o significado de impedimento e pertinência no contexto das escolhas comprometidas com os valores fundamentais, pois são parâmetros que fixam os limites de atuação jurídica da liberdade, respeitadas suas categorias próprias de convivência razoável, de humanidade, de racionalidade, de exterioridade, de normatividade e de referência a valores.

Atualmente, o conceito fragmentado da liberdade traz dificuldades, diante da dogmática jurídica constitucional, para a superação dos conflitos que se dão entre as liberdades e entre elas e os direitos de segunda e terceira gerações⁵. Para superá-las, como dito anteriormente, fixaremos primeiro seu conceito filosófico que remete à liberdade como fundamento do Direito. Em seguida, apresentaremos as possibilidades jurídicas de conhecimento da liberdade como valor ou norma jusfundamental. Na consecução desse desiderato, situaremos a liberdade nos contextos histórico, político e filosófico, realçando a importância da dimensão

⁴ Adotaremos a noção de obstáculo formulada por Alexy, ao distinguir obstáculo de impedimento. Aquele seria a oposição responsável pela mudança de meio para a consecução do fim desejado e este a verdadeira inviabilização à realização da escolha. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002)

⁵ A expressão gerações é criticada por alguns autores, dentre eles Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do ministério público**. São Paulo: LTr, 2001) e Carlos Weis (WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999), que defendem uma melhor adequação do termo dimensões. A divergência também é abordada por Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004).

conceitual da dogmática e apresentando um conceito jurídico de liberdade adequado às condições de cognoscibilidade, para cuja fixação se exige a compatibilidade dele com a realização dos valores fundamentais circunscritos nos princípios definidores dos limites jurídicos da convivência nos quais devem pautar as escolhas individuais e coletivas.

Realçando a importância que o conceito ainda possui na dogmática jurídica, busque-se a sua fixação como ponto de partida no auxílio das soluções buscadas mormente na dimensão normativa, quando se discute a correção das asseverações de validade das decisões. De fato, um conceito avalorativo e abstrato que entenda as liberdades civis como agir desimpedido e que transfira aos tribunais a solução da maioria dos casos concretos sob a forma, muitas vezes nebulosa, de conflitos, para os quais se adota a máxima da proporcionalidade, gera equívocos quando há aplicação irrefreada dessa metódica, pois a ponderação, muitas vezes, pode ser dispensada diante da elucidação por via conceitual.

Na verdade, ao se dizer que a liberdade é ação desimpedida, ou como pretende Alexy⁶, quando formula o conceito jurídico de liberdade, a possibilidade de praticar a ação Z, desde que esteja afastado o impedimento Y. Na realidade, não se faz outra coisa senão repetir Hobbes⁷, para quem a liberdade no mundo jurídico deve ser entendida como a dos corpos no mundo físico. O homem, dotado de racionalidade, de humanidade e de fins, ao organizar-se politicamente e formular as leis que regerão sua conduta moral e jurídica, deve, necessariamente, buscar inspiração em valores que são compartilhados pela comunidade, a fim de que a liberdade, que é a possibilidade de realização de escolhas, possa ser assegurada para todos e com a máxima amplitude possível.

Resta saber se aquele conceito, que serviu para assegurar a liberdade de consciência e de expressão assim como para salvar a espontaneidade, a singularidade e a vida privada, guardou a devida compatibilidade com as categorias

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 214.

⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 129.

da ciência jurídica estrita ou da dogmática jurídica, notadamente, no que concerne à normatividade, à racionalidade, à exterioridade, à humanidade, à referência a valores e à razoabilidade ou se lançou à liberdade para o caminho da irreduzibilidade com o Direito, sedimentando-se a idéia de que existe liberdade onde não há leis que limitem o agir e que as liberdades são aquelas prerrogativas que dizem respeito a ação desvinculada de escolhas na esfera particular na qual ninguém (indivíduo ou legislador) pode impedi-la.

A necessidade de adequação jurídica ou de um conceito de liberdade é condição para uma correta atuação da dogmática jurídica, em suas três dimensões, consoante formulação de Alexy⁸, pois não se pretende lançar mão de um conhecimento formal da liberdade, dissociado da experiência ou sem considerar as particularidades das vivências. De modo diverso, busca-se apreender a liberdade a partir de categorias universais da inteligibilidade, para inseri-la num conceito nuclear que pode ser estendido a partir dos novos carecimentos. É um verdadeiro juízo sintético *a priori*⁹, pois parte do universal e admite conhecimentos fundados na experiência para avançar na formulação de leis com certa margem de certeza, através da interpretação, da aplicação e da observação. Na verdade, como bem observa Bobbio¹⁰, novas formas de liberdade surgem como resposta a novas formas de opressão. Isso não altera o conceito da liberdade, cujo núcleo é imutável, mas, ao contrário, permite que ela seja admitida com uma certa flexibilidade capaz de apreender a complexidade das relações jurídicas, marcadas pela evolução de diversas áreas científicas.

Razão e experiência se imbricam e, somente assim, é possível compatibilizar as gerações de direitos, posto que nascem da liberdade para nela desembocar no atual Estado Democrático de Direito, como uma demonstração clara de que não é

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 29.

⁹ Os juízos analíticos são aqueles formulados com dependência entre o sujeito e o predicado e os sintéticos são aqueles em que o predicado pode ser concebido sem associação ao sujeito. Assim, os juízos de experiência são todos sintéticos. Os conhecimentos *a priori* são aqueles apreendidos sem o uso da experiência e as ciências trabalham com juízos sintéticos *a priori*, ou seja, mediante conhecimentos prévios que admitem acréscimo a partir da experiência. (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980)

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 7.

possível admitir a liberdade apenas como ação desimpedida. Desta forma, para compreendê-la como direito fundamental integrado com as demais gerações de direitos fundamentais, é necessário afastar-se da concepção reducionista de liberdade como não-impedimento, fim de erigi-la a escolhas que constituem os valores fundamentais. Essa metódica, já traçada por Alexy, dá ênfase à prática judicial (dimensão normativa), responsável pela concretização ou particularização da norma jurídica.

Limita-se o presente trabalho à dogmática jurídica constitucional, com ênfase na dimensão analítica, tendo em vista uma correta aplicação da liberdade inserida como princípio de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, que é caudatária do pensamento jurídico-constitucional do ocidente. Seguiremos a metódica constitucional estruturante de Canotilho¹¹ para a compreensão da liberdade como princípio de direito fundamental inscrito no sistema aberto de regras e princípios. Trataremos aqui da liberdade que subjaz, enquanto princípio geral¹², aos direitos à legalidade, à propriedade, à vida, à privacidade e à intimidade, assim como, à liberdade de consciência, de expressão e de informação inscritos no art. 5º da Constituição da República sem, no entanto, adentrar na sua formulação específica, abordando algumas soluções de conflitos entre liberdades e entre elas e os direitos de segunda e terceira gerações, a partir do método de ponderação segundo o princípio da máxima de proporcionalidade, embora denunciando uma certa confusão entre conceito e particularização.

A questão que se erige é a seguinte: a ponderação de interesses, buscando aliar os conceitos abstratos às particularidades da vida, sob determinadas circunstâncias racionalmente justificadas, é a via adequada para todos os casos de conflitos entre as liberdades ou entre elas e as demais gerações de direitos fundamentais ou grande parte deles são elevados a conflitos porque a concepção de liberdade está maculada pelo conceito abstrato de vontade de agir sem compromisso com a comunidade, que é o cerne da convivência e do direito?

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1101.

¹² A classificação dos princípios constitucionais em gerais, especiais e estruturantes foi formulada por Canotilho (*Ibidem*, 2002, p. 1159).

2 AS RAÍZES HISTÓRICAS DO PENSAMENTO POLÍTICO-FILOSÓFICO SOBRE A LIBERDADE

A compreensão da liberdade exige investigação das bases filosóficas do pensamento que, em um dado momento histórico, influenciaram na elaboração do seu conceito. Não se deve descurar, também, da importância que o modo de organizar-se politicamente exerce sobre a construção teórica da liberdade. Em suma, o pensamento político-filosófico é a chave para a investigação do conceito jurídico de liberdade. Com fundamento nele, o Direito assegura a liberdade ou a restringe, de forma que, finalmente, a convivência harmônica seja garantida, com vistas à realização dos valores éticos e consentâneos com as aspirações humanas em sua dimensão planetária.

A liberdade assumiu, ao longo da história, diversos matizes, variando em função do fator de opressão. Em razão disso, quando os gregos falavam de liberdade, tinham em mente a remoção de obstáculos criados por algum tirano que impunha a sua vontade sobre a dos cidadãos. Para os burgueses, a liberdade consistia em liberar-se dos grilhões da ignorância e dos entraves morais e religiosos que impediam o desenvolvimento econômico, assim como poder expressar a opinião sem ser punido ou escolher a religião segundo sua convicção etc. Para os libertários americanos, liberdade significava afastar o domínio da coroa britânica e autodeterminar-se como comunidade política. A isso não se segue, porém, que devemos admitir uma variação conceitual contraditória, contudo que nos cabe admitir a evolução do seu conceito.

2.1 A LIBERDADE DOS ANTIGOS

Embora seja mais ampla a aceção, ao tratarmos de “antigos”, iremos nos referir aos helenos e aos romanos. Quando se distingue a liberdade dos antigos daquela

praticada pelos modernos, Benjamin Constant¹³, em conferência realizada em 1819, no Athénée Royal de Paris, realçou a experiência democrática em Atenas como exemplo de participação dos cidadãos livres, mediante aplicação dos princípios de *isonomia* (igualdade perante a lei) e *isegoria* (igual direito de falar), contrastando-a com a liberdade praticada pelos modernos.

Fustel de Coulanges¹⁴, acompanhando o pensamento de Constant, sustenta, no capítulo XVIII de *A Cidade Antiga*, que os antigos não conheceram a liberdade individual:

A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e domínio absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade organizada sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir.

E mais adiante¹⁵:

A vida privada não escapava a tamanha onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente quem não se casasse, mas também quem só casasse tardiamente [...]. Era comum que a moda fosse determinada pelas leis da cidade; a legislação de Esparta regulamentava o penteado das mulheres e a de Atenas as proibia de levarem em viagem mais que três vestidos [...]. É, portanto, singular, entre todos os erros humanos, acreditar que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade, pois não há idéia sequer do que fosse isso.¹⁶

Já, Jellinek¹⁷, analisando os tipos históricos fundamentais de Estados, propõe-se a estudar, em sua *Teoria Geral do Estado*, o antigo mundo oriental e, em especial, os Estados israelita, grego, romano e medieval, objetivando traçar as notas de aproximação e distinção entre o modo como eles e o Estado moderno se relacionaram com o indivíduo. Cumpre-nos ressaltar suas observações no que tange às realidades grega e romana.

¹³ CONSTANT, Benjamin. **Sobre el espíritu de conquista**: Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos. Trad. Marcial Antonio Lopez y M. Magdalena Truyol Wintrich. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

¹⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 248.

¹⁵ *Ibidem*, p. 248, 249 e 252.

¹⁶ *Ibidem*, p. 248, 249 e 252.

¹⁷ JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Editorial Gomares S. L., 2000, p. 281.

Salienta o professor de Heidelberg¹⁸ que a história tem incorrido em equívoco ao tratar igualmente os Estados grego e romano, como se correspondessem ao mesmo tipo. A característica mais notória, segundo ele, do Estado grego, é a inexistência de consideração do valor do indivíduo frente ao Estado, em decorrência da onipotência deste. A liberdade no Estado grego consistia na participação do indivíduo nas decisões políticas, diferentemente da concepção que ela atingiu no Estado moderno, marcada pelo reconhecimento e pelo respeito de uma esfera eminentemente privada ao indivíduo e pela conseqüentemente garantia de não-interferência nela.

De acordo com Jellinek, as conclusões a que comumente se têm chegado, acerca do mundo grego, se deve a dois fatores: o primeiro é a utilização, como fonte de informações, de apenas parte das observações formuladas por Platão e Aristóteles, olvidando-se tanto as informações contraditórias fornecidas por eles mesmos, quanto os relatos de outros pensadores da época; e o segundo consiste na absorção das idéias formuladas pela doutrina liberal concernente à liberdade antiga.

Platão¹⁹, em *A República*, ao condenar a democracia como Estado imperfeito, conforme nos informa Jellinek, apoiava-se na realidade espartana. Essa noção foi também confundida, segundo ele²⁰, por Aristóteles, em sua *Política*, razão porque a idéia difundida na modernidade de que a *polis* grega era marcada pela onipotência do Estado e pela desconsideração do indivíduo é resultado de uma visão deformada de uma realidade distinta que serviu de apoio a ambos os filósofos. Consoante nos indica Pohlmann²¹, o Estado perfeito de Platão tem como fundamento o interesse individual, devendo este compatibilizar-se com o interesse social, com vistas ao respeito de ambos pelo Estado. Neste sentido, o Estado espartano, que se distanciava da idealização de Platão, foi confundido com o grego e a ele atribuiu-se o rótulo de imperfeito. A distinção entre ambos, para Jellinek, e a confusão de interpretação levaram à conclusão equivocada e difundida pelos modernos de que os gregos não conheceram a liberdade individual.

¹⁸ JELLINEK, G. **Teoría general del estado**. Trad. Fernando de L Rios Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 286.

¹⁹ PLATÃO. **Diálogos III: A República**. Trad. Leonel Vallandro. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 175.

²⁰ JELLINEK, G. *Op. cit.*, p. 286, nota 18.

²¹ Pohlmann, *apud* Jellinek. (*Ibidem*, p. 292)

Jellinek descreve, na mesma obra, como se deu a passagem do pensamento coletivo para o individual na Grécia, asseverando que, a partir da guerra contra os persas, os jovens gregos passaram, sob influência da sofística, a desacreditar no Estado e em sua capacidade de satisfação dos interesses da comunidade, especialmente caso continuassem adotando aquele modelo de organização. Ao mesmo tempo, a doutrina estoíca, com sua proposta de convivência em um reino mundial, juntamente com o pensamento epicurista, lança as bases da liberdade individual. Chegou mesmo a criticar severamente os relatos históricos de Coulanges, sustentando que, por serem pontuais algumas narrativas, não guardam fidelidade com a sociedade helênica, ao contrário, poder-se-ia dizer, a partir de alguns fatos ocorridos na modernidade, que ela não respeitou os direitos fundamentais do homem.

Após elencar inúmeras situações fáticas e jurídicas de proteção ao indivíduo, tanto na mercancia, quanto no exercício de direitos perante o Estado, aduz, finalmente, que os fatos narrados por Coulanges, fundados na realidade dos dórios e nas idéias equivocadas de Platão, segundo as quais o Estado grego não reconhecia a personalidade individual de seus cidadãos, devem desaparecer definitivamente da literatura²².

Sobre os romanos, destaca Jellinek a consideração do núcleo familiar como independente e anterior ao Estado e a influência desse modelo na formação dos Estados modernos, notadamente no que diz respeito à concentração da totalidade de poderes em uma única pessoa, pois, através da lei, eram-lhe transmitidos os direitos que originariamente pertenciam ao povo²³. Finalmente, sustenta que tanto aos romanos quanto aos gregos faltou a consciência jurídica de uma esfera política de liberdade²⁴.

Também Reale apresenta distinções entre o mundo helênico e o mundo romano notadamente no que diz respeito à concepção jurídica de Estado, demonstrando a

²² JELLINEK, G. **Teoría general del estado**. Trad. Fernando de L Rios Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 305.

²³ *Ibidem*, p. 308.

²⁴ *Ibidem*, p. 310.

ausência no primeiro. Frisa ele que, "... em Roma, a liberdade é vista como um *status*, ou seja, uma situação jurídica complementar ao *status civitatis* e ao *status familiae*²⁵. Para os romanos, diferentemente dos gregos, o homem passava a ser sujeito de direitos e deveres quando integrava a comunidade e não pela condição única de ser livre. Assim, o *status libertatis*, enquanto condicionado ao *status civitatis*, evidencia a compreensão jurídica dos fatos de que eles eram dotados, embora não tivessem nem eles nem os gregos alicerçado a liberdade individual como garantia igualmente assegurada pelo ordenamento jurídico.

Não se pode negar, no entanto, que os antigos não conheciam os direitos fundamentais sob a óptica da formulação do Estado Moderno, mediante a qual o indivíduo dele espera essencialmente a segurança, ficando satisfeito se ele se mantiver distante dos assuntos que interessam à ordem privada do indivíduo. Não se autoriza daí a ilação de que a onipotência dos Estados antigos excluía o gozo de direitos individuais, como asseveram Coulanges e Constant.

Dizer que os antigos não conheciam a liberdade moderna é diferente de dizer que eles não gozavam de liberdade. É, em última análise, etnocentrismo concluir que uma civilização não desfrutou da liberdade, porque ela não a aplicou em conformidade com os valores que impulsionaram a adoção dos conceitos que os modernos erigiram como necessários à sua verificação.

Nos Estados monistas, como eram os antigos e, na modernidade, nos totalitários, ainda que algumas garantias individuais sejam asseguradas, está ausente a compreensão entre a dupla função da liberdade: aquela de cunho privado, voltada para o homem em consideração de si mesmo e de sua consciência; e a de ordem pública, que oferece a realização do homem inserido no todo coletivo.

No mundo antigo, tanto a liberdade individual quanto a pública eram tidas como decorrentes do Estado. Segundo Reale²⁶,

²⁵ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 31.

²⁶ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 37.

... em um Estado dualista, governantes e governados se ordenam em um sistema jurídico de atribuições e deveres recíprocos, e é o poder de império que resulta, secundariamente, da composição das duas liberdades fundamentais.

Jellinek²⁷ afirmou que os antigos chegaram a reconhecer ao indivíduo uma esfera privada distinta do Estado, mas os antigos nunca atingiram a consciência jurídica, ou seja, nunca reconheceram a existência de direitos individuais oponíveis ao Estado. Consciência jurídica de direitos distingue-se, por certo, de gozo de direitos, pois, no primeiro, a conquista precede à garantia e, no segundo caso, tem-se uma realidade histórica sem que necessariamente se vislumbre sob uma óptica jurídica, seja porque o direito não havia se estruturado de forma perfeita, seja porque os interesses não haviam mostrado a necessidade desse caminho.

Entre os antigos, a liberdade foi problematizada como uma questão política, medida pelo grau de participação na *polis*, uma vez que somente aquele o qual estava isento das necessidades da vida cotidiana, tais como: da busca pela sobrevivência e dos trabalhos domésticos, era considerado livre. Desta forma, situando a liberdade no plano político, a esfera da *polis* era a esfera da liberdade²⁸ – onde o homem se liberava das necessidades naturais de sobrevivência e agia. Por sua vez, a resolução das questões individuais e privadas se inseria num momento pré-político e era subestimada por eles, pois o amor excessivo à vida e o apego aos interesses particulares era um obstáculo à liberdade e, por conseguinte, à coragem exigida para arriscar a vida em defesa do Estado²⁹.

Daí a expressão grega *eleutería*³⁰ significar liberdade e o adjetivo *elútero* indicar aquele que era cidadão na *polis*, que participava ativamente da vida política e que não estava submetido à necessidade e, conseqüentemente, a ninguém. O seu oposto era o bárbaro, que vivia numa anarquia, pois não estava associado a uma *polis*. A par disso, todas as vezes em que se estava diante de um governo tirânico, a

²⁷ JELLINEK, G. **Teoría general del estado**. Trad. Fernando de L Rios Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 301.

²⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77.

liberdade assumia papel político primordial para o equacionamento da crise. Com a erudição que a caracteriza, Hannah Arendt³¹ a definiu como a *raison d'être* da política, após asseverar que a liberdade é “o motivo porque os homens convivem politicamente organizados”.

Politicamente considerada, a liberdade se manifesta através da autonomia do cidadão nas decisões do Estado, enquanto possibilidade de participação nas decisões de governo e, principalmente, mediante a convicção de que não se está submetido a nenhuma lei que não à própria. O conceito político de liberdade na Antigüidade Clássica não estava relacionado ao arbítrio, mas sim à ação política destinada a decidir os rumos do Estado.

2.2 A LIBERDADE ANTES DO LIBERALISMO

2.2.1 O livre arbítrio

A Antigüidade Clássica não concebeu a liberdade como questão filosófica, ou seja, como diálogo do homem consigo mesmo. A primeira vez que ela foi enfrentada decorreu da conversão religiosa de Paulo e da construção teológica de Agostinho³², quando o Cristianismo formulou a noção de liberdade como vontade.

Os gregos não dissociavam o querer do poder e, assim, não vinculavam a liberdade à vontade como encontro do eu consigo mesmo, do quero e não-quero³³. Essa dicotomia era desconhecida da filosofia grega, apesar da conhecida disputa entre o corpo e a alma nos textos platônicos, principalmente no Fédon³⁴, no qual descreve que o corpo e a alma, apesar de unidos, constituíam partes distintas, nas quais aquele era mortal e esta imortal; enquanto aquele sujeito a paixões, esta obedecia à

³¹ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 192.

³² *Ibidem*, 191.

³³ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 207.

³⁴ PLATÃO. **Diálogos**: o Banquete – Fédon – Sofista – Político. Traduções de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1972, p. 90.

razão, mas, afinal, aquela obedecia e esta mandava, porque, quando a alma se dirige ao bem, logo percebe a pureza dos seus pensamentos e dos seus desígnios. Eis alguns trechos que demonstram essa convicção.

Não dizíamos, ainda há pouco, que a alma utiliza às vezes o corpo para observar alguma coisa por intermédio da vista, ou do ouvido, ou de outro sentido? Assim o corpo é um instrumento, quando é por intermédio de algum sentido que se faz o exame da coisa. Então a alma, dizíamos, é arrastada pelo corpo na direção daquilo que jamais guarda a mesma forma; ela mesma se torna inconstante, agitada, e titubeia como se estivesse embriagada: isso, por estar em contato com coisas desse gênero.

[...]

Mas quando, pelo contrário – nota bem! –, ela examina as coisas por si mesmas, quando se lança na direção do que é puro, do que sempre existe, do que nunca morre, do que se comporta sempre do mesmo modo – em virtude de seu parentesco com esses seres puros – é sempre junto deles que a alma vem ocupar o lugar a que lhe dá direito toda a realização de sua existência em si mesma e por si mesma. Por isso, ela cessa de vaguear e, na vizinhança dos seres de que falamos, passa ela também a conservar sempre sua identidade e seu mesmo modo de ser: é que está em contato com coisas daquele gênero. Ora, este estado da alma, não é o que chamamos pensamento?

Neste diálogo entre Sócrates e Cebes, narrado por Platão, não se estava a discutir a vontade interior, porque os gregos não conheciam o querer e o não poder, mas a supremacia da alma sobre o corpo, de vez que o verdadeiro pensamento estava inscrito nela. As escolhas não eram atribuídas à liberdade, mas à condição necessária do homem de dirigir-se para o bem que lhe era próprio.

A introdução, pelo pensamento filosófico medieval, de uma visão antropomórfica do homem permitiu a construção da noção de liberdade vinculada à vontade, a escolhas subjetivas. Distingue-se o ato deliberado da vontade, com respaldo na noção de que sobre os atos pode ser exercida coerção, mas não sobre o pensamento. Assim, querer e poder não são a mesma coisa, ou seja, a partir do Cristianismo, a liberdade pode ser vista não somente como ação, pois esta se diferencia da vontade, já que para querer não é necessário poder. Concebida sob este enfoque, a liberdade passa a ser o fator que explica a igualdade humana preconizada pelas Escrituras Sagradas, no sentido de que os homens, embora não sejam livres no mundo exterior, o são em sua subjetividade³⁵. A liberdade interior,

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88.

como conseqüência da negação da liberdade externa, nasce, desta forma, da necessidade de se ter um espaço em que não é possível sofrer opressão. Essa construção filosófica do conceito de liberdade como livre-arbítrio remonta à conversão religiosa de Paulo, como dito anteriormente, e procura explicar, na experiência, a lei divina segundo a qual o homem é naturalmente livre, em confronto com um mundo em que a escravidão era um fato incontestavelmente aceito.

O livre-arbítrio é atribuído aos homens como a possibilidade de livre escolha diante das opções que a vida oferece. Justificada estava, por conseguinte, a responsabilidade pelos atos praticados pelo homem enquanto ser livre, já que pode escolher entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, entre o pecado e a virtude. O pensamento, escondido no recôndito da alma, é penetrado pelos poderes de Deus, de forma que existe a possibilidade de pecado ainda que somente nele.

2.2.2 A Idade Média

Até então, a liberdade, que era para os gregos, a capacidade de agir politicamente, havia sido compreendida como livre arbítrio pela filosofia cristã, transportando-a para o querer que se debatia no encontro do eu comigo mesmo. Desta forma, ou estava relacionada à participação nos rumos do Estado e dissociada da vida privada, para cuja concepção contribuía a noção de que a liberdade somente era visualizada no homem que estava integrado no todo, ou limitada ao arbítrio que informava o pensamento para cuja decisão a liberdade era determinante. Nesta última concepção, o homem, criatura de Deus, era livre para decidir seu destino particular, cabendo-lhe seguir os imperativos cristãos ou cair nas trevas. A separação entre Estado e Igreja, bem como a concepção de indivíduo dissociado do todo foi desenvolvida por Guilherme de Ockham, já na Idade Média tardia quando, após ter sido repreendido e enclausurado em decorrência de interpretações teológicas nefastas aos interesses da igreja católica, teorizou – a partir da negação do abstracionismo e universalismo característico da escolástica, que defendia a possibilidade de comprovações racionais sem a necessidade da experiência – uma concepção de homem que marcou a história. Partindo da idéia do particular e de sua

verificação empírica, defendeu Ockham o primado do indivíduo sobre o todo e da autonomia dele para discernir sobre as questões terrenas, das quais a divindade não haveria de se ocupar.

Ockham³⁶ nasceu no fim do século XIII e morreu após contrair a peste negra, por volta de 1350. Foi um dos pensadores que mais influenciou as transformações pelas quais o mundo iria passar, tais como: o desenvolvimento das cidades e da economia de trocas; a fixação política das idéias monárquicas; o recrudescimento do nacionalismo e o fim do poder eclesiástico³⁷. Nominalista³⁸ provocou uma erosão no pensamento medieval, fenômeno ao qual se atribui o nome de “a navalha de Ockham”.

Ele concebia a realidade composta por pessoas singularmente consideradas, sem que entre elas existisse necessariamente uma essência comum advinda da própria natureza. Esse pensamento contrariava a filosofia escolástica, na qual predominava o universalismo e a concepção de ordenação hierárquica do mundo. Para Ockham, o homem era livre na terra, podendo decidir o seu destino e essa liberdade nada tinha a ver com a idéia agostiniana, uma vez que a liberdade na concepção teológica estava determinada por Deus e na terra era contingente, dependendo da autoridade humana para determinar o seu destino.

Em suma, opondo-se ao pensamento abstracionista da escolástica, defendeu Ockham³⁹, contra as idéias de Santo Tomás de Aquino, a possibilidade de se provar, racionalmente, a existência de Deus. Para este franciscano, trata-se de formulações distintas, posto que o conhecimento científico, deduzido da razão, tem por impulso a experiência, enquanto a fé tem como base a revelação. Portanto, tudo o que é deduzido da razão é passível de demonstração. Calcado no indivíduo e na inafastabilidade da experiência sensível como condição de conhecimento, Ockham

³⁶ VILANI, Maria Cristina S. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 1999, p.57.

³⁷ *Ibidem*, p. 57.

³⁸ Nominalismo é a doutrina surgida na Idade Média que defendia a supremacia do indivíduo como unidade concreta, inserido na experiência sensível, pensamento que refutava a abstração e o universalismo propugnados pela escolástica.

³⁹ VILANI, Maria Cristina S. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 1999, p. 62.

articulou a liberdade de pensamento e a autonomia do indivíduo em relação à autoridade eclesiástica. Fé e razão são coisas distintas, segundo este pensador.

Em Ockham, a liberdade assume feição externa, ou seja, preconiza a possibilidade de o indivíduo determinar-se, individual e coletivamente. No seu exercício, ninguém se torna escravo de outrem. Segundo Vilani⁴⁰, as idéias de Ockham se encontram na base da concepção moderna de liberdade, das quais foram defensores Locke, Mill, Constant e Tocqueville.

O humanismo, em defesa da virtude contra o destino, corroborou os ideais nominalistas, contribuindo para a derrocada da visão organicista da sociedade e abrindo espaço ao enfoque individual, pondo o homem no centro dos interesses. O homem passou, então, a ser entendido como ser dotado de atributos, de virtuosidade, de valores e de capacidade para se opor ao próprio destino. A liberdade, inicialmente concebida como participação política, conceito posteriormente superado pela doutrina cristã de livre arbítrio, encontrou com o humanismo abertura para consagrar-se na virtude, a partir da negação da natureza decaída do homem defendida pelos cristãos. A virtude é a capacidade de agir (noção grega) da qual é dotado o ser humano em decorrência do arbítrio que o qualifica como “dador” do seu destino.

2.2.3 O resgate da concepção romana de liberdade

A renascença pode ser identificada como um movimento filosófico que alterou a base de concepção do homem no universo. Inspirada no nominalismo e no humanismo, que recusava a visão escolástica e abstracionista – haurida da inclusão do homem em um todo unitário e harmônico, do qual se poderiam extrair noções genéricas e destituídas de consideração dos particularismos que identificam as situações individuais – passou o homem a ocupar o centro dos interesses das relações sociais, econômicas e políticas, principalmente no que diz respeito ao seu talento individual e às suas aptidões artísticas.

⁴⁰ *Ibidem*, p.64.

Del Vecchio⁴¹ identifica alguns fatores determinantes desse ressurgimento, uns ocasionais e outros mais significativos. Dentre os primeiros, aponta a tomada de Constantinopla pelos turcos; a invenção da imprensa e as descobertas geográficas, especialmente a da América. Considera motivos de especial importância para o Renascimento a reviravolta de Copérnico, ao invalidar a teoria de que a Terra estaria no centro do universo; a reforma religiosa e o surgimento de grandes Estados desvinculados da dicotômica luta por supremacia de poder político entre Império e Papado, trazendo consigo um enfoque político distinto, ou seja, uma mudança nos sujeitos da tensão política anteriormente existente, para ser substituída pelo confronto entre povo e Estado, com destaque fundamental para o conceito de soberania já então nascente em sua feição moderna.

Ao tempo da renascença houve o florescimento, principalmente em virtude das guerras de conquista do novo mundo, da doutrina jusnaturalista, capitaneada por alguns teólogos, sendo, dentre eles, Vitória e Suarez os de maior expressão. Defendia-se, contra o subjugamento a que eram submetidos os índios, a existência de direitos naturais pertencentes ao homem enquanto tal. No mesmo período, eclodiram as guerras religiosas, erigindo-se, a partir desse fato, a noção de liberdade de crença, que teve suas origens nas teorias do contrato social, as quais, embora tenham inicialmente propendido à defesa da soberania estatal sem limites, enfatizaram uma outra vertente, que tinha suporte na soberania popular e na limitação do poder do Estado por força da existência de direitos individuais anteriores a ele.

Em meados do século XVII, ressurgiu na Inglaterra uma doutrina inspirada no Direito Romano, que propugnava pela liberdade para realizar suas capacidades na busca dos objetivos almejados⁴². O alcance desse desiderato estava condicionado à limitação das liberdades individuais, papel atribuído ao Estado, porque, segundo ela, onde termina a liberdade de um se inicia a do outro e onde não há constrangimento formulado pela lei, pode-se dizer que existe liberdade civil. Essa doutrina foi

⁴¹ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 58.

⁴² SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 18.

formulada no Digesto⁴³ e ressuscitada pelos neo-romanos defensores da república na Inglaterra de 1642.

A doutrina dos Estados livres sofreu objeções por parte dos defensores da monarquia absoluta, dentre eles Hobbes, que defendia as vantagens da força e a unidade sobre a liberdade sem ordem, resultante da anarquia. Ainda neste período, deu-se início ao florescimento das idéias liberais, fruto do pensamento iluminista que surgiu na Inglaterra e na França e se difundiu por todo o mundo ocidental.

Na verdade, a teoria do Estado livre, criada pelos romanos, foi revivida pelos renascentistas italianos, notadamente Maquiavel⁴⁴, em seus discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. Chegou à Inglaterra e ganhou adeptos por força do momento histórico conturbado de transição entre a monarquia e a república. A liberdade civil dos neo-romanos tinha conteúdo político e sua teoria não se preocupava em explorar a tensão jurídica entre soberanos e súditos, mas em encontrar o caminho ideal para a realização, na sociedade civil, do maior número possível de liberdades sem constrangimento. Para os romanos e seus discípulos do Renascimento, o resultado mais satisfatório de se viver em um Estado livre era a possibilidade de ascensão pela *virtù*, pois essa característica permitia o crescimento das cidades e a obtenção de glória, de grandeza e de riquezas.

Os ingleses agregaram ao conceito político renascentista a noção de direito natural decorrente de um estado de natureza que é, com efeito, condição da própria liberdade. Sendo esses direitos naturais concedidos por Deus, deve o soberano protegê-los contra qualquer violação. Os neo-romanos foram severamente combatidos por Hobbes, para quem a idéia de liberdade civil está necessariamente vinculada à unidade e à soberania absoluta do Estado.

Justifica-se aquela teoria sob dois argumentos, os quais, de certa forma, estão interligados: o primeiro é de que a concepção de liberdade individual é sempre

⁴³ “A liberdade é a faculdade natural de se fazer o que se quer, a menos que o ato em questão esteja excluído por força física ou lei”, *apud* Skinner. (SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 18)

⁴⁴ *Ibidem*, p.22.

apreendida no contexto da noção de Estado livre, dando-se prevalência à liberdade da sociedade tomada como organismo político. A principal linha de raciocínio para se chegar a essa construção é a associação a corpos, de forma que tudo que acontece com o corpo individual pode vir a ocorrer com o corpo político. Partem eles da liberdade natural do indivíduo, para construir a noção de que se ele perder a liberdade, pode vir o Estado a perdê-la também que nada mais é do que a capacidade de autogoverno⁴⁵. Isso implica dizer que, para que um Estado seja considerado livre, suas leis devem receber o consentimento daqueles a quem ela se dirige. Se os indivíduos estiverem obrigados a obedecer a leis que eles não elaboraram, então não podem ser considerados livres. Leis escolhidas pelos súditos são um dos pilares da teoria neo-romana.

A segunda premissa que subjaz à concepção neo-romana de Estado livre é a de que a perda da condição de liberdade, pela ausência de autogoverno, transforma o súdito ou o Estado em escravo. Assim, a passagem do gozo da liberdade para a escravidão ou servidão acontece quando ocorre a dominação, seja de um Estado por outro estrangeiro, seja quando um súdito se encontra sob o jugo de um tirano. O estado de escravidão, que está associado ao de boa vontade daquele que domina, é caracterizado pela simples possibilidade ou poder de governar outro, ainda que não o exerça. Desta forma, ainda que um amo não maltrate seu escravo, nem lhe dê ordens freqüentemente, a simples condição autorizativa de poder identifica àquele que obedece como escravo.

Posto nesses termos, segue que o significado de escravidão assume papel relevante na distinção da condição de liberdade ou não de um Estado. Essa noção de escravidão é extraída do *Digesto*, no qual a liberdade é sempre vista como o estado contrário a ela, pois o escravo ali é definido como “alguém que, contrariamente à natureza, é tornado propriedade de alguém mais”⁴⁶.

⁴⁵ SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 32.

⁴⁶ *Digesto apud Skinner*. (SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 42)

Foi a concepção de liberdade antiga extraída de Lívio que Maquiavel legou ao mundo moderno para a construção da teoria dos Estados livres⁴⁷. O momento histórico conturbado permitiu aos ingleses, com fundamento nesta teoria, refutar a autoridade absoluta do Rei Carlos I, notadamente o seu poder de vetar as leis aprovadas no Parlamento, que convergiam para a vontade popular.

O autogoverno era o núcleo do pensamento neo-romano, ideal que nasceu da *civitas* romana e influenciou a construção do conceito de liberdade positiva. Para os defensores dessa teoria⁴⁸, existem duas formas de se entender a servidão ou a falta de liberdade: a externa e a interna. A primeira ocorre quando um Estado é governado por outro, como acontecia com as colônias inglesas nos EUA; e a segunda quando um governante submete à sua a vontade dos súditos. É importante lembrar que, sob o signo da teoria dos Estados livres, a investigação da liberdade (e sua contrariedade à servidão) passa pela discussão acerca da boa vontade como fator de subjugo e elemento inibidor do autogoverno, que pode ser concreto ou potencial.

Assim, se alguém depende da boa vontade do monarca para deliberar acerca da satisfação de um bem de seu interesse, isso impende escravidão. De forma idêntica, a submissão ao poder de outrem também se constitui escravidão, ainda que esse poder seja potencial, ou seja, não se realize.

Essa construção política influenciou, juntamente com a exteriorização da liberdade em Ockham, o desenvolvimento do conceito jurídico de liberdade enquanto faculdade de exigir uma conduta de outrem. Disso decorreram as teorias de direito subjetivo e outras noções tais como aquela definida como a possibilidade de ação livre diante do silêncio da lei, consoante observa Hobbes⁴⁹. Mais tarde, com o iluminismo racionalista e com a propagação das doutrinas da liberdade, fundadas em Locke, foram concebidos os direitos públicos subjetivos, consistentes naquelas situações em que o Estado não poderia intervir na liberdade individual. Com a

⁴⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁸ Skinner aponta como neo-romanos os seguintes autores: Milton, Harrington, Hall, Sidney etc.

⁴⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 130.

Modernidade, o direito resgatou ambos os conceitos de liberdade: como não-impedimento (liberdade negativa) e como autonomia da vontade (liberdade positiva).

A teoria neo-romana enfatizava a noção de Estado livre, inspirado na *virtù* dos homens, que, ao contrário da teoria agostiniana de decadência da alma humana, acreditava no valor individual e na capacidade de participação política, na produção intelectual e na criação artística do homem. Para isso, contrariava veementemente a forma de governo que buscava a satisfação de interesses do monarca, em detrimento do interesse coletivo. Para os defensores dessa teoria, que nunca chegaram a conceber a tensão entre interesses individuais e interesses da sociedade, o Estado se dirige à liberdade quando busca a satisfação do bem comum. Eles visualizavam apenas, em decorrência do momento histórico em que se situavam, a contradição entre os interesses particulares do soberano e a do povo. Por isso, atacam com demasiada contundência o governo de um só. Para eles, reside a solução do problema na participação popular, de forma representativa, na feitura das leis, pois escravo é aquele cuja vontade é comandada pelo desejo de outrem. Deduz-se, por conseguinte, que esses autores estavam comprometidos com a idéia de que somente é possível viver em liberdade em um Estado livre.

Ademais, Hobbes criticava a teoria da *civitas libera* por acreditar que os neo-romanos, quando tratavam da liberdade, falavam da liberdade do Estado e não da liberdade individual, uma vez que esta última significava apenas não-interferência⁵⁰. Vinculando a liberdade à independência e ao autogoverno, propugnam os neo-romanos pela construção de um Estado livre em que os súditos possam ditar as próprias leis.

Em suma, dar-se as próprias leis e não ser governados por outrem é a realização da liberdade em si. Essa concepção surge da noção romana de liberdade segundo a qual a pessoa é livre para fazer tudo aquilo a que não está obrigada pela lei ou pela força. Ora, se a lei restringe a liberdade, pode-se extirpar a coação se os destinatários derem-se as próprias leis. Destarte, se eu me dirijo ao centro da

⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 131.

cidade, porque alguém assim ordenou, sou um escravo, mas sei que vou até lá, porque assim decidi, sou livre. Independentemente do conteúdo da ordem, a autoria é fator de distinção na elaboração do conceito de liberdade.

A principal invectiva lançada pelos liberais clássicos contra os neo-romanos extraía seus argumentos da associação entre liberdade e forma de governo. Para os críticos, era possível ser livre tanto num Estado tirânico quanto numa democracia, desde que o tirano estivesse comprometido com o bem estar dos súditos e não os privasse de sua propriedade, de sua vida, bem como de outros bens que considerassem necessários para a realização da vida privada em comunidade. Devido a essa objeção, era possível perceber a distinção clara entre a autoria das leis e o seu conteúdo, posto que fazer leis não impedia a obstrução de liberdades.

Em outras palavras, a autonomia na elaboração das leis nada garantia quanto ao seu conteúdo, podendo-se viver num estado de autogoverno e não gozar de liberdades individuais. Além do mais, a noção de autogoverno construída sob a idéia de independência, cujo desiderato era concluir que o simples estado de dependência transforma a pessoa em escravo, ainda que não se exerça a autoridade, levou os críticos à outra objeção: a de que os neo-romanos confundiam liberdade com segurança.

Para Skinner⁵¹, não há dúvida de que os neo-romanos entendiam, como um aspecto da liberdade, a falta de interferência na concretização dos objetivos escolhidos pelo indivíduo, concordando com os liberais no sentido de que a liberdade se realiza quando algo está ausente e que esse algo é uma restrição ou um constrangimento. Além do mais, continua o mesmo autor, os defensores do Estado livre visualizavam a coação efetiva como uma das formas de não-liberdade, mas o que diferencia a teoria neo-romana do liberalismo clássico é que a primeira acredita que existam, além dessas, outras formas de constrangimento⁵². Resume-se, pois, a questão no significado da palavra independência.

⁵¹ SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 70.

⁵² Skinner adota aqui constrangimento com significado amplo, querendo contemplar também a restrição.

A teoria neo-romana não resistiu à atribuição que lhe impingiram como noção confusa, cedendo lugar à argumentação dos liberais utilitaristas ingleses, que distinguiam, de forma clara, as liberdades individuais, como faculdade de agir sem impedimentos, da liberdade do Estado, com a qual não se coadunavam os interesses da burguesia emergente. A teoria neo-romana, de inspiração renascentista, influenciou o surgimento do contratualismo, embora seu enfoque organicista não tenha prevalecido, cedendo espaço para a vertente liberal dele. Iluminismo, contratualismo e liberalismo se encontram como representações com maior ênfase, respectivamente, no pensamento filosófico, político e jurídico, mas que, resguardadas algumas especificidades, seguem direções perfeitamente compatíveis e até, pode-se dizer, dependentes.

2.3 O CONTRATUALISMO

A revivescência do direito natural de base aristotélico-tomista cedeu lugar, por influência de Grocio, ao direito natural iluminista racionalista, doutrina filosófica que atingiu seu ápice entre os séculos XVII e XVIII e que ganhou muitos adeptos na França, na Alemanha e na Inglaterra. Sua tese nuclear é a emergência do homem pelo uso da razão contra preconceitos e tradições que, longe de obter um conhecimento seguro, levaram a obscuridades e a incertezas. A partir daí, o homem é concebido como ser dotado de racionalidade e de capacidade de exercer sua própria vontade.

Sob a orientação jusnaturalista, os iluministas teorizaram o surgimento do Estado em bases contratualistas, proclamando a existência de direitos inatos anteriores a ele. Para alguns, como Rousseau, esses direitos eram inalienáveis. Para outros, como Hobbes, o homem alienava sua liberdade quando entrava na sociedade civil.

As teorias fundadas no contrato social, surgidas a partir do século XVI, não são precursoras da doutrina que justifica o surgimento do Estado em um pacto entre os

súditos. Na verdade, como observa Soder⁵³, suas linhas gerais foram traçadas pelos sofistas, tendo sido desenvolvidas na Idade Média por Marsílio de Pádua. Na esteira desse pensamento, surgiram os teóricos políticos que, com fundamento no direito natural, aperfeiçoaram a teoria do contrato social, influenciando, definitivamente, o pensamento que levou às Declarações dos Direitos do Homem.

É importante frisar que o contratualismo fundava sua teoria explicativa da formação do Estado em duas premissas, a saber: a soberania popular (pela qual o povo firmava um pacto de sociedade e outro de sujeição) e os direitos individuais de cunho natural e de origem anterior ao Estado⁵⁴. Eis aqui as duas dimensões da liberdade: a política que se extrai do conceito de soberania e a jurídica, concebida pelo destaque dado ao indivíduo e à sua esfera privada, concepção surgida a partir do humanismo e desenvolvida pelo iluminismo.

A soberania popular, que tem como sustentáculo a justificação do poder, não foi deduzida por Rousseau, visto que antes mesmo dele, Marsílio de Pádua e os teólogos espanhóis já a anunciavam. Mas foi aquele genebrino quem conseguiu teorizar a passagem da liberdade no estado natural para a liberdade no estado de sociedade, sem que houvesse perdas em sua fruição. Acusam-no de fundar uma teoria inconsistente e de pouca possibilidade de concretização. No entanto, não se pode esquecer da profunda influência que seu pensamento exerceu sobre as declarações de direitos, enfatizando a necessidade, para se sustentar a viabilidade da convivência, do encontro entre a liberdade individual e a liberdade gozada pela coletividade. Profundamente desencantado com os efeitos danosos que a propriedade e a desigualdade tinham exercido sobre os homens, Rousseau propõe, no contrato social, um pacto do dever ser em uma sociedade fundada na soberania popular, onde a vontade geral seja idêntica à vontade de cada um, ou seja, obedecendo-lhe, obedece-se a si mesmo, pois, segundo ele, somos livres quando obedecemos às leis que nos damos.

⁵³ SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960, p. 69.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 68.

Partindo da premissa de que somente a vontade geral pode ordenar o povo, já que a vontade particular tende às predileções, anuncia que aquela leva à igualdade⁵⁵. Indivisibilidade e inalienabilidade, eis os atributos da soberania, que tem como expressão a vontade geral. A liberdade no estado natural, por ele conceituada como “direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar”, é substituída, no contrato social, pela liberdade civil, aquela na qual é possível resguardar a propriedade de tudo o que se possui. Enquanto a primeira, no pensamento rousseauiano⁵⁶, é limitada pela força; a segunda é pela vontade geral. O mais importante, nesta passagem, segundo o autor, é a aquisição da liberdade moral, que tanto inspirou Kant, noção consistente na aptidão de tornar o homem “senhor de si mesmo”, já que ele é escravo ao seguir suas apetências e somente se liberta na lei. Sócrates e os estóicos já defendiam a noção de que o homem que não consegue resistir aos vícios é um escravo.

Dentro do próprio contratualismo, nasceu a inspiração da liberdade democrática, pautada no Estado grego e revivida pelos neo-romanos, e a noção de liberdade sob o signo da individualidade. A primeira, propagada como defensora de uma visão organicista da sociedade, segundo a qual se devia dar precedência ao interesse do todo em detrimento do particular, entrou em conflito com a segunda, que encarnava o ideal de liberdade liberal de inspiração lockiana, gerando, de acordo com Bonavides⁵⁷, uma contradição no seio das estruturas políticas organizadas sob uma Constituição, quando tentaram resguardar a soberania popular e as liberdades civis.

No contratualismo, também nasceu a contradição da liberdade que, posteriormente, trouxe tantas perplexidades na associação de soberania à democracia e de direitos individuais ao liberalismo, tendo esta última doutrina exercido maior influência no século XVIII do que as idéias democráticas de liberdade de inspiração grega, das quais o pensamento rousseauiano é caudatário.

⁵⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a origem das línguas. Vol. 1. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 86.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2004.

2.3.1 John Locke e o liberalismo

Contratualista inglês e representante do liberalismo, Locke⁵⁸ é responsável pela concepção de liberdade que caracteriza o Estado Moderno, tendo sua teoria como pilar a propriedade⁵⁹. Locke introduziu o liberalismo político a partir do apelo fervoroso à tolerância religiosa. Defendia a separação dos poderes secular e eclesiástico, condenando a adoção de uma religião oficial e a perseguição promovida pelos governantes contra aqueles que professavam credo religioso distinto. Em sua “carta acerca da tolerância”⁶⁰, desmascara os verdadeiros interesses daqueles que, sob o pretexto de conversão, tomavam os bens dos supostos hereges, levando-os à fogueira. Desenvolvendo teoria política que eleva o consentimento à condição legitimadora de qualquer governo, sustenta que a supremacia dele sobre os súditos tem como objetivo somente resguardar as posses dos súditos, entendendo-se posse como a vida, a liberdade e os bens materiais.

Profundamente marcado pelo clima de insegurança provocado pelas constantes disputas de poder entre o rei e o parlamento, bem como pelas guerras religiosas, Locke vivenciou a efervescência de uma nova era, em que emergiam novas classes pretendentes à hegemonia, tais como aquelas que exploravam o comércio internacional e outras que atuavam no ramo da indústria de transformação. Era o começo de uma realidade que, no século seguinte, iria ser responsável por uma mudança paradigmática naquele valor do trabalho humano tão propalado por Locke, pois passou a ser verdadeiro fator de miséria e indignidade.

A importante contribuição de Locke para o reconhecimento da liberdade de credo religioso tem suas raízes na concepção separatista do poder secular do poder da Igreja, lançada por Guilherme de Ockham, três séculos antes dele. A tolerância tem como motivação o abrandamento do clima deprimente ocasionado pelas guerras

⁵⁸ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**: segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Alex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁵⁹ A tríade clássica vida, liberdade e propriedade foi anteriormente enunciada pelo Lorde Edward Coke, juiz e parlamentar inglês, embora tenha sido dissecada por Locke. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 46)

⁶⁰ LOCKE, John. *Op. Cit.*, nota 58.

religiosas. Além disso, funda-se na concepção (e este ponto foi explorado por ele) de que o governante não deve se ocupar em estabelecer leis que interfiram na esfera privada do indivíduo, entendendo-se como privado o interesse, cuja pretensão e realização não trazem prejuízos aos demais integrantes da sociedade civil.

Esta obra traz como exemplo a situação de ser dado um animal como oferenda em culto de determinada religião. Diz ele que, se não estiver a sociedade sofrendo nenhum tipo de contenção ou racionamento de produtos alimentícios em decorrência de guerras ou de outras catástrofes, não há qualquer prejuízo, ou melhor, não há razão plausível para o soberano proibir essa atitude religiosa⁶¹.

Com a Reforma, o caráter interior da liberdade humana, voltada para uma moral social que disfarçava a evidência da intromissão do Estado na vida privada do indivíduo, cede lugar à concepção individualista da moral, na qual o homem possui caráter de cidadão distinto do valor espiritual.

Ademais, reconhecer a liberdade para professar a religião escolhida é o marco do encontro entre a decantada liberdade interior do período medieval, desenvolvida inicialmente por Agostinho e aprofundada por Tomás de Aquino⁶², e a liberdade exterior, inspirada na concepção de homem enquanto indivíduo singular, dotado de capacidade peculiar, aptidões próprias e necessidade de expansão do seu eu interior para o mundo. Locke, inspirado na conjunção da liberdade do espírito com sua manifestação no mundo exterior, fundou a sua doutrina da liberdade a partir da contundente defesa da legalidade e da tolerância como preparação para o pluralismo político.

A tolerância religiosa, inaugurada por Locke, trouxe os ideais do pluralismo político e, juntamente com o combate ao inatismo⁶³, fez florescer sua teoria de formação da

⁶¹ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 17.

⁶² SOUZA, Paulo Clinger de. **A dialética da liberdade em Locke**. Londrina: Eduel, 2003, p. 10.

⁶³ Chama-se inatismo a doutrina que propaga a existência de princípios e de idéias inatas na mente. É uma das versões do racionalismo.

sociedade civil, a qual, apesar de ter base contratualista, seguindo Hobbes, dele se afastou quando definiu o estado de natureza, a condição inicial dos homens e a titularidade da soberania.

Diferentemente de Hobbes, Locke define o estado de natureza como aquele em que os “homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que possua autoridade para julgar entre eles”⁶⁴, diferenciando-o do estado de guerra, pois, nesta situação, encontram-se os homens quando não estão submetidos a um juiz comum que possa impedir o uso da força como superação de conflitos. Segundo ele, o estado de guerra pode se verificar tanto no estado de natureza quanto no estado de sociedade. O que o caracteriza não é a natureza humana, mas a motivação para agir segundo o poder do mais forte e não a autoridade da lei.

Assim, submeter alguém sob o seu domínio significa, para Locke, declarar guerra, pois qual motivação teria o co-ator, ao retirar-lhe a liberdade sem o seu consentimento, senão a de transformá-lo em escravo? Esta, entretanto, não é a condição natural do homem, pois o ser, no estado de natureza, segue a lei da razão e esta diz que, sendo todos iguais, ninguém pode apropriar-se indevidamente da vida, da liberdade e dos bens dos outros, a não ser que se aceitasse sofrer, de idêntica forma, tal ação. Mas por que, então, o homem aceitaria conviver em sociedade se vive naturalmente em harmonia? Bom, como nem sempre todos seguem a lei natural, para evitar ataques aos bens da vida, promovidos por aqueles que são menos dotados de razão, circunstância que, devido à igualdade, autoriza todos a repelir e a rechaçar tal atitude, convém que o poder de executar as leis seja dado a alguém eleito por maioria.

Além disso, como a natureza não estabeleceu as leis que os homens devem seguir com todas as suas minúcias, é certo que deve haver um corpo político, cuja representação haja sido consentida pelos detentores do poder, ou seja, pelos destinatários das leis, responsável pela elaboração daquelas que irão reger a comunidade.

⁶⁴ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 41.

São essas, em suma, as idéias defendidas por Locke, cujo pensamento influenciou as Constituições dos Estados do ocidente e, particularmente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e as Revoluções francesa e inglesa. Representante da burguesia inglesa, John Locke fundou seu pensamento político na necessidade de preservação da propriedade e no ideal de tolerância religiosa, valores estes que subjazem às políticas liberais dos séculos XVIII e XIX.

Convém-nos demonstrar ainda a idéia de liberdade em Locke e como essa percepção influenciou o nascimento do Estado de Direito, partindo-se como pressuposto de que somente a lei pode garantir a liberdade na sociedade civil, ou seja, ser livre corresponde a estar submetido à lei e não a outrem.

A obra política por excelência, *Dois Tratados*, busca refutar a obra escrita por Sir Robert Filmer – *O Patriarca* –, na qual justifica o poder dos monarcas como se fossem provindos de Adão; já o *Segundo Tratado Sobre o Governo* retrata a origem da sociedade civil, seus fundamentos na defesa da vida, da liberdade e das posses e, finalmente, o direito de resistência. Segundo Locke, para se compreender o poder político, deve-se considerar que os homens, por se encontrarem em estado de natureza, vivem em perfeita liberdade para regular suas posses, conforme as leis da natureza sem depender da vontade de qualquer outra pessoa. Portanto, neste estado, em que é idêntico o poder de jurisdição de cada um, vive-se em estado de igualdade, haja vista que

nada havendo de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, nascidas promiscuamente a todas as mesmas vantagens da natureza e ao uso das mesmas faculdades, terão também que ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição.⁶⁵

No capítulo IV do Segundo Tratado, Locke define a liberdade natural do homem como a situação em que se encontra desvinculado de qualquer poder superior na

⁶⁵ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 35.

Terra, “tendo apenas a lei da natureza como regra”⁶⁶. Em seguida, assenta que a liberdade na sociedade deve ficar sujeita ao poder legislativo escolhido mediante consentimento. Assim, a liberdade não consiste em fazer o que deseja cada um, mas, ao contrário, em seguir regras comuns a todos os indivíduos, ou de fazer o que apraz a cada um quando o legislador nada prescreveu, sem riscos de ficar submetido à “vontade inconstante, incerta e arbitrária de qualquer homem”⁶⁷.

A liberdade em Locke – seja interior, seja exterior – está vinculada à razão, que é a lei natural que rege os seres racionais, ou seja, o que nos distingue dos demais seres. Essa mesma razão nos orienta para o convívio em sociedade, pois entendemos, através da experiência, que a satisfação de nossas necessidades somente é possível pela interação dos indivíduos. Mas, para que deixemos de nos guiar pelas leis da natureza, que nos deixa em condição de igualdade para reprimir as violações a ela e, por conseguinte, em situação de insegurança, a razão nos indica que devemos nos associar e eleger um corpo político com atribuição de elaboração das leis civis e de seu cumprimento. Para Locke, não é possível conceber a liberdade exterior sem respeito à lei, seja a de natureza, neste estado, seja a civil, após a instituição da sociedade política.

Para que nos mantenhamos livres, mister se faz a igualdade perante a lei, a fim de que vislumbremos uma condição de melhoria entre o estado de natureza e o civil, pois, ao nos submetermos ao capricho de um, melhor seria permanecermos seguindo a lei da natureza e dividir as paixões com os pares. Desta forma, define a liberdade como poder quando assim se expressa – “a idéia de liberdade consiste na idéia do poder em certo agente para fazer ou deixar de fazer qualquer ação particular, segundo a determinação ou pensamento da mente, por meio do qual uma coisa é preferida à outra”⁶⁸.

⁶⁶ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 43.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁸ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 201.

A sua teoria da origem da propriedade parte da noção de que o indivíduo é proprietário de sua pessoa e de tudo o que, estando no estado de natureza, puder se apropriar através de seu trabalho. Apesar de condenar o excesso e a apropriação de bens superiores à necessidade em detrimento de outros, concebe, havendo transformação do bem perecível em moeda (já que os homens tacitamente acordaram com a instituição dela), que haja acumulação, sob o argumento de que essa atitude não causa prejuízos aos outros.

Eis que, em resumo, podemos encontrar os seguintes postulados no pensamento político-filosófico de Locke:

- 1) delimitação da liberdade no núcleo da pertinência (assim o Estado não deve interferir na religião nem na acumulação de bens quando isso não prejudique terceiros);
- 2) origem da sociedade política na necessidade de preservação da propriedade (vida, liberdade e bens materiais);
- 3) legitimação do poder naqueles que detêm liberdade sobre suas decisões e propriedade sobre sua pessoa;
- 4) consentimento como justificação do poder, o qual, mediante representação, deve ser transferido a alguém incumbido de fazer leis e de executá-las (poderes legislativo e executivo);
- 5) necessidade de elaboração de leis válidas para todos, ou seja, além da segurança inscrita na lei, proibindo sujeição a arbitrariedades, a igualdade nela.

A noção de vida privada que inspirou os liberais e na qual subjaz a doutrina da pertinência, segundo a qual o que concerne ao indivíduo não deve ser objeto de regulamentação pelo Estado, tem sofrido algumas alterações ao longo dos séculos. Além das constantes ingerências na vida privada, impostas pelas necessidades de segurança do Estado, cuja denúncia mais recente foi o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, o avanço tecnológico e os novos carecimentos trazem certa perplexidade quanto aos limites dessa vida privada, notadamente a visualização de necessidades sociais e de interesses metaindividuais.

Assim, aquilo que diz respeito a cada um fica sujeito à constante revisão dos juízos valorativos, pois, ao tempo de Locke, a acumulação de bens não causava prejuízos a ninguém. Atualmente, entende-se que a acumulação de bens, por si só, teoricamente, vem trazer prejuízos porque promove a desigualdade, o desequilíbrio social e econômico, além da insatisfação geral, assunto de importância vital para o Direito, uma vez que regular a conduta em sociedade significa apontar meios de convivência satisfatória, entendendo-se por satisfação aquele sentimento jungido à noção de justiça e erigido a partir dos valores compartilhados pela sociedade como necessários à realização do indivíduo e, atualmente, não se aceita o acúmulo de bens em nome de poucos, visto que isto leva à predominância do poder econômico em detrimento do justo. Podemos dizer, então, que atualmente as possibilidades de atuação na ordem exclusivamente privada sofreram redução.

Essa realidade pode ser sentida na própria convivência entre os habitantes das cidades. Atualmente, os cidadãos urbanos têm menos privacidade. Optamos, por força das circunstâncias, melhor dizendo, da segurança, em vivermos em condomínios de apartamentos que nos põem em contato mais próximo com os vizinhos. Basta abirmos a porta e já corremos o risco de encontrá-los. Aquelas palavras que são ditas na intimidade do lar, seja na cozinha, seja na sala são ouvidas no hall por quem está esperando o elevador. Outro exemplo mais recente é a manutenção de banco de espermas. Quando, ao tempo de Locke, poderíamos supor que a reprodução deixaria de ser algo concretizado na intimidade? Após entrarmos em algum site para fazer qualquer consulta, corremos o risco de recebermos propagandas, sem que se garantam reservas à privacidade do endereço. Esses exemplos e tantos outros demonstram que a vida privada sofreu intromissões decorrentes do progresso tecnológico.

O que diria Hegel se soubesse que os ensinamentos dos ideais selvagens seriam aproveitados amplamente em pleno terceiro milênio, principalmente, no aspecto que interessa a todas as organizações políticas mundiais – a proteção da natureza –, por não termos descoberto antes deles, apesar de todos os avanços que a ciência proporcionou à humanidade, que o desmatamento afeta todo o planeta? Não são as simples relações privadas que estão a requerer cuidados especiais, mas o corpo

humanitário necessita que se enxergue o homem em sua dimensão planetária e isso traz, inevitavelmente, a consequência de que cada dia mais o que um faz interfere na vida do outro. Como sustentar a liberdade de inspiração liberal, ou seja, aquela fundada no alargamento da esfera privada? A defesa de semelhante doutrina encontraria óbice na realidade na qual compartilhamos nossas vidas.

Outro ponto defendido por Locke e que afeta a liberdade individual, por se tratar de vida privada, é a propriedade. Vivemos em uma sociedade de massas, de cunho eminentemente global, mas continuamos pensando que a liberdade se caracteriza, segundo Locke, pela propriedade, ou seja, pelo domínio sobre o corpo e sobre a vontade, como se a liberdade fosse um bem suscetível de separação do indivíduo, e não um atributo dele mesmo como ser racional e capaz de suas próprias decisões.

Não se é livre por ser dono de si mesmo, porque essa afirmação não se sustenta ao primeiro embate da fatalidade. Ninguém é dono de si mesmo, a não ser que se conceba a pessoa como objeto. As pessoas têm capacidade de autodeterminação, pois cada um carrega em si a aptidão de se autogovernar, mas a consecução dos objetivos humanos somente é possível através da associação e o autogoverno emperra, na verdade, nos meios de execução, caso as pessoas não convivam socialmente. A equação do que se refere à propriedade não tem demonstrado adequação, vez que aquilo que é concernente a mim não é resultado do que me pertence, porque nem tudo que me pertence concerne apenas a mim, da mesma forma que outras coisas as quais não me pertencem concernem a mim. O homem não é dono de sua liberdade, ele é apenas livre. A propriedade decorre daquilo que se atribui ou se convencionou pertencer a alguém. Um bem, finalmente, aquiesceu o direito, não é aquilo que pertence a alguém, mas aquilo a que o homem se dirige com interesse, porque dele necessita para se realizar como pessoa. Para isso, não precisa ter o domínio.

Com a hegemonia da liberdade liberal, inspirada em Locke, a modernidade fincou a convicção de que quanto mais política menos liberdade, porque acreditavam os liberais, em decorrência da opressão levada a cabo pelos monarcas na Idade Média, que a esfera privada dever-se-ia manter a salvo das ingerências do Estado. Essa

idéia é bem expressada por Tocqueville⁶⁹ quando retrata a sociedade americana, a qual, embora ele sinalize como organização que reflete a perfeita combinação de liberdade com igualdade, possui muitos males, em particular, o individualismo para o qual descamba a democracia.

O liberalismo clássico, portanto, trouxe uma nova concepção de homem e, com ela, adveio uma dimensão de liberdade consentânea com os ventos individualistas que sopravam contra o império da tradição, dos privilégios e dos abusos cometidos pelo absolutismo. Eclodiram a declaração de independência americana e a Revolução Francesa e, com as mesmas, as cartas de direitos estabelecendo limites à atuação do Estado na esfera particular. Nasceram as chamadas liberdades negativas, aquelas que consistem em um não fazer por parte do Estado, como resultado da delimitação de um núcleo da esfera privada, definido em função do prejuízo eventualmente causado a outros em decorrência da ação.

A modernidade privilegiou a concepção de liberdade assim como a entendiam os liberais, ou seja, a predominância da noção individual de liberdade, consistente no entendimento de que todo indivíduo deve ter resguardada uma esfera de vida privada na qual o Estado não pode interferir. Tal conceito a relaciona com a idéia de propriedade em Locke, consoante adiante veremos.

A seguir, traçaremos o evoluir das idéias políticas que culminaram com a declaração de direitos e, com isso, buscaremos demonstrar as ambigüidades da liberdade no mundo jurídico e que a correta concepção de liberdade justifica e não apenas tensiona as diversas ordens de direitos fundamentais.

2.4 A LIBERDADE NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

Ainda na Baixa Idade Média, algumas transformações na economia tiveram significativa influência na limitação do arbítrio do poder público. A invenção das caravelas que permitiram a ampliação das conquistas marítimas, a utilização na

⁶⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia em america**. Madrid: Alianza editorial, 1994. Vol 2.

agricultura de moinhos de água e de vento e o arreo peitoral e bois e cavalos⁷⁰ são mudanças que impuseram a revisão da tradicional forma estamental de celebração de negócios comerciais.

Os séculos XVI e XVII foram marcados pelo questionamento da tradição, dos privilégios e dos poderes absolutos do monarca. Muito antes disso, em 1215 a Magna Carta impôs limitação ao poder do Rei João Sem Terra, condicionando a instituição de tributos ao consentimento do conselho comum do reino (formado pelo clero e pela nobreza). Este documento, apesar de representar uma convenção entre o rei e os barões feudais continha em si o germe do fim do feudalismo. Assegurou o princípio da legalidade, vinculando o rei à legislação por ele editada, encontrando-se neste preceito a limitação do poder do monarca com fundamento em direito subjetivo dos governados⁷¹.

Mais tarde, o *Habeas Corpus Act*, editado em 1679 assegurava ao paciente a sua condução, no prazo de três dias após a notificação do *writ*, aos funcionários, perante o Lorde Chanceler ou os juízes para expedição do mandado⁷². No entanto, o documento que institucionaliza a separação de poderes e que é posto como condição para a ocupação, por Guilherme de Orange, do reino da Inglaterra, é a *Bill of Rights*, que auspicia uma verdadeira Constituição.

O clima propenso às liberdades, inaugurado pelos documentos ingleses, ainda que tenha alcance limitado aos barões e tenha sido alimentado pelos avanços tecnológicos, pela luta por liberdade religiosa e tantas outras conquistas advindas do modo racional-iluminista de concepção do mundo, levou à declaração de Independência Americana (1776) e à Declaração Francesa de Direitos (1789). Distinções marcantes separam ambas.

Um deles é a motivação próxima da insurreição americana. Na verdade, os colonos americanos tomaram pulso após algumas medidas arbitrárias de ordem fiscal

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

⁷¹ *Ibidem*, p. 78.

⁷² *Ibidem*, p. 87.

executadas pela coroa britânica. Os franceses, ao contrário, queriam inaugurar uma nova era para todo o mundo. Tanto é assim que alteraram o calendário e as medidas tradicionais de comprimento. Enquanto a primeira tende a firmar a liberdade da colônia americana frente à coroa inglesa; a segunda tem meta mais ambiciosa e pretende alterar a visão de mundo até então vigente, para inaugurar uma nova era, a era da liberdade do jugo do poder absoluto e do culto à tradição, bem como do fim da supremacia dos privilégios que autorizavam tratamento desigual aos cidadãos.

Deduz-se do contexto político que a declaração de direitos da Virgínia (1776), inspiradora das demais colônias, tendo culminado com a Constituição Americana de 1787, embora inspirada na doutrina de Rousseau e Montesquieu defensoras do princípio democrático e da separação de poderes, tinha por mira a liberdade, mas não a liberdade de todos, ou seja, a liberdade igual, mas a liberdade dos colonos produtores que tinham convicção de que o fruto do seu trabalho dever-lhes-ia pertencer e não à Coroa (Locke), ou seja, foi a noção de propriedade que identificou a liberdade como princípio fundamental. Ora, se a propriedade dos bens (vida e liberdade) é que fundamenta a não sujeição, está mais do que explicado por que os escravos não deveriam ser contemplados com tal liberdade, já que a vida não lhes pertencia.

A declaração francesa, ao contrário, ressaltou o intento ao se confirmar como universal e não apenas como direitos de cidadão francês. Por isso, leva a crer que não tinha objetivo casuístico limitado ao território e as circunstâncias políticas do momento. Pretendeu, portanto, romper com o obscurantismo, anunciando o homem como fim de tudo. Não se sabe ao certo, até agora, se foi bom ou ruim, mas é correto afirmar que tudo mudou depois que o homem passou a acreditar nele como centro das mudanças e dos interesses. Esta é a perspectiva que informa os direitos fundamentais na sua origem e inspiração filosófica.

Depois de tal consideração, outras gerações de direitos foram proclamadas, mas sob outro fundamento legitimador. A liberdade, resultado dessas originárias declarações de direitos, provém de uma noção individualista arraigada até hoje na

consciência humana, de tal forma que não consegue dar conta de que a pertinência propalada pelos liberais, consubstanciada no critério definidor do que concerne a quem, ou seja, de que não pode o Estado interferir naquilo que não concerne ao outro, ou dito de forma mais objetiva, como faz Mill⁷³, no que não causa dano a outrem, está visceralmente relacionada ao pertencer, de forma que o que é pertinente compete ao quadro referencial em que se pode definir tal pertinência pelo menos como resíduo. É mais ou menos parecido com o que se diz da igualdade, no sentido de que ela é verificada na dialética do desigual. Essa noção foi anunciada por Platão, há muitos séculos, quando expôs a teoria da geração dos contrários.

A Declaração de Independência Americana é o primeiro documento político que justifica o poder na soberania do povo e que reconhece a existência de direitos inatos. A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia é documento voltado para a garantia das liberdades, tendo recebido forte influência de Locke. Segundo Soder⁷⁴, aquela declaração chegou quase a transcrever de seus “Dois tratados sobre o governo civil” as disposições sobre a origem natural dos direitos à vida e à liberdade, atrelados à propriedade, assim como a separação de poderes (com o aperfeiçoamento que esta última idéia recebeu de Montesquieu).

É importante registrar que todas as declarações de direitos têm inspiração no direito natural, reconhecendo a universalidade e a inerência dos direitos do homem. A era moderna é marcada por uma concepção de liberdade que delimita a esfera privada e a protege das interferências do poder público. Deduz-se das declarações de direitos e da positivação dos direitos humanos, por força do movimento de constitucionalização que se iniciou com a declaração de independência americana, o forte caráter individualista que marca a era da chamada solidariedade técnica, a qual veio somar-se à solidariedade ética no contexto da concretização dos direitos fundamentais⁷⁵.

⁷³ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

⁷⁴ SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960, p. 78 e 84.

⁷⁵ As expressões solidariedade técnica e solidariedade ética são usadas por Fábio Konder Comparato para traduzir, respectivamente, a homogeneização dos hábitos compartilhados na sociedade em decorrência dos avanços tecnológicos obtidos nos dois últimos séculos e o sentimento tendente à

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (12 de junho de 1776) preocupou-se em assinalar o caráter inato da liberdade, atrelando-a a dois aspectos⁷⁶: o primeiro é a fixação da independência do povo da Virgínia em relação à coroa britânica e o segundo é a justificação da fruição desse direito na propriedade. Em seu artigo 12, declara a liberdade de imprensa e, no artigo 16, a de credo religioso. A declaração de independência americana (4 de julho de 1776) não foi precedida por uma carta de direitos, como procedido pelo povo da Virgínia, vindo a declaração deles integrar a Constituição Americana, que foi promulgada em 1789, somente, em 1791, através de dez emendas. Apesar disso, considerou o direito à liberdade como verdade auto-evidente.

Finalmente, a primeira emenda à Constituição Americana previu a liberdade de professar a religião escolhida, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e a liberdade de petição. O conteúdo liberal da liberdade inscrito nas declarações de direitos, culminando com a declaração universal aprovada em dezembro de 1948, foi transposto para as atuais Constituições do mundo ocidental, dentre elas a espanhola, a francesa, a italiana e as brasileiras.

2.5 A LIBERDADE DOS ANTIGOS E A LIBERDADE DOS MODERNOS

Constant⁷⁷ dissipa de vez as dúvidas em que se haviam mergulhado os teóricos políticos, os quais encontravam distinções entre os dois conceitos de liberdade, sem, no entanto, lograr discerni-los. Eis como define aquele autor a liberdade dos modernos, em contraste com a liberdade dos antigos:

construção da cidadania mundial através do respeito aos direitos fundamentais. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.38)

⁷⁶ "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança." (*Ibidem*, p. 114)

⁷⁷ CONSTANT, Benjamin. **Sobre el espíritu de conquista**: Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos. Tradução de Marcial Antonio López e M. Magdalena Truyol Wintrich. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

Ela não é para cada um deles outra coisa que o direito de não estar submetido senão às leis, não poder ser detido nem preso, nem morto, nem maltratado de maneira alguma em decorrência da vontade arbitrária de um ou de muitos indivíduos: é o direito de dar sua opinião, de escolher sua profissão, de exercê-la e de dispor de sua propriedade, e ainda de abusar se quiser, de ir e vir a qualquer parte sem necessidade de obter permissão, nem de dar conta a ninguém de seus motivos ou de seus passos; é o direito de reunião, seja para deliberar acerca de interesses pessoais, seja, simplesmente, para preencher os dias e as horas da maneira mais conforme aos seus caprichos e inclinações; é, em suma, o direito que a cada um assiste de influir no governo, já pela nomeação de todos ou de alguns funcionários, já por representações, petições, exigências, que a autoridade é mais ou menos compelida a tomar em consideração. Compare, então, a esta liberdade a dos antigos.

Consistia esta em exercer coletiva, porém, diretamente várias partes de toda a soberania, em deliberar, na praça pública, a respeito da guerra e da paz, em selar com os estrangeiros tratados de aliança, em votar leis, proferir julgamentos, examinar as contas, os atos, a administração dos magistrados, fazê-los comparecer perante o povo inteiro, acusá-los, condená-los ou absolvê-los. Mas, ao mesmo tempo que havia isso que os antigos chamavam de liberdade, admitiam eles, por compatível com essa liberdade coletiva, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não se encontrará entre eles quase nenhum dos direitos que acabamos de ver como parte da liberdade entre os modernos. (Tradução nossa)⁷⁸

Bobbio critica o ensaio de Constant notadamente pelo juízo de valor nele contido, aprovando a liberdade dos modernos e refutando a dos antigos. Argumenta aquele jurista italiano⁷⁹ que nem a liberdade negativa era desconhecida dos antigos, transcrevendo uma passagem do Digesto que a define como a “faculdade natural de se fazer o que se quer, com exceção daquilo que se proíbe ou pela força ou pela lei”, nem a liberdade positiva é privilégio somente deles, pois, segundo ele, no

⁷⁸ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Ella no es para cada uno de éstos otra cosa que el derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos; es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta a nadie de sus motivos o sus pasos; es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para deliberar sobre sus intereses, sea para llenar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos; es, en fin, para todos el derecho de influir o en la administración del gobierno, o en el nombramiento de algunos o de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones o por consultas, que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Comparad entre tanto esta libertad com la de los antiguos.

Esta consistia en ejercer colectiva pero directamente muchas partes de la soberanía entera; en deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz; en concluir com los extranjeros tratados de alianza; en votar las leyes, pronunciar las sentencias, examinar las cuentas, los actos, las gestiones de los magistrados, hacerlos comparecer ante todo el pueblo, acusarlos, y condenarlos o absolverlos. Pero al mismo tiempo que era todo esto lo que los antiguos llamaban libertad, ellos admitían como compatible com esta libertad coletiva la sujeción completa del individuo a la autoridad de la multitud reunida. No encontraréis en ellos casi ninguno de los beneficios y goces que hemos hecho ver que formaban parte de la libertad en los pueblos modernos.” (*Ibidem*, p. 67)

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 64.

Estado moderno uma e outra caminham passo a passo, de vez que na teoria lockiana é impossível distinguir a idéia de proteção às liberdades individuais da participação na feitura das leis.

O ponto crucial dessa distinção elaborada por Constant é a percepção de que a liberdade, em sua manifestação política, tem importância fundamental para a conquista e a preservação da democracia. A autonomia, diferentemente da heteronomia, proporciona a participação do indivíduo e da coletividade na elaboração das leis que regulamentam a vida da comunidade, garantindo, assim, maior correspondência entre os fins da organização estatal e os interesses e os anseios da sociedade.

A liberdade de participação na elaboração das leis estabelece a diferença entre os regimes democráticos e autocráticos⁸⁰. Além disso, proporciona o reconhecimento da liberdade de expressão do indivíduo na comunidade, transferindo-se, mediante o diálogo e a deliberação, a responsabilidade pelo destino dela, circunstância que também o insere como parte desse grupo, reconhecendo-o e sendo reconhecido por ele. A dimensão da participação é insuscetível de alcance se não transcendermos da liberdade meramente individual.

Vale ressaltar ainda que a liberdade antiga somente pode ser manifestada, segundo Celso Lafer⁸¹, "... em comunidades políticas que regularam adequadamente a interação da pluralidade. Daí a relação entre política, liberdade antiga e formas democráticas de governo...". A verdade é que não é possível a um Estado dominar totalmente a esfera privada dos seus cidadãos. Por outro lado, na distinção das liberdades entre antigos e modernos, não se pode descartar a suposição de que a conquista do Estado de Direito, que tem como corolário o respeito à legalidade é uma construção moderna. Em outras palavras, a desconfiança é moderna, ao passo que, para os antigos, as liberdades individuais não estavam constantemente ameaçadas, daí ser desnecessário estarem imantadas pela garantia expressa de um *status negativus* por parte do Estado. Isso apenas demonstra que as liberdades

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 406.

⁸¹ LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 17.

surgem como direitos à medida que as formas de opressão vão sendo visualizadas, pois assim como carecimentos fazem nascer direitos, opressões determinam os carecimentos.

Quem bem enunciou a distinção valorativa entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, em obra clássica (*Greek Political Theory*), foi Ernest Barker⁸², quando enfatizou:

A percepção do valor do indivíduo era, portanto, condição primária para a evolução do pensamento político na Grécia. Essa percepção se manifestava tanto na prática como na teoria, e atuava sob a forma de uma concepção prática de livre cidadania numa comunidade independente – concepção que compõe a essência da Cidade-Estado Grécia. Por mais que se fale acerca do “sacrifício” do indivíduo ao Estado na política ou na teoria grega, ressalta sempre o fato de que, na Grécia, ao contrário do que se passava no resto do mundo antigo, havia algo diferente [...] Apesar de o grego, conforme ficou assinalado, julgar o seu próprio valor pela importância que tinha na comunidade e reputar-se influente na fixação de suas atividades, nada disso elide o fato de que no pensamento político da Grécia não prepondera a noção do indivíduo e tudo induz a crer que não se chegou ali a uma concepção de direitos. Foi, talvez, precisamente pelo fato de o indivíduo ter convicção da influência por ele exercida na vida da comunidade que não procurou afirmar direitos oponíveis a esta. Seguro de sua importância na sociedade, não precisava de preocupar-se com a sua pessoa individual [...] Indivíduo e Estado se encontravam de tal modo entrelaçados em sua missão moral, que ao Estado competia o exercício de uma tal influência que a nós se nos afigura estranha.

Embora Bonavides⁸³ vislumbre na parte final da exposição uma contradição, distinta conclusão deve ser extraída, pois não se deduz daquelas palavras uma incoerência propriamente, mas, sobretudo, a reafirmação de que o indivíduo tinha importância fundamental na concepção político-filosófica grega. Essa dedução não afasta – talvez porque o significado que se atribui a esse valor decorra de uma visão coletiva ou mesmo porque não havia contradição na história suficiente para autorizá-la – a constatação de que os antigos, ou melhor (na exposição de Barker), os gregos não formularam direitos individuais oponíveis ao Estado. Extrai-se o papel exponencial que os cidadãos ocupavam na sociedade política grega a partir da consagração, por força da *isegoria*, de sua liberdade de expressão. A ausência da visão individualista

⁸² BARKER, Ernest, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 154 e 156.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 154 e 156.

construída na modernidade que associou a liberdade individual ao gozo da vida privada não autoriza a conclusão de que, no mundo antigo, o indivíduo não tinha autonomia.

Imaginemos a seguinte situação: uma pessoa que vive em plena era de desenvolvimento da informática e de recursos a ela inerentes os quais permitem a comunicação com todas as partes do mundo, ao estudar a realidade da informação e da comunicação no século XIX, percebeu que somente havia, como meio de difusão de informação, as cartas, bem como os jornais, as revistas, os livros e os impressos em geral.

A partir deste dado empírico, deduzimos que não existia realização efetiva desta liberdade, já que o direito de informação deve abranger a possibilidade de obtê-la a partir do espaço mais amplo possível e que os indivíduos do século XIX não a gozavam em virtude de não estarem, naquela época, por falta de desenvolvimento tecnológico, em conexão direta com o mundo. Parece-nos que, neste caso, pode-se concluir que a percepção de certos interesses somente é possível à medida que a realidade fornece os meios de visualização dela. Utilizando a formulação de Reale⁸⁴, poder-se-ia dizer que os fatos históricos em si não mudam, nem tampouco o nexos causal que os relaciona, mas o que varia “é a sua compreensão à luz de valores diversamente escalonados”.

Ressalta Berlin⁸⁵ que a problemática da liberdade individual, no que diz respeito às fronteiras as quais a autoridade pública não deveria ultrapassar, não era objeto de preocupação por parte dos antigos. Com este argumento, tenciona contrariar as assertivas de autores, tais como Jellinek, os quais tentam vislumbrar uma proteção das liberdades individuais no mundo antigo.

Se é verdade que a liberdade dos antigos possuía significado político e, neste sentido, assumiu feição de participação, enquanto que a dos modernos mirava a preservação, sem interferência do Estado ou de outros cidadãos de uma esfera

⁸⁴ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 18.

⁸⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 22.

privada de interesses, não é menos verdade que os antigos, pelo menos a civilização grega, soube dotar o indivíduo, respeitados os limites que a realidade histórica impedia visualizar, de valorização suficiente para que eles se sentissem tão seguros quanto os modernos assim se consideravam ao criar as barreiras da não ingerência, bem como estimulados a dar o melhor de si à *polis*.

A liberdade dos modernos resultou do dualismo entre povo e soberano, nascendo dessa tensão a necessidade de preservar um mínimo de garantias individuais frente ao Estado. De certa forma, o absolutismo erigiu-se como solução inexorável à unidade dos Estados, os quais se encontravam divididos por força da separação territorial imposta pelo feudalismo. A Igreja e o Estado; o povo e o soberano constituíam forças que detinham interesses opostos e o absolutismo pode ser interpretado como a supremacia do Estado sobre a Igreja e do monarca em relação ao povo. O Estado moderno, assim, vislumbrou a necessidade de atingir a unidade, desiderato que se constituía em ponto de partida para os antigos. Desse modo, unidade, organização conforme leis e limitação do Estado são características do Estado moderno⁸⁶, visto que a concepção de liberdades individuais decorreu, preponderantemente, desta última peculiaridade, devendo-se observar que da luta impressa pela Igreja, em prol de sua supremacia e da conseqüente vitória do soberano, surgiu a liberdade religiosa como corolário indissociável da preservação da esfera privada do indivíduo.

Deve-se notar que, segundo Jellinek, a mais notável diferença entre o Estado antigo e o Estado moderno reside na perspectiva por ambos adotada da personalidade humana⁸⁷. Para Reale, essa consideração não é suficiente, pois a noção de pessoa deve alçar o valor fonte de todos os valores jurídicos, obtendo-se daí o conceito de cidadania que possui como projeção imediata a noção de liberdade. Essa, “não se biparte em individual e política, mas apenas se desenvolve em momentos que se

⁸⁶ JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Editorial Gomares S. L., 2000, p. 321.

⁸⁷ JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Editorial Gomares, 2000, p. 307.

integram substancialmente na unidade ética irreductível de cada pessoa valorada em si mesma e em razão das demais pessoas”⁸⁸.

Para Bobbio⁸⁹, os direitos fundamentais não são nem absolutos nem naturais, mas resultado de uma construção histórica que nos mostra, à medida que novos interesses vão sendo visualizados, temporal e espacialmente, qual o conteúdo e os limites de sua realização. Novos contornos, tais como: a tecnologia, o despertar para a necessidade de preservação do meio ambiente, a evolução da engenharia genética, a dimensão incontida dos efeitos das relações jurídicas nas quais os consumidores são sujeitos, impõem uma revisão da esfera privada do indivíduo.

Convém esclarecer que, a par da dissensão histórica e aparentemente insuperável entre liberdade antiga, como participação, e liberdade moderna como não impedimento – discussão na qual subjazem os conceitos individualista e organicista da sociedade –, acreditamos que, na realização das liberdades, na forma que buscamos, a perspectiva da unidade independente do todo não se contrapõe à inserção do indivíduo como membro de uma comunidade. A visão organicista de poder está visceralmente relacionada à necessidade de harmonia e de unidade, implicando dizer que a concepção individualista, crê na convivência entre liberdade e discórdia. Quanto a isso, é possível que não tenham dúvidas dos organicistas, mas o que elegem como valor primordial da realização da vida em comunidade não é a liberdade, mas sim o consenso.

Como salienta Lafer⁹⁰, “a liberdade moderna não está diretamente ligada, como a antiga, ao problema público da gênese da norma jurídica e ao fundamento democrático de sua obrigatoriedade, mas sim a uma dimensão mais privada do indivíduo”.

Apesar de todos os argumentos aventados anteriormente, prevaleceu, no Estado moderno, a liberdade teorizada por Locke, Mill e Constant que acentua o valor do

⁸⁸ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 38.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.7.

⁹⁰ LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 19.

homem e a necessidade de se resguardar uma esfera privada sem possibilidade de interferência. Contudo, como idealizador da Revolução Francesa, Rousseau criou a concepção de Estado haurido da vontade geral, que era, segundo ele, inalienável e indivisível. Esse pensamento fundava suas bases na valorização do todo transcendendo ao individual, mas que nele encontrava sua legitimação. Assim, não havia contradição entre a vontade individual e a geral. O entrelaçamento de fundamentos criou uma fissura no Estado liberal de tamanha envergadura, que até hoje é objeto dos mais calorosos debates.

A modernidade de que estamos tratando visualizou o homem como fim em si mesmo, dotado de dignidade e de direitos fundamentais, noção que o apresentava no epicentro do universo. Não foi mais possível, a partir daí, enxergar o homem como componente de uma coletividade. Este é o real ponto de referência entre o mundo antigo e o moderno: a visão de homem como pessoa distinta do Estado enquanto ordenador do império.

Por isso, a liberdade, sob a visão antiga, significa não estar subordinado a leis às quais não se deu o assentimento; já, para os modernos, tem o sentido de gozo da esfera privada, que não concerne ao Estado, podendo-se resumir, abstraindo-se da tensão entre liberalismo e democracia, que, sob a óptica da liberdade – sem negar que entre eles havia uma distinção contextual de liberdade, fundada nas diferentes opressões e carecimentos que permitem visualizações distintas –, não há dúvida de que ambos os conceitos partem do princípio de que as escolhas devem ser feitas pelo destinatário da lei, só que os antigos não visualizavam uma esfera privada do indivíduo, por isso atribuía a escolha ao todo, porque o homem não era concebido fora dele, enquanto os modernos sustentam que as escolhas devem ser individuais na ordem privada e, da coletividade, na ordem pública. Na época em que essa discussão foi travada, a distinção entre público e privado estava bem definida⁹¹, diferentemente de hoje, quando os interesses sociais se inserem no contexto com um terceiro gênero, sem mencionar os coletivos e difusos.

⁹¹ A separação entre direito público e direito privado, na qual a jurisprudência dos conceitos foi buscar fundamento, remonta ao direito romano, mas aquela divisão não era idêntica a dos modernos, tendo em vista que somente com os modernos a dignidade humana, que fundamenta o gozo privado, teve realce e proteção jurídica.

Vimos como, ao longo dos séculos, a liberdade foi assumindo feições distintas. Para os gregos, ela tinha a conotação de participação política, visão na qual o Estado era considerado uma extensão do indivíduo, podendo-se resumir o seu conteúdo na seguinte afirmativa: livre é aquele que, isentando-se de suas necessidades, participa das decisões políticas da *polis*. Os romanos chegaram mesmo a formular um conceito jurídico de liberdade, apontando a lei e a força como elementos impeditivos dela. Já os modernos, com inspiração na liberdade como livre arbítrio, além de concebê-la dentro da lei, garantindo-se nela o livre exercício da personalidade, assegurou, como resultado do Estado de direito por eles instaurado, a garantia de ação desimpedida quando a lei não previsse constrangimento.

Interessante é que a dogmática jurídica dos direitos fundamentais, ao absorver as noções político-jurídicas e filosóficas de liberdade, longe de adequá-las às categorias jurídicas próprias ao seu universo conceitual e de considerar as especificidades da ciência jurídica, promoveu confusões e contradições quando ela, em decorrência do movimento constitucionalista, passou a ser positivada nas Cartas Constitucionais dos países ocidentais e, por conseguinte, nas Constituições brasileiras, especialmente a de 1988.

2.6 O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA

O nascimento do Estado liberal está historicamente ligado ao fim dos Estados confessionais à abolição dos privilégios feudais, com maior abertura econômica para a livre circulação dos bens, marcando, assim, o início da sociedade mercantil burguesa⁹². Pode-se dizer, então, que o liberalismo teve como bases filosóficas a liberdade de convicção religiosa e a liberdade contratual. Era assente a idéia de que o Estado deveria interferir o mínimo possível na vida dos seus cidadãos, uma vez que lhe cabia regular a convivência, ou seja, o que concernia ao todo e não ao indivíduo particularmente considerado. Essa convicção peculiar ao liberalismo influenciou de forma determinante a distinção entre moral e direito e tem como

⁹² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1990, p. 22.

fundamento a ordenação da convivência, segundo uma categoria que iremos trabalhar que é a da exterioridade. Assim, esse princípio, liberal por excelência, permanece vivo durante toda a modernidade. Mas atualmente o limite entre o que concerne ao indivíduo e o que diz respeito a toda coletividade ou a um grupo não permite uma distinção tão nítida quanto outrora.

Liberalismo é a doutrina que subjaz à instituição de Estado calcada sobre o princípio da legalidade e da mínima interferência. Assim, o Estado liberal se antepõe tanto ao Estado Absoluto quanto ao Estado Social. Ele está visceralmente relacionado ao Estado de leis, no qual a preocupação com a segurança jurídica do cidadão é o grande pilar. Nesta doutrina, inspira-se o art. 5º, II da Constituição Federal brasileira quando estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O Estado mínimo e o Estado de leis são as duas faces do Estado liberal, como bem acentua Bobbio⁹³, para quem o primeiro acentua a limitação das funções e o segundo a limitação dos poderes. Enquanto o Estado de direito tem sido, historicamente, a antítese do Estado absoluto; o Estado mínimo é a resposta ao Estado máximo (Estado social, por exemplo). Mínimo porque procura resguardar a esfera particular (do que concerne ao indivíduo) das interferências do Estado, quando põe em funcionamento sua função de regulamentação da convivência (daquilo que concerne à sociedade), para cujo desiderato busca delimitar uma fronteira entre público e privado, dotando este último de máximo conteúdo. Legal porque atua sob a mira da lei, dando segurança aos súditos de que não sofrerão restrições além daquelas que já se encontram na lei.

Tanto a primeira dimensão consubstanciada em Estado mínimo, quanto a segunda consubstanciada na legalidade trazem o gérmen da pertinência como critério de distinção entre lei e vida privada, entre direito e moral, calcada na convicção lockeana, depois desenvolvida por Mill, de que o Estado não deve se intrometer no que concerne ao indivíduo, uma vez que tanto a interferência mínima que se contrapõe ao Estado social quanto a legalidade que pretendeu refutar o Absolutismo

⁹³ *Ibidem*, p. 17.

têm como cerne a pertinência, ou seja, a idéia de que a vida privada concerne apenas ao indivíduo, cabendo às leis assegurar isso com a máxima amplitude e restringir minimamente.

Assim ambas as dimensões têm relevância jurídica, consoante veremos: na primeira dimensão, que se contrapõe ao Estado Social, o conflito é solucionado pelo critério da pertinência objetiva, uma vez que os liberais incluem na esfera privada mais conteúdo que os comunitaristas⁹⁴, tais como a liberdade de contratar, a propriedade etc; a segunda dimensão trata da liberdade sob a perspectiva da legalidade. Essa abordagem será objeto de investigação posterior, quando analisarmos os aspectos jurídicos da liberdade.

Ao liberalismo, coube o mérito de discernir entre interesses do Estado e vida privada, a partir da pertinência, ou seja, daquilo que concerne ao indivíduo cabe a ele decidir. A pertinência é da essência da liberdade e foi bem captada pelo noção liberal de liberdade, que deu maior ênfase no indivíduo, concebendo um conteúdo amplo de esfera privada. Na pertinência, está inserido o elemento autonomia ou o quem decide – sua versão subjetiva – que também pertence ao núcleo da liberdade.

Essa autonomia levada a cabo pela política é chamada de soberania popular e, quanto a isso, liberais e democratas entraram em conflito, pois enquanto a democracia, tomada em sua acepção corrente, consiste em regime político por meio do qual o povo exerce a sua vontade, significando essa participação não somente nas escolhas dos representantes, como também nas decisões políticas e, ainda, no exercício do poder; o Estado liberal prima pelo gozo das liberdades individuais, que também refletem decisões particulares.

Sob o ponto de vista conceitual da liberdade, não há distinção entre modernos e antigos, uma vez que se trata de resolver a quem compete decidir – os antigos não vislumbravam uma esfera particular do indivíduo e, por isso, se davam leis

⁹⁴ Sobre comunitarismo, ver a “A crítica comunitarista ao liberalismo” de autoria de Ricardo Almeida Ribeiro da Silva (SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: TORRES, Roberto Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

coletivamente e os modernos a queriam bem afastada da intervenção do Estado, assegurando que, no tocante a ela, cabia ao indivíduo decidir. Do ponto de vista político, no entanto, quando se associa a liberdade dos antigos à democracia e a liberdade dos modernos ao liberalismo, forja-se uma correspondência inadequada, pois liberdade é uma coisa, democracia e liberalismo outra. A liberdade dos antigos não significa democracia, mas o exercício da democracia pelos antigos. Neste sentido, ser livre era “dar-se leis” a si próprio (coletividade). A liberdade dos modernos não significa liberalismo, antes eles enxergam uma esfera privada distinta da pública e liberdade, para eles, é poder “dar-se leis” no que lhes concerne.

A perplexidade surgiu quando liberais e democratas intentaram disputar quem detinha o verdadeiro conceito de liberdade. Na verdade, não tencionavam a hegemonia no conceito de liberdade, mas de regime e, por isso, Constant, fiel à tradição liberal, sustentou a existência de liberdades distintas. Adiante veremos que esse conflito marcou a dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva, a qual procurou superar uma visão monista do conceito de liberdade, que poderia levar à negação da liberdade defendida pelos liberais – para quem ela era realizada na mínima interferência do Estado na esfera privada –; já aquela era sustentada pelos democratas, que respaldavam seu conceito na efetiva participação nas decisões do Estado, ou seja, na autonomia ou na participação política.

Consoante exporemos, a dicotomia trouxe algumas dificuldades na compreensão jurídica da liberdade e, finalmente, na solução de conflitos envolvendo liberdades e outros direitos, pois sua positivação se deu sob o influxo dessa distinção. Na verdade, os liberais pretendiam a realização da verdadeira liberdade no indivíduo e os democratas no todo, no que concerne às decisões políticas. Do ponto de vista político, essas duas realidades se contrapõem e podem ser vislumbradas em experiências distintas, pois tanto pode existir democracia (tomada esta na acepção apenas de participação na eleição de representantes) sem gozo de liberdades civis como a fruição destes últimos em regime totalitário, mas, em cada situação, e é isso que nos interessa dizer, a liberdade se realiza apenas parcialmente: numa se concretiza sob a perspectiva do todo e noutra sob a visão individual, mas que,

quando levadas para o mundo jurídico, têm que ser compatibilizadas e, por isso, a fragmentação proposta oferece dificuldades.

3 OS SENTIDOS DA LIBERDADE

A liberdade conviveu com uma diversidade de contextos político-filosóficos ao longo da história, assumindo feições diferentes e submetendo-se a algumas classificações, mas a distinção mais significativa incorpora duas premissas: a primeira, assentada no ideal comunitário da *polis* grega, vincula-se ao poder de decisão; e a segunda associa-se ao espaço de atuação do indivíduo. O termo liberdade, que tem vocação abrangente e não redutora, está passando por uma séria crise de conceito, pois a sociedade moderna, sob o signo do constitucionalismo, não pretende negar aos seus atores sociais qualquer traço dela – ou pelo menos não quer deixar transparecer um desinteresse formal por ela.

Na medida em que novas formas de opressão foram sendo visualizadas, afigurava-se necessário compendiar uma nova dimensão da liberdade, de modo que as Constituições modernas – da qual a brasileira não constitui exceção - inscreveram em seus textos todas as formas até hoje catalogadas de liberdade: em face da opressão dos dogmas da Igreja, em face da opressão política, em face dos privilégios de classe, em suma liberdades consagradas pelo Estado de Direito; e, por outro lado, em face da heteronomia, mais especificamente, liberdade de escolher o próprio destino. Deixou-se, contudo, de perceber que a liberdade possui elementos constitutivos próprios que estão presentes em suas manifestações verdadeiras e que nem toda satisfação de interesses leva à realização de liberdade e nem toda frustração consiste em impedimento à sua concretização.

Muito se discute sobre algumas de suas manifestações e Bobbio⁹⁵, em profícua exposição acerca da liberdade, elenca as diversas classificações que ela assume. No sentido negativo, a liberdade se apresenta como não impedimento ou não constrangimento, ou seja, é a faculdade de agir sem impedimento ou de se omitir quando não existir constrangimento. Em sentido positivo, como autonomia para deliberar, ou seja, como poder de autogovernar-se, de obedecer apenas às leis que autonomamente a pessoa se dá. Assim, enquadra-se na noção de liberdade

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

negativa as definições dadas por Hobbes⁹⁶, Locke⁹⁷ e Montesquieu⁹⁸. Segue o autor, sintetizando as liberdades da seguinte forma: liberdade em face de e liberdade de (ou para); liberdade individual e liberdade coletiva; liberdade dos antigos e liberdade dos modernos; e liberdade negativa e liberdade positiva.

Ressalvada a primeira dicotomia, formula aquele autor uma conexão entre as demais, sustentando que liberdade individual dos modernos e liberdade negativa, respeitadas algumas peculiaridades, guardam uma unidade fenomenológica, ou seja, apresentam-se sempre como liberdade de agir sem impedimentos; enquanto a liberdade coletiva, a dos antigos e a positiva se constituem em liberdade de querer.

A liberdade de (ou para) e a liberdade em face de, para ele, revelam dois lados da mesma moeda, já que a liberdade de ou liberdade para fazem referência ao objetivo a ser alcançado pelo indivíduo ou pela coletividade, enquanto a liberdade em face de aponta o obstáculo a ser superado. Por exemplo, quando falamos em liberdade de locomoção, aludimos implicitamente à liberdade em face dos empecilhos ao movimento. Finalmente, sustenta o autor referenciado que as liberdades em face de e as liberdades de (ou para), ao contrário das liberdades negativa e positiva ou liberdades dos antigos e dos modernos, implicam-se entre si, de forma que a liberdade em face de permite uma ou mais liberdades de (ou para), e não existe liberdade de (ou para) que não decorra de uma ou mais liberdades em face de. Essa não é a opinião de Berlin, que associa a liberdade para à positiva e a liberdade de à negativa⁹⁹. Convém, pois, trazer os dois sentidos que foram fielmente acoplados ao direito: a liberdade positiva e a liberdade negativa.

⁹⁶“Dado que em nenhum Estado do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é uma coisa impossível), segue-se necessariamente que em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável a seu interesse.” (BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 130)

⁹⁷ “A liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente pela qual viva, comum a todos os membros dessa sociedade e feito pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir a minha própria vontade em tudo quanto a regra não prescreve, não ficando sujeita à vontade inconstante, incerta e arbitrária de qualquer homem;” (*Ibidem*, p. 43).

⁹⁸ “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando H. Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 148).

⁹⁹ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 142.

Apesar de já terem sido anteriormente utilizadas as expressões liberdade positiva e negativa, foi provavelmente Isaiah Berlin¹⁰⁰ quem aperfeiçoou a distinção, associando ao primeiro sentido a resposta à seguinte pergunta: “o que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?”; e ao segundo a questão assim formulada: “qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”.

A distinção consiste, como bem pontua Berlin, em que a liberdade positiva define-se a fonte de controle; e a negativa a área ou conteúdo do controle¹⁰¹. Para Bobbio, no entanto, as duas figuras podem ser distinguidas pela identificação da liberdade positiva com o querer e da liberdade negativa com o agir. Vejamos as características de cada uma separadamente.

3.1 A LIBERDADE NEGATIVA

A liberdade negativa foi historicamente associada à liberdade dos modernos, melhor dizendo, àquelas faculdades que são atributos do homem como ser dotado de personalidade e de uma esfera privada que deve ficar livre de qualquer interferência do Estado ou de outrem. Berlin desenvolve a idéia de liberdade negativa associada à ausência de impedimento, arrematando que quanto maior o espaço isento de interferência, mais ampla a liberdade¹⁰². Já Norberto Bobbio¹⁰³, prefere falar de ausência de impedimento ou de constrangimento, uma vez que ambas estão compreendidas no conceito de possibilidade de não sofrer interferência no agir. Segundo ele, a liberdade negativa “consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitem ou não proíbem (e, enquanto tal, permitem não fazer)”.

¹⁰⁰ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 136.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁰² *Ibidem*, p. 137.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 49.

Não descarta aquele autor do significado de impedimento, ponderando que essa perspectiva está intrinsecamente ligada à capacidade de o agente obter o resultado da ação livre se não fosse o impedimento provocado pelo outro. Buscando demonstrar a relevância da distinção, assim se manifesta:

Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente, escravizado. Coação, entretanto, não é termo que englobe todas as formas de incapacidade. Se digo que sou incapaz de dar um pulo de mais de três metros ou que não posso ler porque sou cego ou não posso entender as páginas mais obscuras de Hegel, seria estranho dizer que estou sendo escravizado ou coagido até esse limite.¹⁰⁴

Essa noção é oriunda de Hobbes a quem coube formular um conceito de liberdade extraído da lei da física consistente na tendência dos corpos a permanecerem no estado em que se encontram, até que alguma força interfira em seu movimento. Essa noção foi aperfeiçoada para ser adequada às relações humanas e, portanto, o impedimento deixou de ser considerado qualquer obstáculo da natureza para ser admitido apenas nas situações em que a interferência é de origem humana.

Ainda que o autor insista na origem humana do impedimento como condição de negação da liberdade, há que se notar que nem todas as ações humanas que criam obstáculos ao curso da livre ação alcançam o valor de interferência bastante para impedir o gozo da liberdade, ou seja, impõem a proteção jurídica do bem e o afastamento do impedimento. Essa perspectiva traz implícito o conteúdo valorativo da noção de impedimento, uma vez que, na prática de um único ato, pode haver inúmeras interferências conjuntas que levariam, mesmo atuando separadamente, a produzir aquele resultado, mas nem todas elas são consideradas obstáculos suficientes cujo afastamento se imponha necessário para o gozo da liberdade.

Imaginemos um exemplo para melhor delimitação. Um estudante A, oriundo da rede pública de ensino escolhe exercer a profissão de médico, mas, ao inscrever-se no vestibular, por influência dos pais ou amigos, opta por prestar exames para ingresso em um curso para o qual a concorrência é menos acirrada. Tal escolha pode ter sido

¹⁰⁴ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 136.

influenciada também pelo descrédito em sua capacidade de concorrer para o curso tão disputado para o qual acorrem diversos estudantes provenientes de escolas particulares e que receberam, provavelmente, instrução de qualidade superior. A essa questão impõe-se a seguinte indagação: deixou o estudante A de exercer a liberdade negativa de escolha de profissão? Em sendo a resposta afirmativa, outra questão se apresenta: qual(is) impedimento(s) se opôs (opuseram) à consecução desse desiderato? Verifica-se o conteúdo valorativo do impedimento quando, diante de sua diversidade, ocupa-se o direito de afastar um e não outro, o qual se insere, em última análise, na relevância jurídica. Nesta situação específica, a influência paterna ou a dos amigos é circunstância que não se inscreve dentre aqueles impedimentos sujeitos a afastamento pelo direito, já que o Estado atribui a responsabilidade pela educação aos pais, concedendo-lhe pátrio poder e, portanto, direito e dever de aconselhamento.

A escolha de curso menos concorrido por descrédito na qualidade do ensino público, ao contrário, pode ser classificada como impedimento à liberdade constitucional de escolha de profissão em decorrência da valoração desse impedimento como suficientemente relevante para ser superado pelas regras da convivência, pois o óbice que se apresentou ao aluno é fruto da desigualdade em que ele se encontra relativamente a um outro proveniente da rede particular de ensino. Daí, ser possível inferir que o direito atrai essa escolha para o seu âmbito de atuação, buscando dar soluções que podem ir desde a aplicação de ações afirmativas de previsão de cotas¹⁰⁵ até efetivamente criar outro critério de ingresso em nível superior.

Ainda assim, não se descarta a ingerência do elemento psicológico e a falta de efetividade de qualquer medida que venha a ser tomada pelo direito. Como prova dessa assertiva, pode-se supor a possibilidade de o aluno, ainda que proveniente da rede pública de ensino fundamental e médio, acreditar em seus conhecimentos e resolver se inscrever no curso que ele efetivamente escolheu, ou mesmo que ele

¹⁰⁵ O projeto de Lei Federal n. 3.627/2004 prevê a instituição do sistema de reserva de vagas para estudantes oriundos de escolas públicas, para negros, pardos e indígenas. A Lei Estadual n. 3.708/2001 promulgada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro impõe cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso aos cursos de graduação oferecidos pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do norte fluminense.

não o faça ainda que com a garantia de cotas. Pode-se ir adiante para dizer que um aluno oriundo da rede particular de ensino também pode, por desacreditar em seu potencial ou nível de instrução, resolver inscrever-se em um curso para o qual haja menor concorrência. Essas circunstâncias não desmentem o fato real consistente na desigualdade de conteúdo entre as escolas apontadas e o critério de valoração desse fator como impedimento, uma vez que é função do direito corrigir injustiças.

Se é certo, como diz Berlin, que quanto maior a área sem interferência, mais liberdade se tem, não é menos verdadeiro que não se pode perder de vista a relevância jurídica do impedimento, pois se outras razões – de natureza tal que não se aponte como causadoras de desigualdade ou de outra consequência considerada injusta – afastam o estudante da profissão escolhida não se pode deduzir que ele não é livre para escolher, tendo a liberdade como direito fundamental.

A liberdade, em sua feição negativa, consoante ressalta Berlin¹⁰⁶, é aquela defendida pelos liberais, dentre eles, Mill, Tocqueville e Constant, os quais – embora tenham catalogado os direitos individuais de forma distinta – sustentaram a manutenção de um núcleo de interesses privados não sujeitos à interferência pela sociedade. Essa área mínima foi reconhecida pelas constituições ocidentais no período em que se seguiu à Independência Americana e à Revolução Francesa. É uma construção, como dito anteriormente, da doutrina do direito natural com inspiração iluminista.

Há que se destacar ainda que sustentam os liberais a preservação de uma esfera privada mínima e absoluta em que nem o Estado nem ninguém pode interferir. Inicialmente, estabeleceu-se como garantia contra as ingerências do Estado absoluto, mas foi se aperfeiçoando como direito oponível contra todas as pessoas. Surge disso a necessidade de delimitação do conteúdo de esfera privada.

John Stuart Mill, pensador inglês liberal, que viveu no século XIX, defendeu a liberdade moderna, mais propriamente, as liberdades individuais ou negativas

¹⁰⁶ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 26.

(segundo acepção formulada por Berlin)¹⁰⁷, respaldando toda a sua construção teórica em dois preceitos fundamentais: o primeiro consistente na preservação de uma esfera privada livre da interferência do Estado ou de outrem; e o segundo na responsabilidade do indivíduo perante a sociedade por aquelas ações prejudiciais aos interesses alheios¹⁰⁸. Além disso, elegeu a liberdade de pensamento e de discussão como condição da diversidade e essa como elemento crucial do desenvolvimento.

Na esteira desse pensamento, alerta para os perigos da opressão da maioria, não apenas nas questões políticas, mas também nos gostos e preferências, apontando a necessidade de preservação da individualidade. Para tanto, ressalta a importância da escolha dos critérios autorizativos da interferência legítima da sociedade no modo de ser do indivíduo. Na visão do autor, os homens são diferentes em inúmeros aspectos e ainda que somente o fossem apenas nos gostos, seria suficiente essa circunstância para dar-lhes tratamento distinto. Assim como as plantas não produzem com o mesmo vigor em diferentes terrenos, os homens não se adaptam aos mesmos costumes, sendo fator, em algumas situações, de impedimento ao seu pleno desenvolvimento e, nesse sentido, de toda a sociedade.

Na introdução daquela obra, Mill evoca a proteção contra danos causados pelos indivíduos aos outros como único princípio justificador das interferências da sociedade na liberdade de agir de alguém. Nem para garantir o próprio bem do indivíduo, estaria alguém autorizado a coagi-lo a adotar certa conduta. As palavras de Mill são contundentes na defesa da autonomia privada, sustentando que a única parte da conduta pela qual o indivíduo responde perante a sociedade é a que diz

¹⁰⁷ Berlin acentua que ele não foi o primeiro a utilizar as expressões negativa e positiva para classificar a liberdade. É verdade, pois Kant, bem antes dele, faz essa distinção, mas o mérito de Berlin foi identificar o conflito entre a liberdade como decisão e liberdade como atuação em dada esfera, ou seja, a quem cabe a escolha e o conteúdo da esfera privada, embora a fragmentação não tenha sido bem sucedida, pois esses dois sentidos são momentos distintos, porém sucessivos e dependentes. (BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981)

¹⁰⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 137.

respeito aos outros, tendo em vista que sobre o seu “próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”¹⁰⁹.

Adiante ele faz algumas ressalvas, tais como a necessidade de proteção, pelo Estado, dos interesses dos incapazes e da circunscrição, nos atos sujeitos à intervenção, daquelas condutas não apenas negativas (não causar danos), mas também positivas (auxiliar o outro em caso de necessidade). A sua doutrina se alicerça na racionalidade humana e na capacidade de que é dotado o indivíduo de se autodeterminar, em suma, no conceito iluminista de maioria do homem, ou seja, na capacidade de utilização de sua razão prática. Para isso, recorre à defesa da liberdade absoluta do indivíduo quando sua ação não diz respeito aos outros. No último capítulo, propõe algumas aplicações de seus preceitos, fundando-se sempre na noção de que o homem não pode sofrer coação, sob qualquer justificativa, quando sua conduta não trazer prejuízo para os demais.

Razão, liberdade, individualidade e diversidade são os elementos-chave para a compreensão da doutrina milliana. Sendo a razão o ponto distintivo entre os homens e os demais seres vivos, é de esperar que eles não sigam apenas instintos como se fossem gado e que também não se amoldem aos costumes como se fossem destituídos de intelecto e de razão suficiente para saber o que lhe convém. Para tanto, necessária é a preservação da liberdade, naquilo em que não concerne aos outros, como garantia da individualidade (expressão da personalidade sem impedimentos) e essa somente se manifesta quando se aceita a diversidade como condição da natureza humana. Ao mesmo tempo, a diversidade é condição do

¹⁰⁹ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 53. Na página 97 da mesma obra, o autor ressalta o critério de interferência na conduta e na maior de suas premissas, qual seja, a diversidade: “A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros. Mas, se se abstém de molestar os outros no que lhes concerne, e meramente age segundo a própria inclinação e julgamento, em assuntos que dizem respeito a ele próprio, as mesmas razões que demonstram dever a opinião ser livre, provam também que se lhe deve permitir, sem o importunar, levar à prática as suas opiniões à própria custa. Que os homens não são infalíveis; que as suas verdades, pela maior parte, são meias verdades; que a unidade de opinião, a não ser quando resulta de se compararem, da forma mais ampla e livre, opiniões opostas, não é desejável, nem a diversidade constitui mal, e sim um bem, até que a humanidade seja muito mais capaz do que no presente, de reconhecer todos os aspectos da verdade; eis princípios aplicáveis aos modos de ação dos homens não menos que às suas opiniões.”

aperfeiçoamento. A uniformidade¹¹⁰, por ele chamada de “mediocridade coletiva”, impede o desenvolvimento e o progresso. Em inúmeras passagens revela esse pensamento. Numa delas, assenta que “o despotismo dos costumes é por toda a parte o obstáculo constante ao avanço da humanidade, pela incessante oposição à tendência chamada, segundo as circunstâncias, espírito de liberdade ou espírito de progresso ou aperfeiçoamento”¹¹¹.

Na verdade, a liberdade, quando visualizada no sentido negativo, consoante exposto por Berlin, é consistente com a área de atuação do sujeito, por isso ele associa à sua verificação a pergunta correspondente ao campo em que o agente pode atuar sem interferências, já que a amplitude de meios, de oportunidades, de portas abertas, enfim de possibilidades é inversamente proporcional ao número de impedimentos, daí ele dizer que quanto menor, qualitativa ou quantitativamente, a interferência maior a liberdade negativa. Quando ele disse que a liberdade consistente “em ser-se amo e senhor de si mesmo e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher o que quero”, são apenas modos negativo e positivo de expor a mesma coisa¹¹² quis acentuar o lado negativo da liberdade – a qual exige para sua realização que o outro não imponha impedimento a ela – e sua contra face positiva, caracterizada pela atuação do agente. Veremos adiante que o que Berlin chama de sentido negativo nada mais é, para nós, do que a condição de realização da liberdade.

Alexy¹¹³ também expôs sua compreensão da liberdade negativa, apontando a distinção entre ela e a positiva na determinação ou não da ação. Ambas as

¹¹⁰ “Não é fazendo desvanecer-se na uniformidade tudo o que existe de individual dentro de nós, e sim cultivando-o e estimulando-o, dentro dos limites impostos pelos direitos e interesses alheios, que os seres humanos vêm a ser um belo e nobre objeto de contemplação. E, como as obras participam do caráter dos seus autores, a vida humana se torna, com isso, variada e excitante, fornecendo maior cópia de alimento aos pensamentos sublimes e aos sentimentos que elevam, e fortalecendo o laço que une cada indivíduo à espécie, por fazê-la infinitamente mais digna de se lhe pertencer. Na proporção em que se desenvolve a individualidade, cada pessoa se torna mais valiosa para si mesma, e, portanto, capaz de ser mais valiosa para os outros.” (MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 104)

¹¹¹ *Ibidem*, p. 111.

¹¹² BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 142.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 213.

liberdades, para ele, se subsumem à relação triádica entre o sujeito, o impedimento e a ação, diferindo somente no objeto da liberdade, que, para a primeira, é uma “alternativa de ação”, enquanto que a segunda consiste numa ação determinada.

3.1.1 A origem hobbesiana da liberdade como não-impedimento

Inspirado na geometria de Euclides e na física de Galileu, Hobbes construiu um conceito mecânico de liberdade consentâneo com o movimento sem impedimento. A matematização da natureza foi o método que encontrou, fundado na geometria euclidiana, para explicar os acontecimentos, inclusive a formação do Estado, a partir da inserção deles em um espaço geométrico infinito e homogêneo composto. Para ele, todo o universo é regido de forma unívoca pelo princípio da inércia, segundo o qual todos os corpos tendem a permanecer no estado em que se encontram, a não ser que alguma força, que não lhes é inerente, atue sobre eles¹¹⁴. Assim, repouso e movimento, por serem contingentes, desnecessários e substanciais, são relativos, implicando dizer que um corpo somente se encontra em movimento em relação a um outro que se encontra em repouso. O movimento é explicado como um estado cinético em que há a passagem de um ponto geométrico para outro, sem qualquer alteração da substância do corpo.

Essas premissas são importantes para entender sua concepção de liberdade como movimento, assim como a visualização das leis da natureza. É de notar-se que a concepção geométrica do espaço supõe os seguintes pressupostos: a) isolamento das condições físicas e materiais na apreensão dos objetos; b) adoção de espaço geométrico homogêneo; c) contingência dos estados de movimento e de repouso¹¹⁵.

Essa transposição da realidade para o mundo teórico contraria as teses aceitas na época, tributárias da física aristotélica, que adotavam como verdadeiros os teoremas

¹¹⁴ “Nesse sentido, o movimento não altera nem produz qualquer modificação nas qualidades essenciais de um corpo que se encontra nesse estado cinético, pois o movimento e o repouso são estados eventuais de um ser, não estando associados à sua natureza.” (BERNARDES, Júlio. **Hobbes e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 14)

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

extraídos da experiência bruta, aproximando suas conclusões daquelas deduzidas do senso comum¹¹⁶. Hobbes não desprezava os dados empíricos na elaboração do conhecimento, mas sua busca incessante em criar uma teoria da ciência que não obtivesse dados contingentes, mas sim universais, levou-o a submeter às leis da causalidade natural todos os acontecimentos, sejam eles físicos, morais ou políticos. Para Hobbes, o mundo pode ser explicado através do movimento e, quando se isola o corpo de qualquer impedimento físico, fala-se que ele é livre. Sob o signo do princípio de inércia, deduz-se que os corpos permanecem no estado em que se encontram – movimento ou repouso –, desde que uma força atuante não crie obstáculos a essa condição.

A concepção hobbesiana de liberdade, adotando como ponto de partida o movimento dos corpos, está visceralmente associada a não-impedimento. Dessa construção mecanicista decorrem todas as demais elaborações teóricas acerca da liberdade, seja em sua manifestação física (as águas do rio correm livremente se não houver barragens ou diques que as condicionem ou impeçam o seu movimento), seja em sua acepção política (os súditos são livres para agir naquelas situações em que não houver proibição ou constrangimento por parte do soberano).

Ademais, a exterioridade é condição determinante para a compreensão do movimento como fator extrínseco à natureza do objeto. Essa elaboração, no entanto, quando aplicada à teoria da gênese do Estado em Hobbes, traz conseqüências importantes para a interpretação da liberdade à luz da política e do direito. Pode-se vislumbrar que, ao se distinguir a incapacidade da falta de liberdade – sustentando que se houver impossibilidade física de movimento, resultante, por exemplo, de uma paralisia ou qualquer outra deficiência, não se pode concluir que a pessoa não é livre para andar, mas que sua incapacidade não permite a locomoção¹¹⁷ –, há implícito o compromisso formal da liberdade, visto que adota conceito que não formula qualquer indagação acerca do obstáculo real, ou seja, assume a falta de liberdade como resultante de alguns obstáculos admitidos como tais.

¹¹⁶ BERNARDES, Júlio. **Hobbes e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 16.

¹¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 129.

Disso se deduz que, ao tomar a lei de inércia como princípio primeiro de sua filosofia, associou a idéia de movimento a todos os acontecimentos, classificando-o como vital e animal. O primeiro se inicia com o nascimento e permanece enquanto houver vida (circulação sangüínea, respiração, digestão etc) e o segundo, também chamado de voluntário, é aquele que depende da imaginação¹¹⁸, tais como: andar, comer, falar, mover os membros¹¹⁹.

A idéia de movimento também é derivativa da relação de causalidade que rege os fenômenos naturais, pois se todos os corpos tendem a permanecer no estado em que se encontram (repouso ou movimento), a passagem de um para o outro é explicada pela leis da causalidade, ou seja, o corpo deixou o estado de repouso e iniciou o movimento em decorrência de uma força, que é sua causa.

Atingimos agora o núcleo fundamental da teoria hobbesiana da liberdade. Partindo da noção geométrica de espaço e de associação ao princípio de inércia, construiu Hobbes a idéia de que, uma vez em movimento, o corpo permanece neste estado eternamente (a não ser que algum obstáculo surja e o impeça)¹²⁰, sendo uma tendência do organismo esse movimento vital, ou seja, de preservação da vida. Desta forma, o organismo humano tende a permanecer em movimento constante, num inextricável processo de realização da vida em que é fundamental a atuação conjunta da circulação, da digestão, da respiração, das células nervosas e demais sistemas. Mantê-lo significa permanecer em movimento. Estagná-lo quer dizer impedir sua livre realização e levá-lo à morte.

O homem, assim como os demais corpos são conhecidos por uma característica substancial que é a extensão. Daí decorre sua finitude. Sendo finito o homem, ele

¹¹⁸ Hobbes chama de imaginação “uma sensação diminuída”, sendo encontrada tanto nos homens quanto em outros seres vivos. Para ele, o movimento é precedido de pensamento anterior relativo a como, onde, porque, sustentando, como resultado disso, que a imaginação é a condição interna dos movimentos voluntários. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 32).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 11.

não consegue conceber nada que seja infinito¹²¹. Portanto, essa limitação corpórea forceja por preservar sua individualidade e unidade, contra os perigos de desagregação e conseqüente sucumbência. Imaginando que bens necessários para a sua satisfação são igualmente finitos e não podendo precisar acerca de sua abundância ou escassez, imagina que a melhor forma de se precaver e de evitar a necessidade é prover-se deles em demasia.

À conta disso, a preservação de seu movimento vital (circulação sangüínea, respiração, digestão etc), aliado à presunção de finitude de bens, leva o homem a lutar por sua vida. Por outro lado, sendo eles iguais¹²², acredita cada um que o outro pode lançar mão de todos os bens, deixando-o desprovido dos meios de sua subsistência. Disso decorre que, sendo os homens regidos pela lei da natureza que ordena que se preserve a vida¹²³, nasce daí o direito de natureza como a “liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida, e, conseqüentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”¹²⁴. Para ele, a distinção entre direito de natureza e lei de natureza reside nas peculiaridades que separam o *jus* da *lex*, pois enquanto o primeiro consiste em liberdade, a segunda obriga a uma conduta.

Extraem-se claramente dessas assertivas três conclusões importantes: a primeira é a supremacia do valor vida; a segunda a derivação do conceito de liberdade a partir do princípio de inércia; e a terceira a antinomia entre lei e liberdade, uma vez que,

¹²¹ Assim se manifesta no capítulo III do *Leviatã*: “Seja o que for que imaginemos é finito. Portanto não existe qualquer idéia, ou concepção, de algo que denominamos infinito. Nenhum homem pode ter em seu espírito uma imagem de magnitude infinita, nem conceber uma velocidade infinita, um tempo infinito, ou uma força infinita, ou um poder infinito. Quando dizemos que alguma coisa é infinita, queremos apenas dizer que não somos capazes de conceber os limites e as fronteiras da coisa designada, não tendo concepção da coisa, mas de nossa própria incapacidade.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 19)

¹²² “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora, por vezes, se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.” (*Ibidem*, p. 74)

¹²³ *Ibidem*, p. 78.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 78.

para Hobbes, consiste a liberdade dos súditos na possibilidade de praticar as ações não proibidas e que não foram tornadas obrigatórias pela lei.

A lei de natureza consistente na proibição de destruição da vida, quando trazida para a formação da sociedade política, adquire o seguinte significado: toda comunidade formada de homens tende à preservação do bem maior que é a vida, porque a comunidade é formada de seres individuais que possuem essa tendência natural de luta pela continuidade do movimento vital.

A partir dessa construção, Hobbes teoriza a gênese do Estado, justificando a passagem da liberdade no estado natural (ausência de impedimentos externos à consecução do que se deseja fazer) para a liberdade civil. Em sua argumentação, sustenta que os homens renunciam à liberdade sem limites em troca da paz. A conquista da paz é a primeira lei da natureza, revelada pela razão, pois, segundo ele, vivendo em estado constante de guerra, o homem não logra satisfazer suas necessidades, mesmo cercando-se de medidas de proteção, haja vista que a ameaça constante dos seus pares pode ser deduzida racionalmente das seguintes premissas, a saber: sendo os homens iguais, possuem o mesmo direito à liberdade de adotar todos os meios necessários para a preservação da vida, bem como idêntica capacidade de lesar os seus semelhantes, usurpá-los e pilhar seus bens; e a finitude de bens leva a uma constante guerra em busca da provisão dos mesmos, a fim de evitar-se a necessidade. Assim, o estado de guerra é uma condição presumida pela razão, “onde está sempre suposta, segundo a igualdade natural, a possibilidade de morte violenta”¹²⁵, levando os indivíduos a criarem o Estado, como medida de preservação da vida.

Para chegar à conclusão de que o homem vive em estado de guerra, Hobbes adentra na natureza humana. De acordo como autor, os homens não sentem prazer na companhia dos outros (contra a posição sustentada por Aristóteles, segundo a qual o homem é um ser gregário), pois desejam sempre subjugar uns aos outros, permanecendo em estado latente de desconfiança, competição e vaidade. Os seres

¹²⁵ BERNARDES, Júlio. **Hobbes e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 41.

humanos supõem que os semelhantes possam atacá-los; competem pelos bens da vida e desejam a glória¹²⁶.

Em passagem interessante, Hobbes¹²⁷ procura comprovar suas assertivas sobre a natureza humana, traçando caracteres comuns da convivência. Diz que os homens fecham suas portas e trancam seus cofres receando que outros os ataquem, bem como adota outros procedimentos típicos de quem desconfia do próximo, circunstância incompatível com a pretensão de sustentar-se a natureza boa e generosa do ser humano. Segundo ele, essa manifestação clara a respeito dos homens não deveria ofendê-los, já que não são as palavras mais injuriosas do que os atos daqueles que se munem de aparatos contra seus compatriotas.

Em suma, liberdade em excesso inviabiliza a vida, que é o bem maior a ser preservado pelos seres humanos, sendo plausível que se deduzam algumas leis derivativas da lei geral a qual proíbe que a pessoa destrua a sua própria vida. São elas: procurar a paz; renunciar à liberdade, na mesma medida que os demais; cumprir os pactos; ser grato; ter complacência; perdoar e outras tantas decorrentes da lei geral de preservação da vida¹²⁸.

Para Hobbes, somente é válida a renúncia quando se obtém algo em troca. Pode-se visualizar, na passagem do estado natural para a sociedade civil, a substituição da liberdade plena no estado de guerra pela segurança e preservação da vida. Para isso, é necessário que se escolha uma pessoa artificial dotada de poder para fazer valer as deliberações tendentes à pacificação da comunidade, uma vez que, ante a inexistência de leis civis, no estado de natureza, não há possibilidade de aferir-se a justiça dos atos nem de distinguir-se o bem do mal.

Da liberdade natural, mecânica e absoluta como não-impedimento para a liberdade no Estado, transfere-se a soberania, ou seja, a autoridade na determinação das

¹²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 75.

¹²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 76.

¹²⁸ *Ibidem*, cap. XV.

ações. A autoridade do soberano tem como fundamento a preservação da paz entre os súditos, evitando, através da coerção de leis civis, que eles se destruam. “O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual devemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita”¹²⁹. São essas as palavras de Hobbes ao iniciar o capítulo XVII do *Leviatã*.

Ontologicamente instituído como uma pessoa com poderes de usar a força e todos os recursos necessários para a manutenção da paz e da defesa comum¹³⁰, o Estado de Hobbes tem sua origem na reunião da multidão, a qual, mediante pactos recíprocos, autoriza todos os atos e decisões como se fossem próprios. Dessa instituição nascem todos os direitos do Estado, que recebe a soberania consentida por seus súditos. Em troca da preservação da vida e pela manutenção da paz, o que parece razoável para qualquer ser transfere-se ao soberano, naquele ato, todos os direitos dos súditos. E o que resta de liberdade, então? Permanece aquela decorrente do não-impedimento, ou seja, aquela que se manifesta de forma residual: quando não há proibição ou constrangimento, há liberdade para o súdito.

Em suas preleções, afirma que, diante de impossibilidade de a lei regular todos os comportamentos humanos, tem o homem liberdade de agir conforme sua deliberação naquilo em que a lei for omissa. Em seguida, delimita a liberdade dos súditos, reconhecendo-a para aquelas situações em que o soberano permitiu, tais como: “a liberdade de comprar e vender, ou de modo realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor e coisas semelhantes”¹³¹.

Mais adiante, Hobbes prevê duas hipóteses de conflito entre soberano e súdito: uma em que ambos litigam com fundamento na lei, situação em que o súdito tem o direito de exigir que, na decisão, se aplique a lei; e outra quando discutem em função do

¹²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 106.

¹³¹ *Ibidem*, p. 131.

exercício do poder do soberano, hipótese em que se subentende que todos os atos do soberano são autorizados pelo súdito, através do pacto que renunciou à liberdade em troca da paz. Esse pacto, no entanto, não é absoluto, mas, ao contrário, sofre algumas restrições quanto àqueles direitos que não são transferidos, tais como: o direito de o súdito defender sua própria vida ou o direito à não confissão de crimes. Assim, os súditos têm liberdade em tudo aquilo que não pode ser objeto de renúncia, a saber: recusar-se a si próprio, visto que o pacto é deduzido da autorização expressa combinada com o fim pacificador para o qual concorreram as vontades renunciantes dos súditos. Do exposto, deduz Hobbes que é nula a cláusula contratual em que o súdito se compromete a matar-se. A liberdade em Hobbes pode ser exercida nas seguintes situações: defesa da vida e do direito de não confessar crime; atos permitidos pelo soberano; fatos não previstos na lei (permissão negativa).

Resumindo os pontos principais da teoria hobbesiana, é perceptível que sua teoria mecânica da liberdade fundada na lei da inércia tem como critério de validade o método das ciências da natureza e, por isso, associou a liberdade ao agir desimpedido, como se o ser humano não decidisse antes de agir. Também é importante destacar os resultados desse conceito para o direito, segundo o qual a liberdade se inscreve naquele espaço vazio onde não há lei, porque se o homem tende a se movimentar sem destino até que uma força o detenha, a lei, que representa essa força contrária (mandado ou proibição), é um impedimento.

3.2 A LIBERDADE POSITIVA

A liberdade positiva foi historicamente relacionada ao modo de organização política da *oólis* grega. Está associada à democracia, à participação política dos cidadãos na elaboração das leis, concepção que subjaz à noção de que livre é aquele que não é dirigido por outrem. Foi classificada por Constant como a liberdade dos antigos. O

sentido positivo de liberdade, segundo Berlin, “tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor”¹³². De forma enfática manifesta-se o autor:

Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem, por assim dizer, a partir de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, auto conduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar o papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las.

A liberdade em sentido positivo encarna a autonomia, o poder de fazer escolhas ou de seguir leis para as quais se deu assentimento. Desde os romanos é corrente a noção de liberdade oposta à de escravidão, tendo-se como escravo todo aquele que é dirigido por outrem e, nesse sentido, como escravo o povo que é governado por um tirano. Esse pensamento surgiu, inicialmente, para exigir-se a cumplicidade de interesses entre soberano e povo, partindo-se da premissa de que a vinculação daquele a regras que convergissem para a soberania popular resultaria na verdadeira liberdade.

O homem visto como fim e não como meio é o verdadeiro fundamento desse sentido, vez que, seguindo a trilha do pensamento kantiano, é dotado de razão prática que é a capacidade de a vontade determinar a escolha para a ação¹³³. A doutrina liberal que subjaz ao seu pensamento é deduzida de sua ênfase no indivíduo, mas a noção filosófica de liberdade é perfeita, porque não a distingue entre decisão e ação, antes, porém, as considera como momentos de uma mesma capacidade racional humana. Bobbio circunscreve a liberdade positiva no querer. Nisso reside uma confusão de ordem empírica que nasce da evidência de que os homens são racionais. Distinguir o querer do agir é o mesmo que considerar que os homens agem, de alguma maneira, sem que escolhas precedam suas atitudes.

¹³² BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 142.

¹³³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 63.

Berlin, associando a liberdade positiva à democracia¹³⁴ – opinião não de todo acertada já que a democracia é a expressão apenas coletiva da liberdade positiva –, entende que Mill confunde os dois sentidos de liberdade, quando assevera que “nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se nela não se respeitam, em geral, essas liberdades”¹³⁵ (aquelas defendidas em sua liberdade, consistente, principalmente na ampla discussão e expressão de pensamento). Prossegue, dizendo que Mill, ao considerar incompatível a liberdade com regimes nos quais não haja autogoverno exacerba a perspectiva da liberdade sob a óptica da área de controle, ao invés de sua fonte, sentidos que não estão necessariamente implicados, uma vez que, sob o ponto de vista lógico, há compatibilidade entre um regime autocrático e a garantia de certas liberdades individuais.

Decerto que Mill não faz distinção entre fonte de autoridade e área não sujeita a impedimento, o que levou Berlin a sustentar que ele incorreu em confusão quanto aos dois conceitos. Talvez Mill estivesse um passo à frente de Berlin, por considerar que o homem, dotado de racionalidade, deveria ser o próprio autor de suas escolhas naquilo que concernia aos seus interesses, autorizando-se intervenção da sociedade apenas para proteger os demais contra possíveis danos. Ora, essa construção, partindo do homem como ser que se auto governa, não pode ser classificada como liberdade negativa apenas porque Mill era liberal e defendia a preservação de esfera da vida privada isenta de interferências pela sociedade. O que necessário ressaltar é que não é possível, dentro de uma abordagem ética, dissociar ação de escolhas, como pretendem Bobbio e Berlin.

Sendo defensor da diversidade e da individualidade como atributos naturais, Mill não dissocia escolhas de área de atuação, uma vez que a racionalidade, qualidade primeira e última, permeia toda a sua construção. Segundo o autor, a liberdade está visceralmente relacionada a escolhas e, no que concerne ao indivíduo, a escolha cabe a ele, consoante restou evidenciado de forma clara nesta passagem:

¹³⁴ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 141.

¹³⁵ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 56.

Nem apenas as pessoas de decidida superioridade mental possuem justo título a orientarem a vida de uma maneira autônoma. Não há razão para que toda a existência humana se construa por um só modelo, ou por um pequeno número de modelos. Se se possui tolerável soma de senso comum e de experiência, o modo próprio de dispor a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas porque é o próprio.¹³⁶

Por isso, não há contradição na aparente confusão operada por Mill, ao conceber a liberdade dos liberais – para a qual a concepção jusfilosófica acenou com a expressão liberdade negativa ou liberdade dos modernos – como autogoverno, noção que tomou o sentido histórico de escolhas políticas e, mais propriamente, escolhas levadas a cabo pela maioria, essa maioria tão indigesta de que falava Mill, a qual, segundo ele, era responsável pela mediocridade popular e pela imposição de costumes uniformes que transformavam os homens em autômatos.

O fato de ter-se associado historicamente o sentido de liberdade positiva a escolhas coletivas não muda o critério utilizado para distingui-la da liberdade negativa, qual seja, a fonte de autoridade, de forma que, em se tratando de escolhas, pode-se falar de decisões individuais ou coletivas. Se apenas, neste último modelo, foi tomada a liberdade positiva, não se pode concluir que as escolhas individuais estejam inscritas na liberdade negativa, mas podemos deduzir que, nesse âmbito, devemos nos ater aos limites da dogmática jurídica.

De fato, quando falamos de escolhas individuais, entramos no emaranhado das liberdades negativas. Esse é o verdadeiro ponto de divergência política. Não se pode daí deduzir que os sentidos da liberdade engendraram essa fissura, fazendo daí surgir os defensores de uma ou de outra forma de liberdade.

Tal desencontro sempre existiu nas formas dicotômicas sociedade/indivíduo, individual/coletivo, público/privado. Não adianta agora disfarçá-lo, sustentando que existem dois modos de se conceber a liberdade. Existe um apenas e somente assim pode ser concebida como direito fundamental.

¹³⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 109.

3.3 A VISÃO CRÍTICA DESSA DICOTOMIA

As visões parciais dificultam o estudo do fenômeno em toda a sua complexidade, mas a fragmentação, muitas vezes, possibilita a visualização necessária para a apreensão dos aspectos integrantes do seu conceito, com vistas à sua posterior inserção na dialética dos acontecimentos, para, posteriormente, tentar se extrair um conceito válido. É como se quiséssemos apreender o fenômeno em todas as suas possibilidades e, diante da dificuldade de realização desse desiderato, imposta pela velocidade impressa pela ação, déssemos uma tomada para paralisá-la, permitindo, assim, a análise dele. Tornando-o estático, a percepção da complexidade dos fatores que nele atuam, é sensivelmente reduzida.

Como objeto de abordagem política, ou seja, quando mirada na perspectiva indivíduo/organismo ou súdito/Estado, grande discussão surgiu em torno da liberdade, a partir da dicotômica construção de seu conceito que ora privilegia as liberdades individuais conquistadas a partir da Revolução Francesa com inspiração no liberalismo burguês – que deve suas origens mais próximas ao pensamento humanista que imperou entre os séculos XIV e XVI, bem como ao Renascimento, momento histórico que enaltece as aptidões e virtudes do homem nas artes e em outras esferas da vida social e, finalmente, ao século das luzes, cuja doutrina elevou o homem ao pódio mais alto que pretendia atingir como ser dotado de razão –, ora põe em relevo a liberdade em sua manifestação coletiva, ou seja, como participação política, dando-se prioridade aos interesses da coletividade, sob o fundamento de que a parte deve ceder ao todo, principalmente porque ele possui permanência enquanto ela é contingente.

Pode-se dizer que até hoje não se superou a dicotomia entre indivíduo e sociedade, entre liberdade individual e comunidade, entre direitos oponíveis contra o Estado, buscando-se um não fazer por parte dele e direitos frente ao Estado, invocando-se atuação positiva dele, com vistas à concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade. Em torno dessa questão, militam grandes pensadores, uns, tal qual Constant, Mill e Tocqueville, realçando a necessidade de uma esfera individual

em que o Estado não pode absolutamente se imiscuir, outros tais como Rousseau e Hegel, defendendo uma teoria organicista da sociedade.

Embora tenha dito Berlin que a liberdade é o poder de escolhas e que a fonte de autoridade e a área de controle são modos, respectivamente, negativo e positivo de conceber a liberdade, admitiu que essas duas noções foram tomando caminhos distintos ao longo da história política da humanidade, de forma que o autogoverno (liberdade positiva) abriu caminho para a tirania e a manifestação sem interferência deixou um rastro de desigualdades e de opressão do forte pelo fraco. Indivíduo e coletividade, liberalismo e democracia subjazem à problemática, denunciada por Berlin, para cuja compreensão apresenta os conceitos de liberdade negativo e positivo. Esse pensamento é bem expresso na seguinte passagem:

A ênfase na liberdade negativa, como regra geral, permite maiores possibilidades a indivíduos e grupos; a liberdade positiva, como regra geral, permite menores possibilidades, mas com melhores razões ou maiores recursos para que sejam concretizadas; as duas podem ou não colidir.¹³⁷

A prevalência do conceito de liberdade nas escolhas, segundo Berlin, também deixa margem para, numa deturpação da democracia, atribuir-se capacidade a apenas algumas pessoas, sob o pretexto de serem elas detentoras da razão, para tomarem decisões pelo todo. Algumas teorias foram desenvolvidas, dentre elas aquela que propugna pela existência de dois “eus”, um empírico e outro real, em que o primeiro não era dotado de razão suficiente para saber qual a melhor escolha e que a liberdade era exercida quando o eu verdadeiro tinha hegemonia sobre o empírico¹³⁸.

O estudioso ainda acusa os racionalistas de propugnarem por uma única vertente da razão, aquela que não permite outra decisão senão aquela escolhida como racional. Para distinguir o que é racional e o que é irracional, essa doutrina levou a exageros e à tirania, instaurando o ideal de um Estado paternalista, como se os humanos irracionais deveriam ser guiados por alguém dotado de capacidade de discernimento do racional.

¹³⁷ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 33

¹³⁸ *Ibidem*, p. 143.

O excesso de proteção do Estado restringe, também, a liberdade, na medida em que retira a produção de mecanismos psicológicos de superação de eventual incapacidade ou mesmo, habilidades e desafios, fazendo nascer daí uma relação paternalista de tomada de decisões e a inevitável indagação: quem duvida da capacidade de qualquer pessoa de tomar, no que diz respeito a ela, a melhor decisão sozinha? Afinal de contas, nem a experiência pode trazer a certeza das melhores escolhas, nem a história pode revelar qual a decisão correta.

Do mesmo modo, o autor acredita que o excesso de liberdade negativa tem sido a causa de grandes males sociais, quando afirma que

a defesa da não-interferência (como o “darwinismo social”) foi naturalmente usada para apoiar posições políticas socialmente destrutivas que armavam os fortes, os violentos e os inescrupulosos contra os benevolentes e os fracos; os capazes e impiedosos contra os menos dotados e os menos afortunados.¹³⁹

Berlin¹⁴⁰ associa a liberdade negativa à liberdade dos modernos e ao liberalismo, por um lado; e a liberdade positiva à liberdade dos antigos e à democracia, por outro. Mas, na verdade, se formos à essência dos dois sentidos de liberdade construídos pelo estudioso, veremos que a liberdade positiva, ao responder a pergunta “por quem sou governado?”, é posta no cerne da discussão entre liberalismo e democracia, uma vez que nela se insere a investigação acerca de a quem concerne a vida privada, ou melhor, quem decide sobre ela.

A liberdade negativa, por sua vez, ao redargüir a questão de qual esfera de ação se isenta de interferência, se inscreve na discussão entre liberais e comunitaristas do ponto de vista da dimensão ou conteúdo dessa área privada. Portanto, a liberdade negativa e a positiva, consoante construção formulada por Berlin, não se associa, respectivamente à liberdade dos modernos e à liberdade dos antigos, mas ambas as perspectivas (negativa e positiva) estão contextualizadas na liberdade sob o modo de pensar liberal, senão vejamos.

¹³⁹ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 25.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 22.

Como dito anteriormente, o liberalismo assenta sob a concepção de mínima interferência e de legalidade, tendo descortinado o elemento nuclear dela que é a pertinência, ou seja, o liberalismo busca demonstrar que aquilo que concerne ao indivíduo deve ser objeto de escolhas individuais, cabendo ao Estado regular o que concerne ao todo. O conteúdo desta esfera privada decantadamente liberal foi sendo objeto de discussão a partir da crise do capitalismo e da visualização da necessidade de proteção de bens de interesse social, deixando de ser nítida a separação que demarcava os limites entre o público e o privado e que foi o cerne da discussão entre antigos e modernos. Com a fluidez da esfera privada, surge a discussão sobre a dimensão dessa área e é, neste contexto, que se insere a problemática entre liberais e comunitaristas, cujo núcleo é a liberdade sob a feição negativa.

Assim, liberdade positiva não equivale à liberdade dos antigos e liberdade negativa à liberdade dos modernos, antes, porém, a dimensão positiva é o cerne da problemática entre antigos e modernos e a negativa subjaz ao conflito entre liberais e comunitaristas. Em ambas as discussões, portanto, verificamos a questão de saber a quem cabe decidir, só que, no primeiro embate, a esfera privada está bem definida, ficando fora de dúvida a legitimidade para decisão e, na segunda, há que se delimitar a área que concerne a cada um, ou seja, a pertinência, isto porque, consoante veremos adiante, entre súdito e Estado há uma relação de poder e, conseqüentemente, a atuação privada exclui a interferência do Estado, enquanto entre indivíduo e comunidade há uma confluência de liberdades, em que a visão liberal deve sofrer restrições para atender a outros valores. Esse é o mérito do liberalismo, esclarecer de vez o conceito de liberdade, embora os autores façam associação entre ele e a liberdade negativa apenas.

Na verdade, aceitou-se essa dicotomia como solução para as divergências entre liberais e democratas acerca da liberdade, sem que se indagasse da possibilidade de convivência desse duplo conceito. Há quem a estenda à divergência entre Estado de direito e Estado democrático¹⁴¹ e também quem a leve para a ambivalência do conceito de democracia, atribuindo ao modo de encarar a liberdade o critério de

¹⁴¹ CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999, p. 28.

distinção daquela forma de governo adotada pelos antigos e pelos modernos¹⁴². Isso demonstra o grau de aceitação da teoria criada por Constant, ao distinguir a liberdade dos antigos da liberdade dos modernos. Na verdade, é mais cômodo, quando estamos diante de um problema conceitual, em que a adoção de um nega ou invalida a verdade trazida pelo outro, preferimos uma saída que nos afaste do conflito e, conseqüentemente, da solução.

Também Alexy¹⁴³ dicotomizou as liberdades sob o signo do racionalismo, quando apontou como critério de distinção a determinabilidade das ações:

No conceito positivo de liberdade, existe uma relação de tipo especial entre o impedimento da liberdade e o objeto da liberdade, a ação necessária ou razoável, ou seja, correta. Quando o impedimento desaparece, não existe outra possibilidade a não ser a de realizar a ação correta; ela é então necessária. Esta relação pode estender-se ao titular da liberdade. Quando o titular da liberdade é liberado dos impedimentos à liberdade e, neste sentido, é uma pessoa livre ou razoável, então realiza necessariamente a ação correta. Ao mesmo tempo que se constata que uma pessoa que é livre de impedimentos à liberdade é uma pessoa que se determina, segue que uma pessoa autônoma faz justamente uma coisa, ou seja, o correto.¹⁴⁴ (Tradução nossa)

A liberdade negativa, por sua vez, é caudatária da tentativa de explicar a liberdade com os teoremas aplicáveis ao mundo físico, por isso o seu conceito é elaborado nos estreitos limites do formalismo, contentando-se em se estabelecer no seguinte princípio: livre é aquele que não sofre interferência em suas ações. Essa formulação talvez seja suficiente para explicar uma concepção física, mas não jurídica tampouco filosófica da liberdade.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1990, p. 31.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 213.

¹⁴⁴ Para conferir credibilidade, segue original – “En el concepto positivo de libertad, existe una relación de tipo especial entre el impedimento de la libertad y el objeto de la libertad, la acción necesaria o razonable, es decir, correcta. Cuando el impedimento desaparece, no existe otra posibilidad como no sea la de realizar la acción correcta; ella es entonces necesaria. Esta relación puede extenderse al titular de la libertad. Cuando el titular de la libertad es liberado de los impedimentos a la libertad y, en este sentido, es una persona libre o razonable, entonces realiza necesariamente la acción correcta. Conjuntamente con la otra constatación de que una persona liberada de impedimentos a la libertad es una persona autónoma que determina sobre sí misma, se sigue de aquí que una persona autónoma hace justamente una cosa, es decir, lo correcto.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 213)

A atitude relativa a valores, da qual não se afasta o ser humano, inviabiliza a construção do conceito de liberdade fundado no movimento dos corpos. Ainda que não tratássemos da concepção jurídica da liberdade e somente da descrição de relações sociais que não guardam qualquer pretensão de busca do ideal de comportamento, não poderíamos dissociar o elemento escolha do conceito de liberdade. A ação e o movimento, nas relações puramente humanas, procedem de decisões, sendo impossível, nessa dimensão, visualizá-las de forma fragmentada. É claro que não falamos do homem enquanto ser inserido no mundo da natureza, pois, em sua manifestação fenomênica, segue impulsos que são determinados pelas leis causais. Estamos tratando do homem inserido na dimensão cultural.

Outro aspecto relevante nessa mal sucedida distinção clássica é a perspectiva sob a qual se olha para se dizer que a liberdade tem sentido negativo ou positivo. Se ela, negativamente considerada, se constitui em um não fazer por parte do Estado, o sentido positivo deveria representar um fazer por parte do Estado (nesse caso, a liberdade positiva teria como efeito a consagração dos direitos sociais, além de outros, para cuja, realização, houvesse necessidade de sua atuação). Dizendo de outra forma, se o critério é a participação nos atos, se liberdade positiva indica a participação política, a negativa deveria exprimir a não participação do cidadão em algum aspecto da convivência, o que levaria a um contra senso. Ou talvez não, quando se observa que o Estado despótico, durante a ascensão econômica da burguesia, representava a própria opressão.

Essa associação entre política e opressão levou liberais a formularem uma acepção da participação enquanto dever cívico, numa visão organicista de sociedade, como uma verdadeira violação do direito de manter-se afastado das decisões, afinal de contas, ao cidadão cabia expressar sua autonomia e ao Estado a preservação da paz e dos bens dos súditos, podendo-se deduzir que quanto maior a participação política, menor a liberdade, consoante bem observado por Arendt.

Não se está sustentando que não exista diferença entre as questões formuladas por Berlin, quando diz que a indagação “por quem sou governado?” é distinta daquela consistente em “qual a minha área livre de atuação?”. São distintas, mas se, em

algum momento, se excluem, deve-se repensar o conceito de liberdade, de forma que no seu núcleo se contenham as diferentes vertentes. Se liberdade é escolha e quando escolho imponho um impedimento, então elas se excluem. Por isso, quando se diz, como faz Bobbio, que liberdade negativa é o poder de fazer tudo que a lei não obriga ou não proíbe, está-se impondo à lei um caráter impeditivo da liberdade, mas se, no sentido positivo, ela é o próprio dar-se leis, então pode-se dizer que a distinção preconizada por Berlin levou à contradição da liberdade.

Berlin sustenta, com veemência, a distinção entre liberdade negativa e positiva, dizendo que ambas podem chocar-se irreconciliavelmente¹⁴⁵. Este teórico argumenta, em abono de sua tese, que a falta de aceitação da diferença ou da diversidade, primando-se pela abstrata noção de harmonia e de uniformidade, leva à conclusão equivocada de que é possível conciliar interesses particulares com os de grupo, ou sociais, ou de toda a comunidade.

É possível que Berlin tenha feito uma confusão entre liberdade e ordem de interesses ou perspectiva de interesses. Liberdade é a capacidade de escolher e de fazer valer sua escolha, sem impedimento e, se no plano individual as escolhas se distinguem daquelas tomadas numa dimensão coletiva, essa realidade, que não é aqui contestada, não faz nascer dois conceitos de liberdade, a não ser que se diga que liberdade individual é uma coisa e coletiva é outra. Assim, preferimos dizer que, para o exercício da liberdade, o homem, enquanto ser concebido individual e coletivamente, deve compatibilizar, através do direito, as duas dimensões de interesses e que a prioridade dada por um regime a uma perspectiva ou a outra não reflete no conceito de liberdade, antes, porém, diz se aquela comunidade dá ênfase ao interesse individual ou ao da coletividade.

Isso apenas demonstra que o conceito de liberdade não pode ser tomado sob ângulos distintos e, algumas vezes, contrapostos. A contradição que a experiência política demonstrou decorre da prevalência que se dá, ora ao individual ora ao coletivo nas escolhas. A dicotomia foi aceita, porque o liberalismo assenta em

¹⁴⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 27.

pensamento filosófico que pode ou não conviver com o regime político da democracia. São formas distintas de encarar a precedência das decisões, mas não são modos diferentes de conceber a liberdade, pois liberdade é uma só e, se existe regime no qual o povo decide sem coação e sem manipulação, que a vida privada está inserida no todo e que o indivíduo não decide no que lhe concerne, poder-se-ia dizer que além de impossível, já que o Estado nunca consegue, com suas leis, contemplar todas as situações possíveis, é improvável que pessoas decidam livremente que não serão livres.

Contudo, se as pessoas desafiassem esta lógica, talvez etnocêntrica, e decidissem, é impossível não dizer que os cidadãos desse Estado não gozam de liberdade. Da mesma forma, se um ditador assegura algumas liberdades civis aos seus pobres súditos, tolhendo-os dos meios de decisão política, apesar de ser improvável que um déspota não queira intrometer-se na vida privada dos seus súditos, mas se ainda contra esta probabilidade ele for um bom ditador, é inevitável a confirmação de que não se está diante de um povo livre.

O conceito de liberdade, como tantos outros, não é imune às tensões que se apresentam entre os interesses particulares e os da coletividade¹⁴⁶, porque o homem vive nas dimensões individual, social, coletiva, nacional e internacional, mas a superação das tensões deve enfrentar um conceito unívoco de liberdade a partir do qual sejam consideradas as particularidades de cada comunidade. Se o conceito já traz uma irreduzibilidade ou contrariedade que não admite a convivência entre formas de manifestação dela, há algo errado com ele, pois não é o modo de se organizar politicamente que vai determinar o conceito de liberdade, antes, porém, seu conceito pode ser contextualizado em cada experiência histórica, dando-se, enquanto a discussão se resumiu ao confronto político entre democracia e liberalismo, a dicotomia foi aceitável.

Com o surgimento do Estado social, muitos conflitos, de ordem jurídica, entre liberdade e direitos sociais nasceram do redimensionamento da vida privada e a

¹⁴⁶ Quando se utiliza “coletividade”, não se está referindo a interesses coletivos que são subclasses dos interesses metaindividuais, mas apenas se quer registrar a milenar dicotomia entre o interesse particular e o da sociedade, considerada esta como organização política.

dicotomia, que recebeu boa aceitação na superação do impasse político e que, por isso, foi recepcionada pelo mundo jurídico em suas constituições, deparou-se com a inaplicabilidade da liberdade ou contentou-se com a explicação histórica dos direitos fundamentais, pressuposto basilar que não se recusa, mas que não é suficiente para explicar ou solucionar os conflitos que advêm da fragmentação da liberdade entre agir e escolha.

Uma posição conclusiva a respeito dos sentidos negativo e positivo da liberdade não deve caminhar para a indicação, como o fez Constant, de qual a melhor liberdade. Na verdade, devemos indagar se é possível concebê-la desses dois modos que guardam, entre si, uma contradição lógica. Com efeito, se, no gozo da liberdade positiva, a pessoa decidir que não irá a Natal passar o reveillon, optando por ficar em casa e escrever a dissertação de mestrado, violará sua liberdade negativa de desfrutar, sem impedimento, das festas de fim de ano em companhia dos parentes que lá residem.

A visão parcial e fragmentada da liberdade, quando aplicadas ao mundo jurídico, conduz a confusões, conforme veremos adiante. Mas apenas para sustentar uma última objeção, releva registrar que tanto a liberdade negativa não pode ser concebida de forma dissociada da escolha quanto a liberdade positiva não se sustentada em seus próprios alicerces, pois ao se defender a subsistência da noção de liberdade como fonte de autoridade ou autogoverno, teríamos que admitir que, quando me dou lei na qual escolho ser um escravo, estou realizando um ato de liberdade. Eis o reflexo da definição de liberdade dissociada de uma perspectiva ética e também da realidade referida a valores compartilhados pelos indivíduos na sociedade.

Na verdade, a definição do conteúdo da esfera puramente privada, caudatária da noção individualista de organização e resultante do evoluir político-jurídico do conceito de liberdade, foi catalogada por Berlin como liberdade negativa consistente na delimitação da área de atuação do indivíduo enquanto agente, após a perplexidade instalada quando da indagação a respeito do que dá a alguém a condição de sujeito livre: se a autonomia de decidir seu rumo, sua vida, seu destino,

conforme noção iniciada na democracia grega e aprofundada, por Marsílio de Pádua, nos neo-romanos e em Rousseau, consistente na soberania; ou se ser livre significa mover-se livremente dentro de uma esfera privada, que é o conceito liberal de liberdade, uma vez que agir na esfera privada e racional exige uma decisão anterior.

Parece que esse dilema remonta, de novo, à pertinência, ou seja, à autonomia nas dimensões do público e do privado, contudo optou-se pela saída desse dilema com a fragmentação da liberdade em positiva e negativa, em que a primeira representa a liberdade quando enfocada sob a perspectiva do “quem comanda” e a segunda sob a óptica de “qual a área de atuação”, correspondendo a primeira aos antigos e a segunda aos modernos, uma vez que a participação política diz respeito à democracia e a atuação privada ao liberalismo.

Tudo não resiste à questão de quem escolhe, porque a área de atuação decorre dela, pois na noção de agir com liberdade está implícita a pressuposição de que o fim ou a decisão para a qual caminha a ação foi deliberada pelo autor, quando se trata de movimento de seres racionais. É a decisão livre que deve ser buscada, portanto, a ação é a qualificação dela.

Como esse conceito será mais detalhado adiante, por ora importa relevar que a liberdade dos antigos e a dos modernos são uma e a mesma coisa, ou seja, assentam na decisão. No entanto, liberalismo e democracia são doutrinas distintas que atendem à realização de convicções políticas diferentes, em que a primeira prima pela hegemonia da esfera privada e a segunda pela participação nas decisões políticas. Para os liberais, o indivíduo deve ser livre para decidir o que concerne a ele; já para os democratas, os cidadãos devem ser livres para decidir o que concerne a eles.

É possível que a dicotomia liberdade positiva e negativa tenha nascido, também, de uma interpretação equivocada do pensamento de Kant, que, por sua vez, de uma forma coerente, indica como acepções negativa e positiva da liberdade,

respectivamente, a espontaneidade e a autonomia. Como bem ressalta Salgado¹⁴⁷, não há discrepância entre os dois conceitos de liberdade em Kant, uma vez que a liberdade jurídica, concebida como o poder fazer o que as leis permitem (Montesquieu) não significa uma faculdade absoluta, mas, antes, uma consequência da liberdade como autonomia de seguir as próprias leis, pois estas, para se legitimarem, devem ter o consentimento do destinatário (Rousseau). Em razão disso, é impossível prosseguir sem entendermos o conceito de liberdade em Kant.

¹⁴⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 238.

4 CONHECENDO A LIBERDADE

Eis uma tarefa por demais árdua: apreender a liberdade em todas as suas possibilidades de manifestação, pois, na verdade, o que se tem feito até agora é fragmentá-la, embaçando o seu conhecimento com conceitos diversos que, ao invés de esclarecer, costumam ofuscar a verdadeira essência dela. Um dos exemplos mais nefastos foi a já noticiada dicotomização entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, assim como a negativa e a positiva, tentando dar solução, a partir de conceitos filosóficos, a problemas de origem política.

Para se entender melhor o conceito de liberdade, faz-se necessário averiguarmos este princípio na visão de Kant, bem como os fundamentos da liberdade e um conceito filosófico que reúna seus elementos nucleares. Tais tópicos nos permitirão traçar um elo entre direito e liberdade, com vistas à elaboração de um conceito adequado ao mundo jurídico.

4.1 A LIBERDADE EM KANT

Em todos os fenômenos da vida que envolvam escolhas, a vontade se manifesta como expressão da racionalidade humana, podendo-se dizer que elas estão visceralmente relacionadas com a liberdade. Kant pressupõe a liberdade na razão prática, sendo esta a vontade com capacidade de se determinar, ou seja, o homem, quando age, segue leis que dá a si próprio ou que tenha a elas assentido¹⁴⁸. Sob o ponto de vista negativo, associa a liberdade à indeterminabilidade, que se configura por não estar o homem submetido às leis da natureza; enquanto sob a dimensão positiva, considera a liberdade a capacidade da razão pura de ser prática¹⁴⁹. Como iluminista, Kant sustentou a capacidade humana de alçar a maioria através da razão, o que significava a crença no arbítrio como qualidade essencial do ser humano que o põe apto a construir sua história através da ação. Esse pensamento,

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86.

¹⁴⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 63.

aliado à defesa da liberdade como espontaneidade o insere no pensamento liberal, mas não se pode olvidar que ele erigiu o conceito de liberdade, sob influência do pensamento rousseauiano acerca do autogoverno. Esta conclusão é extraída de seus escritos quando sustentou que “uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com outros)”¹⁵⁰.

Kant elaborou um conceito de liberdade distinto daquele até então exposto pelo pensamento filosófico que o antecedeu, exceção feita à noção construída por Rousseau que a concebeu enquanto “dar-se leis”¹⁵¹. Na verdade, a idéia de lei permeia todo o pensamento kantiano¹⁵², cujas críticas buscam as leis do conhecimento teórico e as leis da ação prática, tendo a primeira abordado a falibilidade da razão pura quando intenta conhecer sem o uso das formas da sensibilidade; e a segunda demonstrado que a razão pura é a única a informar a ação, já que o homem age sem submissão às leis da natureza e, portanto, sob leis da liberdade.

Na visão de Kant, o homem é dotado de três faculdades: a sensibilidade, o entendimento e a razão (em sentido estrito), extraindo-se através delas a intuição, os conceitos puros e as idéias. Desta forma, para conhecer os objetos, é necessário intuí-los pelas formas puras da sensibilidade (espaço e tempo) e organizá-los sob as categorias do entendimento (conceitos). Sem a intuição, segundo Kant, não é possível conhecer. Para além da sensibilidade, a razão pode compreender os conceitos, mas nunca os objetos. Esses postulados, expostos na grande crítica (Crítica da razão pura), são preparatórios da crítica da razão prática, que apresenta a razão como informadora das leis da ação apenas, porque, enquanto razão pura, destituída de qualquer interferência da sensibilidade, nada se conhece sobre os objetos, mas apenas se ordena através da vontade. O homem, que integra, ao

¹⁵⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 66.

¹⁵¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 226.

¹⁵² “Cada coisa na natureza atua segundo certas leis. Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade. Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 43)

mesmo tempo o mundo fenomênico e o numênico, submete-se às leis da natureza quando age por inclinação e pelas leis da razão pura quando age pela vontade. Essa conclusão decorre, necessariamente, da liberdade, pois se todas as ações humanas estivessem reguladas pelas leis da causalidade, os comportamentos que a elas correspondem seriam previsíveis¹⁵³. Além do mais, estariam também sempre relacionados a uma causa e sabe-se que a razão prática que informa a ação é determinada pela vontade de cada indivíduo. Nisso reside a distinção dos sentidos da liberdade em Kant¹⁵⁴:

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la; assim como a necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas.

A definição da liberdade acima proposta é negativa e, portanto, estéril para conhecer a sua essência; mas dela decorre um conceito positivo dessa mesma liberdade que já é bastante rico e fecundo.

Kant associa a liberdade negativa àquelas ações humanas desvinculadas de submissão às leis da natureza. Assim, o homem é livre enquanto o seu agir não é determinado pelas inclinações. O dualismo natureza/razão é explicado pela dicotomia causalidade/liberdade (em sentido negativo). Quanto ao autogoverno, no sentido de autoria das leis da vontade, que é a própria razão pura prática, a liberdade se manifesta positivamente. Na *Metafísica dos costumes*, esclarece os dois conceitos, distinguindo a liberdade negativa, como “independência do ser

¹⁵³ “Pode-se, pois, admitir que se nos fosse possível ter, quanto ao modo de pensar de um homem, tal como ele se mostra por ações interiores e exteriores, uma visão tão profunda a ponto de que mesmo o mais insignificante de seus motivos, nos fosse conhecido e, do mesmo modo, todas as circunstâncias exteriores atuantes sobre ele, então se poderia calcular com segurança a conduta de um homem no futuro, como os eclipses do sol ou da lua e, malgrado isso, sustentar que o homem é livre.” (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 109)

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 79.

determinado por impulsos sensíveis” da liberdade positiva que constitui a “capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática”¹⁵⁵.

Num primeiro lance de olhos, somos tentados a relacionar as duas liberdades, consideradas por Kant como interdependentes, às liberdades positiva e negativa, dicotomizada por Berlin e Bobbio, tendo em vista a aparente relação da espontaneidade com a ação desimpedida e da autonomia com o “dar-se leis”, mas, na verdade, Kant chama negativa a liberdade pressuposta em virtude da racionalidade, legitimadora e fundante do direito e da moral (espontaneidade), e de positiva a autonomia de realização prática da própria vontade. Na definição kantiana, as duas dimensões da liberdade se interconectam e não se excluem como sói acontecer com aquela dicotomia protagonizada por Berlin. Não se submetendo às leis da natureza, o homem é negativamente livre e, ao ser o autor das leis que dirigem sua ação, ele detém a liberdade, de forma positiva.

É certo que, na distinção kantiana, a liberdade negativa é concebida na dimensão da ação e a positiva na escolha, mas ambas são momentos distintos de uma condição humana que não se quebranta: a racionalidade, que, por sua vez, determina a dimensão teleológica do agir humano¹⁵⁶. A impossibilidade de fragmentação entre uma e outra é sustentada por ele quando diz que “a vontade dirige com absoluta necessidade e não é ela mesma sujeita a nenhum constrangimento. Somente a escolha pode, no entanto, ser chamada livre”¹⁵⁷.

Diferentemente desta concepção, a liberdade negativa, enquanto agir sem impedimentos, em que impedimento também pode significar a lei, é inspirada em um tipo de liberdade chamada psicológica por Kant, que a despreza, porquanto erigida com fundamento no mundo empírico. Para ele, a explicação de alguns filósofos, quando intentam situar o homem livre no mundo físico através de um conceito de

¹⁵⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 63.

¹⁵⁶ “Um ser racional pertence ao reino dos fins na condição de membro quando nele é legislador universal, ainda que igualmente submetido a essas leis. Pertence-lhe na condição de chefe quando, como legislador, não está submetido à vontade de um outro. O ser racional tem de se considerar sempre como legislador em um reino de fins possível pela liberdade da vontade, seja como membro, seja como chefe.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 64)

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. *Op. Cit.*, 2003, p. 69, nota 155.

liberdade natural, tal qual se chama “movimento livre ao movimento de um relógio porque ele próprio move os seus ponteiros, sem que seja movido por nada de fora”¹⁵⁸, é um engano. Esta crítica se dirige a Hobbes, que formulou um conceito mecanicista de liberdade, tendo sua doutrina obtido inúmeros séquitos.

Dito isto, obrigatoriamente teremos que admitir que não existe uma ação racional livre de impedimentos que não esteja fundada na razão e que não pressuponha escolhas. Assim, há que se investigar se a ação decorre de uma livre escolha, sendo necessária, quando do afastamento dos obstáculos para a garantia de um número máximo de opções, a referência aos valores que a sociedade deseja realizar, para, em seguida, assegurar-se uma ação desimpedida. Na construção do conceito filosófico de liberdade, abordaremos esses pontos importantes, antes, porém, de chegarmos a ele, necessário se torna emitir nosso posicionamento acerca dos fundamentos da liberdade.

4.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE

Investigar se a liberdade é imanente à natureza do homem enquanto tal e, sendo assim, um direito inalienável, intangível, absoluto e universal ou se lhe é atribuída, pelo ordenamento jurídico de determinado tempo e lugar, construída histórica e condizentemente com as exigências nascidas dos interesses que emergem das atuais relações econômicas e sociais, é objeto deste tópico.

Cumprir destacar que fundamento e razão sempre caminham juntos, uma vez que a busca do sentido dos eventos, sejam eles naturais ou culturais, ocorridos neste mundo que existe muito antes de nós e permanecerá apesar de nós, é motivo de incessantes investigações pela sempre desafiadora, instigante e arrojada mente humana.

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 105.

A fundamentação absoluta dos direitos humanos é rejeitada por Bobbio¹⁵⁹ e, nessa condição, a da liberdade, argumentando que eles são historicamente construídos. Discorre também sobre as mutações sofridas pelos direitos anteriormente considerados inalienáveis, circunstância que os relativiza, pondo em dúvida seu caráter absoluto, pois “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Segundo ele, novos carecimentos e interesses modificam o conteúdo dos direitos, bem como o elenco deles. Nem se imaginava, ao tempo de Locke, filósofo que tanto se ocupou da natureza humana, que o direito à saúde, à educação e à moradia eram tão fundamentais quanto o de liberdade, de vida e de propriedade, porque a classe que seu pensamento representava não tinha aquelas necessidades. Nessa exposição, Bobbio finaliza com uma crítica mordaz, aduzindo que a natureza humana dos que necessitavam daquela primeira ordem de proteção era diferente, por isso ele não a alcançou, ou melhor, eles não tinham natureza humana¹⁶⁰.

Em posição diametralmente oposta, apresenta-se José Soder¹⁶¹, ao sustentar que os direitos humanos são inatos, inalienáveis e imutáveis, havendo que se fazer uma distinção entre os primários e os secundários. Embora ambos decorram da natureza humana, os primeiros são imutáveis e, portanto, não admitem ponderação ou flexibilização de seu conteúdo, enquanto os segundos sofrem alterações (ampliações e reduções) em seu âmbito de abrangência, dependendo dos interesses das mais diversas ordens que emergem das relações sociais. Dentre os primeiros estariam incluídos o direito à vida e o direito à liberdade, cuja evidência imediata não se discute e, nos segundos, enquadrar-se-ia a maioria dos direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, de opinião, o direito ao uso e gozo da propriedade, etc. Bobbio também reconhece que há direitos, tais como o de não sofrer tortura ou ser escravizado¹⁶², que não se submetem a concorrência com outros, nem são limitados a determinadas categorias ou reduzidos em certos momentos históricos e que, por isso, não são relativizados.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 33

¹⁶¹ SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960, p. 9.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

A diferença fundamental entre esses dois pensamentos é que a liberdade para o primeiro se enquadra dentre os direitos primários, ou seja, aqueles que são universais, imutáveis e que pertencem ao homem enquanto tal, porque são evidentes e decorrentes de sua natureza; já, para o segundo, a liberdade sofre alterações em seu conteúdo ao longo dos tempos, tanto é assim que os direitos sociais, para ele, impuseram restrições à esfera de liberdade individual.

Parece que a dissidência reside na amplitude do conceito, porque a redução da esfera do que se considera liberdade tem se modificado na medida em que surgem novos interesses carentes de tutela, mas daí não se deduz que a liberdade deixa de ser inalienável. Talvez a sua acepção fosse por demais ampla, advindo a necessidade de revisão do seu conteúdo. Em outras palavras, a medida da liberdade sofre alterações, mas ela em si é uma evidência, ou, como menciona Kant¹⁶³, uma pressuposição necessária.

Observe-se, por oportuno, que o reconhecimento internacional dos direitos humanos e, com eles, o da liberdade, recebeu inspiração da doutrina jusnaturalista. Assim é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, prescreve, em seu art. I, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Rousseau e, sobretudo, Locke, teóricos contratualistas inspiradores da Declaração de Direitos de Virgínia¹⁶⁴ (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁶⁵, proclamada em 1789, fundaram a sua noção de constituição de Estado num pacto que pressupunha a existência de direitos dos súditos que eram anteriores a ele.

Embora seja evidente que o conteúdo da liberdade tem sido redimensionado historicamente, notadamente a partir do reconhecimento dos direitos sociais como

¹⁶³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 81.

¹⁶⁴ Em sua seção I, a Declaração de Virgínia afirma o seguinte: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança”.

¹⁶⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 1º, proclama que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

inegável conquista do primeiro pós-guerra, não se pode olvidar que ela é um atributo da natureza humana. Poder-se-ia até dizer, caso se focalize a liberdade como movimento desimpedido, ampliando o seu âmbito de verificação, que é uma característica de todo ser vivo. Até as plantas crescem na direção do sol e sua semente germina naturalmente se não houver obstáculo que a impeça de mover-se rumo ao florescimento. Na verdade, para uma melhor visualização da divergência, seria mister equacionar a contraposição que a suposta evidência de que o homem é livre sofre quando analisada a realidade de aprisionamento a que ele está submetido em alguns regimes totalitários.

Por isso, a objeção de Bobbio no sentido de que os direitos humanos não são auto-evidentes e não são inalienáveis, pois, se o homem fosse naturalmente livre e se essa lei tivesse validade universal, como pretendem os racionalistas jusnaturalistas, tal realidade seria apreendida a partir da observação de qualquer sociedade. Ora, o vocábulo liberdade não significa não estar submetido a nada – pois, se não existissem limites em todas as esferas de atuação, o mundo seria um múltiplo indecifrável –, mas a capacidade de qualquer ser humano de autodeterminar-se, que tem, numa abordagem genérica, o significado de ser livre. Concretamente considerado, o homem pode não estar livre em determinadas situações, quando se considera a liberdade como referência a pontos de chegada, escolhas, decisões, fins etc.

Ser livre, em suma, não é o mesmo que estar livre em determinada circunstância, como podemos verificar na situação concreta de um presidiário que não tem o gozo de liberdade locomoção, não se podendo dizer, por isso, que ele não goza da qualidade de ser livre. Não estar circunstancialmente livre não retira a capacidade humana ou sua qualidade inerente de ser livre, tanto é assim que sua tendência natural é buscar a locomoção, caso essa circunstância se lhe apresente possível. Qualquer homem, quando está submetido à opressão para a qual não assentiu e tem consciência dela, luta para se desvencilhar. Se essa é uma tendência natural dos humanos, cabe ao direito captá-la e transformá-la em desiderato. Por fim, pode-se dizer que o homem, por gozar da qualidade de ser livre, deve ter assegurada

essa condição na lei para que se possibilite a realização concreta, inclusive no movimento, que é inerente à conduta.

É aí que reside a confusão, porque, quando empiricamente considerado, o homem se apresenta não livre em algumas sociedades e esta liberdade, na maioria das vezes, é aquela com a qual se associa o movimento, porque não há dúvidas de que o homem é dotado de liberdade para tomar decisões. Essa é a sua razão prática e somente a liberdade a explica, a não ser que se diga que existe um elemento causal, necessário e determinante nas decisões, posição com a qual não compartilhamos, por não ser razoável.

Com efeito, ninguém jamais conseguiu predeterminar o comportamento humano, pois ele é imprevisível. Na exteriorização ou na realização da vontade, mais uma vez verifica-se a tendência à liberdade, conquanto essa decorra do maior ou menor grau de opressão verificado em determinada sociedade, devendo-se salientar que aceção do termo opressão admite variações de conteúdo filosófico que implicarão o conceito de liberdade.

Nesse diapasão, tratando-se da realização da liberdade em sociedade, não há como fugir ao seu conteúdo valorativo, gerador dessa divergência no fundamento dela, pois é na variação da quantidade de liberdade imposta pelas novos carecimentos que são expressão dos valores compartilhados em determinado momento histórico, dos quais se costuma duvidar do fundamento da liberdade na inerência. A superação dessa divergência é possível na medida em que se visualiza que o homem tende natural e necessariamente à liberdade. Dessa forma, se atualmente as liberdades individuais foram revistas para atender a necessidades sociais e, nesse sentido, foram repensados os direitos à livre disposição da propriedade, de liberdade de contratação e tantos outros – em decorrência da visualização ou da concepção trazida pelo materialismo histórico de que as conquistas das revoluções liberais nada mais eram que garantias formais de desigualdade e de que as liberdades ali propugnadas serviam aos interesses da burguesia – não se pode negar a liberdade como direito inalienável do homem, pois adequar o seu conceito às novas tendências e interesses não significar aliená-lo.

Como já foi dito anteriormente, para fundamentar a liberdade, atribuindo-lhe, por conseguinte, caráter absoluto ou relativo (o homem nasce livre ou o homem constrói historicamente a liberdade), há que se dizer o que significa ser livre e como se revela essa qualidade na sociedade jurídica e politicamente organizada. Dizer isso é o mesmo que conceituar a liberdade, demonstrando o núcleo que a identifica, sem descurar de seus elementos valorativos os quais a ele se agregam, cujos juízos dados, na experiência, são responsáveis pela ampliação ou pela redução não só do seu conceito, mas da expressão da liberdade.

Quando, para verificarmos se o homem nasce livre, tomamos algumas experiências históricas como paradigmas, não estamos tratando de natureza, mas de cultura, porque, quando Bobbio nega a natureza com base na experiência de algumas sociedades, está, na verdade, negando a verificação histórica dela, ou seja, que o homem destrói, na prática da convivência, o que de nascimento foi-lhe atribuído.

Assim, se em alguns lugares a liberdade não é positivamente assegurada, essa circunstância não muda a sua evidência ou o seu fundamento na natureza humana. Conforme visto, para uma fundamentação da liberdade, necessária se faz a sua conceituação e esta exige um notável conteúdo valorativo, daí correr-se o risco de, na verificação empírica, chegar-se à sua negação em virtude de utilização de conceito contingente. Além do mais, é crucial alertar os perigos desse empirismo exacerbado, pois, quando necessitamos da verificação concreta para chegarmos a conclusões científicas, corremos o risco, quanto à liberdade, de ter que duvidar dessa qualidade do homem, ao verificarmos o excessivo desrespeito a ela em determinadas sociedades.

Em que se funda, então, o desejo de que o homem seja livre, já que não se é capaz de deduzir, com amparo na experiência que ele o é efetivamente? Ao que parece, os filósofos que divergem quanto ao fundamento, na verdade, têm conceitos distintos de liberdade e utilizam a efetividade como critério de dedução.

Interessante alegoria foi trazida por Lassale¹⁶⁶, quando, ao descrever a Constituição como folha de papel – sustentando que as forças reais de poder é que determinam as regras observadas em determinada organização política – asseverou que a certeza não pode ser imposta pela vontade de um ou de poucos, sem levar em conta a essência das coisas. Assim, diz ele, que de nada adianta afixar uma placa diante de uma macieira atribuindo-lhe natureza de figueira, porque a árvore vai continuar produzindo maçãs. E, ainda que se organize uma comissão de doutos para elaboração de parecer sobre a verdadeira natureza da planta e concluam se tratar de uma figueira, ela permanecerá produzindo maçãs.

Essa metáfora extraída da obra do autor¹⁶⁷, é sugestiva para a conclusão de que a ausência de reconhecimento, por alguns ordenamentos jurídicos, de que o homem nasce livre não retira a sua evidência. Assim é que nem o reconhecimento da liberdade como direito inato implica sua efetivação, tampouco o não reconhecimento dela resulta, necessariamente, em sua inexistência. Fundamento, inserção no mundo jurídico e efetivação são coisas distintas. Na realidade, são dimensões filosófica, jurídico-empírica e sociológica, respectivamente, cuja realização necessita do alcance dos três estágios.

Ser livre é uma evidência, o que resta à construção empírica e histórica são os limites dela que devem ser erigidos a partir dos valores compartilhados num dado momento histórico. É uma correspondência satisfatória quando o conceito de liberdade coincide com o que se efetiva dela. Mas não se entenda, com isso, que a falta de confirmação prática implique a invalidade dos postulados teóricos. Talvez devamos deduzir o contrário, ou seja, a nossa incapacidade prática de realizar a teoria.

Esses dois aspectos apresentados por Kant foram confundidos pelos filósofos que, tais como Constant, pretenderam dar respostas à experiência histórica quando ela demonstrou que a concepção de liberdade dos modernos diferia daquela adotada pelos antigos e, para não dizer, que, em alguma das duas realidades, não se

¹⁶⁶ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 37.

verificava a concretização da liberdade, questão à qual subjaz os ideais do liberalismo e da democracia. Assim, erigiu-se uma saída político-filosófica que deu uma resposta aparentemente satisfatória, mas que este trabalho pretende denunciar como insuficiente e geradora de equívocos na concepção de liberdade como direito fundamental e, conseqüentemente, de dificuldades na solução de conflitos que envolvem liberdades ou liberdade e outros direitos fundamentais.

O nosso objetivo não se esgota em denunciar a dificuldade de aplicação da liberdade em decorrência do equívoco da fragmentação de seu conceito, mas pretende também buscar um conceito adequado. Conceituá-la, ainda que a liberdade seja a *razón d'être* da política, como pretendeu equivocadamente Hannah Arendt, é tarefa da filosofia, posto que a gnoseologia, que trata do conhecimento, é um dos seus ramos. Passemos, pois, a tratar de um conceito filosófico de liberdade, tecendo algumas considerações a respeito do ser humano que encarna uma vontade ou um arbítrio, que é a capacidade de fazer valer sua escolha, na qual se insere, propriamente, a liberdade. É a partir dele que encararemos um conceito jusfilosófico de liberdade, indicando a importância de conceituar como caminho necessário para a solução dos conflitos entre liberdades e entre elas e as demais gerações através da metódica constitucional estruturante.¹⁶⁸

4.3 UM CONCEITO FILOSÓFICO DE LIBERDADE

Fragmentar a liberdade e atribuir-lhe duas perspectivas conflitantes não satisfaz à lógica conceitual. Embora a dicotomia formulada por Constant entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos tenha por objetivo a superação da divergência entre liberais e democratas no que diz respeito à delimitação entre esfera pública e esfera privada, a qual descortinou uma outra discussão tendente à fixação do elemento nuclear da liberdade, buscando-se esclarecer se ela se revela no decidir ou no agir, não se pode olvidar que a Berlin coube o mérito de captar com sensibilidade o objeto da discussão sobre a qual se debruçavam liberais e

¹⁶⁸ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1101.

democratas – pois os primeiros queriam delimitar uma área de atuação privada isenta das interferências do Estado e os segundos pretendiam fazer escolhas políticas, apresentando a realidade conflitual que existe entre interesses individuais e coletivos, os quais, levados ao nível de decisões, fazem prevalecer um ou outro – embora tenha se equivocado quando atribuiu essa divergência à existência de dois conceitos – algumas vezes incompatíveis – de liberdade, um negativo e outro positivo.

Para Arendt, conceituar a liberdade “parece ser uma empresa irrealizável”¹⁶⁹, entretanto, apesar da dificuldade de conceituação, alguns autores se propuseram a executar essa árdua tarefa. Distinguem-se os conceitos, basicamente, pela abordagem temática, ora dando-se prevalência à perspectiva física, ora à política ou à filosófica.

Segundo Hobbes¹⁷⁰, liberdade significa ausência de impedimento ao movimento, podendo o conceito ser aplicado aos racionais, aos irracionais e aos objetos inanimados. Assim, desde que o corpo tenha natural tendência a mover-se, como, por exemplo, o dos animais ou a água que integra o curso de um rio, pode-se dizer que é livre e, se algo o impede, deduzir-se que ele não tem liberdade. Desta forma, se faltar o poder de mobilidade a alguém ou a um corpo, como, respectivamente, uma pessoa acometida de doença que paralise seus membros ou como uma pedra, não se trata falta de liberdade, já que esse conceito pressupõe a possibilidade de movimento.

Outro contratualista, Rousseau, entendeu a liberdade como condição da própria existência humana. Com efeito, além de constatar que o homem nasce livre, no Capítulo I do Contrato Social, atesta que “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres”¹⁷¹. Adiante, descreve a substituição da liberdade natural (aquela ilimitada verificada no

¹⁶⁹ ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 188.

¹⁷⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, Cap. XXI.

¹⁷¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a origem das línguas. Vol. 1. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 62.

estado de natureza) pela liberdade civil, limitada pela vontade geral. Além delas, prevê a aquisição, no estado de sociedade, da liberdade moral, única capaz de “tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo”¹⁷², consistente na obediência à lei dada a si mesmo, pois, segundo ele, o homem que segue seus apetites é um escravo.

Kant define a liberdade como a propriedade da vontade, que é a causalidade dos seres vivos racionais¹⁷³. Para ele, se quisermos admitir que o ser humano é dotado de racionalidade e de determinação de suas ações, devemos pressupor a liberdade, pois difícil é acreditar que alguém, no uso da razão, admita, através de sua consciência, receber instruções a respeito dos seus próprios juízos. Delimitando a dualidade do homem, como ser pertencente tanto à realidade fenomênica (quando apreende, através da sensibilidade e do entendimento, os objetos que estão sujeitos à captação sensível) quanto ao mundo numênico (como determinante de sua razão prática), expõe seus argumentos em favor da liberdade:

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode jamais intuir a causalidade de sua própria vontade, senão sob a idéia de liberdade, pois a independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de se atribuir) é a liberdade. Ora, à idéia de liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este, o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à idéia de todas as ações de seres racionais, tal como a lei natural está na base de todos os fenômenos.¹⁷⁴

Hannah Arendt, apesar de admitir que Kant teorizou a liberdade com coerência suficiente para distingui-la da causalidade, concebendo a lei moral com idêntica universalidade conferida à lei física, apontou no pensamento do filósofo uma contradição, qual seja, a de que a liberdade está relacionada à vontade, cuja função se exterioriza através de atividades de mando e de imposição¹⁷⁵. Essa objeção é razoável quando se parte da idéia de vontade como manifestação de arbítrio egoísta tendente à hegemonia sobre idêntica faculdade de querer de outrem, mas não é

¹⁷² ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a origem das línguas. Vol. 1. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 78.

¹⁷³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 79.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹⁷⁵ ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 190.

desta vontade, obviamente, que Kant tratava, mas daquela possível convivência com as exigências do querer dos demais indivíduos.

A liberdade se encontra na “infinita improbabilidade” do recomeço, na concepção de Arendt. Ademais, partindo da idéia de que o processo histórico no qual estamos inseridos se rege pelas mesmas leis automáticas da natureza, que levam do ser ao não-ser, do nascimento à morte, do surgimento de uma grande nação até sua decadência, esclarece que o sentimento de ruína inevitável leva ao desuso ou ao desvio da liberdade. Falta de uso na política e desvio para o interior, criando-se a falsa imagem de que a satisfação individual da liberdade é bastante para a realização de uma convivência plena. Para a autora, é no reinício que se concretiza a liberdade, quando todas as probabilidades são contrariadas, podendo-se falar, então, de um milagre¹⁷⁶. A natureza e a história, na visão de Arendt, estão repletas de milagres: o surgimento do planeta, o evoluir da vida, a evolução das espécies e os incontáveis acontecimentos históricos que negam as tendências¹⁷⁷.

A compreensão do pensamento desta cientista política somente é possível quando se abstrai a liberdade de qualquer conteúdo individual assentado na vontade, pois, para ela, a liberdade é a única razão por que os homens fazem política. Na distinção entre os milagres, conclui que, ao contrário, daqueles provenientes da natureza é o homem o autor dos milagres que, com fundamento da liberdade, determina o processo histórico e nega, por conseguinte, o automatismo. Enfim, ela explica a liberdade com idêntico fundamento adotado por Kant, ou seja, o homem determina sua história e, em virtude disso, não obedece a leis mecânicas, mas o refuta quando aponta a origem dessa liberdade na vontade, aduzindo que a determinação de fins, segundo ela, desvirtua sua característica determinante que é a improbabilidade ou indeterminabilidade. Desvincular o homem do mundo dos fins encarna uma possibilidade de existência de ser humano irracional, pois ser racional é fazer associações, criar referências, formular deduções e tudo isso cria parâmetros finais.

¹⁷⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 218.

¹⁷⁷ No Brasil, o movimento pelas Diretas-Já, a eleição, para Presidente da República, de um candidato reconhecido pelas lutas em defesa dos interesses dos trabalhadores. Nos EUA, a derrota sofrida no Vietnã etc.

Partindo-se da noção de que conceituar envolve a necessidade de coerência e adequação dos elementos nucleares às situações cuja conformação se pretende e envolvendo a anterior dicotomia que está sendo objeto de investigação neste trabalho, temos que o conceito de liberdade possui atributos essenciais e que, embora tenha aspectos negativo e positivo, essas perspectivas não podem trazer uma incompatibilidade entre ambas, visto que devem ser apenas dimensões distintas que se apresentam sob ópticas diferentes, mas que, em suma, mantêm um núcleo comum que as informa. Dizer que liberdade positiva é querer e liberdade negativa é ação não parece sensato, do ponto de vista filosófico-conceitual, uma vez que agir sem escolher se nos afigura impossível na realidade humana, consoante demonstraremos, mas, para chegar a essa formulação, precisamos perscrutar a capacidade humana de se autodeterminar e sua relação com o mundo que o cerca.

Desde Kant, a dualidade humana de ser pertencente a dois mundos, o da natureza, na qual se revela um fenômeno; e o da razão prática, em que é núnemo ou coisa em si e não como parece ou se apresenta, restou caracterizada a distinção entre a causalidade e a liberdade. A liberdade é, para Kant, em sua manifestação negativa, aquela qualidade de o homem não estar submetido às leis da natureza quando age. Essa distinção foi aperfeiçoada pelos jusnaturalistas neokantianos e pela escola fenomenológica, cuja doutrina, respeitadas suas variações, mantiveram a convicção de que o homem pertence aos dois mundos, o da realidade e o dos valores, buscando a interação dessas duas perspectivas na base da consideração de que o homem é um ser que pensa e que dirige esse pensamento à transformação do mundo no qual está inserido.

Para bem caracterizar os seres dotados de existência, Siches¹⁷⁸ classifica-os em seres que possuem existência física ou seres reais que se enquadram no tempo e no espaço (coisas em geral, árvores, rios, animais, bem como os produtos da atividade humana, tais como os objetos que são resultados de transformação – mesa, cadeira, janela, porta, automóvel, computador etc); seres que não possuem existência material, os chamados fenômenos psicológicos (pensamentos, desejos,

¹⁷⁸ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, p. 47 e seguintes.

emoções etc); e os seres de existência ideal, tais como os elementos matemáticos (números) e os valores, cujas características marcantes são a atemporalidade e a espacialidade. Entre os seres ideais, procede ainda uma outra distinção sob o critério da inevitabilidade, pois os números, assim como as operações matemáticas não sofrem variações ao saber de juízos; enquanto os valores são objetos de distintos juízos. Por exemplo, em qualquer situação, segundo o autor, dois mais dois resultam em quatro, mas nem sempre uma atitude é valorada como boa, útil, justa etc.

Interessa-nos, nesta distinção, saber onde o homem se insere na trilogia de seres. Ele participa de um pouco de cada um deles, porque pertence ao mundo físico, elabora o pensamento por meio de elementos psíquicos e ideais e, finalmente, produz resultados através de sua ação, realizando valores. O homem, por isso, procede à intermediação entre o mundo dos valores e o mundo dos fenômenos. Faz isso porque é livre e ninguém melhor que Kant enxergou essa qualidade de o homem não estar sujeito às leis da causalidade e da determinabilidade, em razão de sua existência numérica, a qual, em última análise, não deixa de ser o dar-se conta de si mesmo, construir sua própria trajetória, fazer seu percurso sem estar predestinado.

Como diria Arendt, esse é o milagre humano, o fazer aquilo que difere de todas as probabilidades, o manter-se vivo, o construir uma sociedade livre, justa e solidária. Se assim não fosse, todos os nossos atos estariam marcados pela inevitabilidade e seria possível dizer que atitude uma pessoa, que se encontra tomando um café numa padaria e assistindo a um programa de televisão que ensina como cozinhar certo alimento, teria em seguida. Nem a apetência que a instiga no momento em que vê o alimento é suficiente para produzir a certeza de que aquela pessoa se dirigirá à sua cozinha ou ao mercado mais próximo e, comprando os ingredientes necessários, experimentará aquela receita. São apenas probabilidades que se confirmam no fazer humano, porque o homem percebe as coisas através da intuição, pensa sobre elas, elaborando o seu conceito, agindo livremente em seguida para transformá-la, adaptá-la aos seus interesses ou necessidades, enfim, busca a realização de valores.

Na visão de Siches¹⁷⁹, esse agir humano não consiste nas atividades fisiológicas ou nos mecanismos psíquicos, pois eles são instrumentos com os quais o homem procede no seu agir ou fazer, que encontra sua verdadeira essência na decisão, em um “puro querer”, pois é ele que põe em atividade todos os mecanismos posteriores. O agir humano qualifica uma atitude racional precedente a ele e que se chama vontade, pois somente conhecemos a escolha através da ação.

Assim, o “querer fazer” do homem no mundo é uma qualidade que informa a racionalidade humana determinante do agir. O movimento é uma lei que informa as coisas que estão ao nosso redor, mas no que diz respeito ao agir humano, ela é indeterminada do ponto de vista da vontade, da escolha de fins, embora esta dite o agir. O aspecto negativo da liberdade reflete a perspectiva segundo a qual o homem está isento das leis da natureza e o positivo visualiza a vontade que determina o agir, que é a sua racionalidade ou qualidade de perceber-se no mundo e de atuar sobre ele. Essa noção implica não somente uma atitude racional que pressupõe escolhas, mas também uma posição autônoma em relação a elas, pois sendo a razão um atributo individual, daí decorrendo que a ninguém é dado pensar pelo outro, constata-se que a decisão ou a escolha culminada nesse processo que se antepõe à ação somente é livre se for autônoma.

Sobre uma atitude estimativa, valorativa ao certo, que impõe uma escolha ao invés de outra, acentua Siches¹⁸⁰ que, se eliminássemos a capacidade humana de estimar, valorar, eleger, escolher etc, não seria possível pensar em vida humana e que, além disso, na atitude referida a valores que condiciona as escolhas, o homem sente uma inevitável necessidade de justificação de seus atos, a fim de que a sua escolha pareça aceitável ou a mais sensata aos seus olhos.

Essas considerações associam as atitudes humanas a escolhas precedentes e a relação delas com os valores ou fins eleitos a partir de motivos determinantes. Quanto à autonomia, parece elementar desde a Antiguidade, a relação entre autonomia e liberdade, associação da qual não se descurou a Modernidade, fazendo

¹⁷⁹ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, p. 75

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 78.

prevalecer a autonomia das escolhas individuais no que concerne à vida privada. Essa autonomia foi considerada por Kant o fundamento da dignidade do homem¹⁸¹.

A fixação do conceito de liberdade a partir das escolhas que qualificam a ação não impõe a dedução, como pretendia Hobbes, de que a pessoa, ao agir, denuncia uma escolha e que, por isso, se alguém joga suas malas no mar porque o navio está ameaçado de naufragar, fez uma escolha dentre duas, pois bem poderia ir ao fundo do mar com malas e tudo ou permanecer vivo sem as malas, ou mesmo que a pessoa é livre para escolher quando se lhe antepõem as seguintes alternativas: morrer, ser torturado ou permanecer preso.

A liberdade pressupõe, portanto, uma maximização do número de opções e a autonomia da escolha, ou seja, a livre escolha na qual subjazem as noções de amplitude de opções e de autogoverno, tendo em vista que não somente um leque amplo de opções tampouco a autonomia a asseguram. São esses elementos que compõem a liberdade que se revela na ação: autonomia e máxima quantidade de opções de escolha. Assim, liberdade é o agir resultante de escolha autônoma, mediante o maior número possível de opções.

Essa relação da liberdade com o número de opções foi bem visualizada por Berlin¹⁸², quando denunciou o equívoco de conceituar a liberdade como ausência de frustração na realização do que se deseja, pois que a fixação do elemento nuclear da liberdade na ausência de frustração pode levar à realização da liberdade no afastamento do desejo, de forma que, exemplificadamente, se alguém deixa de desejar algo passa a ser livre, uma vez que a frustração foi eliminada por força de sua consciência. Finalmente, arremata que a maior ou a menor liberdade não depende das possibilidades reais de escolha, mas das possibilidades potenciais.

¹⁸¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 66.

¹⁸² BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 20.

Antes de tratarmos deste assunto, abordaremos um aspecto essencial do conceito de liberdade que demonstra certa ambigüidade, ou seja, a indeterminabilidade que fundamenta as escolhas e circunscreve-se dentro de um âmbito limitado de opções.

4.4 A LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

A liberdade, como expressão da vontade que não está sujeita às leis da causalidade, fundamenta o direito porque é a expressão da racionalidade e por ser a conduta humana motivada por fatores que fogem às leis que se explicam a partir de uma seqüência temporal necessária, vinculadas a um nexos de causa e efeito. Não estar submetido às leis da natureza e sim às leis da razão¹⁸³ que informa a vontade e que determina a ação é a pura liberdade e, como o direito, é uma construção racional e não uma determinação natural necessária. Depreende-se disso que aquela fundamenta este. Não se deve confundir, como bem esclarece Lobo Torres¹⁸⁴, fundamento que é causa com legitimação que é critério de validade.

As escolhas permeiam toda a existência humana, precedendo às ações. As condutas que expressam as decisões, por sua vez, subjazem a toda ordenação, não se querendo dizer com isso que as normas jurídicas as têm necessariamente como objetivo imediato, mas enquanto remoto sim. Nem se sustentam, assim como o fazem os imperativistas, que as normas jurídicas se qualificam por conterem de alguma forma as expressões deônticas clássicas (mandado, proibição permissão), pois algumas constituem direito, atribuem competência, elaboram conceitos etc¹⁸⁵.

¹⁸³ Essa razão, longe de ser a reta razão, à qual não pode renunciar o ser dotado de racionalidade nos termos dos racionalistas, é aquela qualidade humana que traça a distinção entre os mundos físico e ético, que, em suma, distingue as leis da natureza das leis que os homens seguem individualmente ou quando convivem de forma organizada, impondo, assim, um método de verificação ou de comprovação distinto daquele necessário para a validação daquelas. Nessa razão humana, estão incluídas além das formas transcendentais de conhecimento que negam os fatores sujeitos à experimentação, quanto a capacidade humana de deduzir a partir dela, de vez que é essa interação que caracteriza o homem como ser no mundo dotado de vontade de transformação, de construção e de verificação de seus postulados que, em última análise, ainda que fundados na razão, se destinam à aplicação na convivência. E não existe nada mais empírico que a convivência.

¹⁸⁴ TORRES, Roberto Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.401.

¹⁸⁵ Quanto ao conteúdo da norma jurídica, sustenta Larenz, que nem todas contêm “necessariamente um comando ou uma proibição”, mas precipuamente uma “ordenação de vigência”. (LARENZ, Karl.

Na verdade, o que se intenta é realçar a liberdade como expressão subjacente a todo o direito, porque na regulação de condutas, que são seus limites, nasce uma relação entre lei e liberdade e essa relação decorre do fundamento que o direito encontra nela, pois se por um lado a ordenação da convivência decorre da razão que tem a liberdade como propriedade; por outro há que se verificar que essa mesma liberdade legitimante da vontade encontra tensões na intersubjetividade das relações que encarnam condutas. Por isso, a liberdade fundamenta o direito e as normas jurídicas, que são mecanismos de atuação dele na descrição de condutas esperadas e na solução de conflitos, têm como conteúdo direto e indireto a liberdade. Em suma, se nos organizarmos juridicamente porque somos livres, essa mesma liberdade há que ser regulada através de leis para que a convivência seja possível. Eis o fundamento do direito na liberdade e sua relação com ele, a qual informa, em última análise, a sua vinculação com a lei.

Quando as normas jurídicas regulam condutas, enunciando ordem, proibindo ou permitindo, ou até mesmo quando emitem qualquer comando vinculativo, tais normas têm a liberdade como conteúdo indireto ou subjacente. Outras normas existem que expressam a liberdade como significado de sua proposição, quais sejam, aquelas normas jurídicas estabelecidas no elenco das liberdades individuais e coletivas.

Nesse sentido, deve-se entender a liberdade em sua tríplice manifestação: como expressão da racionalidade que informa a conduta e, em última análise, enquanto fundamento do próprio direito; como expressão fenomenológica do direito e subjacente a toda conduta prevista na norma jurídica; e como conteúdo direto de norma jurídica (direitos fundamentais). Essas três vertentes serão analisadas ao longo deste trabalho, com ênfase nos direitos fundamentais inscritos na Constituição da República. É importante destacar que, enquanto fundamento, a liberdade se relaciona com o direito e enquanto conteúdo direto ou indireto de norma a liberdade se relaciona com a lei.

A liberdade e a lei é como a liberdade e a morte. É a repressão dos instintos que levam à superação do medo da morte e à plena vivência da liberdade. Assim, é a superação das irracionalidades antijurídicas que leva até o pleno gozo das liberdades. Para tanto, é necessário que se transcenda ao conceito limitativo e instintivo da liberdade para entendê-la como realização da vida, o grande desafio.

É em momentos como a guerra que a superação dos instintos se torna mais árdua, pois a morte invisível assolando a consciência que a percebe através dos estrondos torna difícil a superação do instinto de defesa para a ida ao campo, onde a morte é certa. A lei, longe de ser essa disciplina que ordena o que a consciência da liberdade tende a vulnerar com o instinto, deve ser a tentativa de ordenação para a liberdade, na qual a realização dos valores mais caros a cada um e a todos se manifesta mais forte do que o instinto. Não é, neste sentido, a ida para o campo um caminho para a morte, mas um exercício da liberdade. Como alguém, humano, sensível, racional, pessoa, poderia permitir que o seu irmão fosse morto sem defendê-lo? A covardia, não a liberdade leva à fuga do dever. O dever que se espera do homem, dotado de racionalidade, em compreendendo que o universo é um todo harmônico (não se entenda isso como consenso, já que a humanidade é plural), em que a diversidade está em harmonia mediante a tolerância, intenta em guardá-la, respeitá-la em seus princípios estruturantes, embora os que dele decorram possam ser adaptados às novas condições e aos carecimentos que surgem.

O Bem, a Justiça, o Amor, a Solidariedade e o Equilíbrio são princípios estruturantes do universo, que podem ser extraídos aprioristicamente. Sem partir deles, não se pode compreender o mundo. Basta observar como cada um sente que realiza a sua essência. Os horrores da guerra, da violência, da exploração, da escravidão, da intolerância, do mal e do descaso são repugnados por qualquer um, independente de origem, nação, tempo ou espaço. Sem o pressuposto da coexistência, da relação, da racionalidade e da interação cultural não se pode fazer direito. Se a liberdade, assim como a igualdade, intermedeia aqueles desideratos, devem ser conteúdos de normas e, por conseguinte, guardar essas conexões.

5 DIREITO E LIBERDADE

O conceito kantiano-negativo descortina a liberdade como fundamento do direito. O homem ordena sua convivência porque é racional e livre, ou seja, não está determinado por leis que se validam a partir da repetição temporal informada por uma relação de causa e efeito. Por isso, o homem não segue, necessariamente, as mesmas leis, como sói acontecer com as formigas que, movidas pelo instinto, trabalham de forma coordenada para a superação de suas necessidades, de vez que o homem tem outras necessidades que não apenas aquelas de sobrevivência.

A liberdade é visualizada, como fundamento de direito, dentro do conceito filosófico negativo kantiano, no qual está inserida a racionalidade. Somente para ilustrar pode-se dizer que o homem está causalmente determinado a comer quando sente fome, mas o que vai comer, ou seja, o cardápio é resultado da liberdade, porque pode exercer sua vontade. Essa abordagem denuncia uma perspectiva individual, a qual, trazida para o âmbito da convivência, significa que o ser humano, inserido que está no mundo da natureza, não escolhe entre morrer ou viver para sempre, mas, sob o signo da racionalidade que o distingue dos seres irracionais, decide o seu destino porque é livre e não se submete a regras dadas pelo devir determinante.

Assim, pode-se dizer que é livre para “dar-se” as próprias leis e fazê-las acontecer no que concerne à coletividade e a si mesmo e no que está inserido no âmbito das possibilidades ou da relevância jurídica. As primeiras são normalmente traçadas em função dos limites físicos; e as segundas em função dos interesses, necessidades, enfim, das possibilidades de conflitos aos quais ocorre o direito.

Ademais, do conceito filosófico de liberdade, pode-se também deduzir que ela é o fundamento do direito, uma vez que o homem, no exercício de sua vontade ou querer, dá a ele mesmo as próprias regras de conduta, não estando sujeito às leis que foram impostas pela natureza, agindo, assim, livremente, na determinação de suas normas que têm fundamento remoto na razão. É, em suma, sua racionalidade que autoriza ou explica a existência de uma vontade determinante na condução do seu agir individual e coletivo. Esse agir se dirige à realização de fins e, por isso, está

referido aos valores. Tanto quando o homem se dá leis individualmente, quanto quando está na órbita comunitária mirando os valores que são as referências através das quais se comunica com o mundo e os objetos ao seu redor. Assim é que, ao escolher o cardápio, ele tem em mente atingir o valor da saúde ou do prazer ou ambos. A partir dessa referência, exerce sua vontade.

Dito isto a fim de relacionar as escolhas ao direito, pode-se dizer que a ordem jurídica visualiza certos valores para os quais conduz a ordenação do comportamento, bem como a interpretação e a aplicação de suas regras. Os valores escolhidos podem não representar a vontade do todo, ou mesmo podem não coincidir com a justificação que uma ou outra concepção de direito entende validar qualquer ordem jurídica, matérias que são objeto de estudo da política e da filosofia, respectivamente.

É preciso nos volvermos para Kant, para retratar o início do elo entre direito e liberdade. Com inspiração na filosofia grega, Kant dividiu o conhecimento em formal e material. O primeiro, segundo ele, é objeto da lógica cuja finalidade não é a apreensão dos objetos em si, mas o modo de conhecê-los. O segundo tem o conhecimento material ocupado pela física e pela ética¹⁸⁶, as quais buscam conhecer os objetos em si, estando aquela regida por leis naturais e esta pelas leis da liberdade. Essa fundamentação, em que Kant explicita as condições da lei moral, antecipa o desenvolvimento posterior, na *Metafísica*, dos costumes, da distinção entre moral e direito.

Não é objetivo deste trabalho a distinção entre direito e moral, mas a inserção da liberdade no mundo jurídico como fundamento de suas leis. Sob as leis da liberdade, encontram-se a moral e o direito, ao contrário das ciências naturais, que se explicam através da causalidade. Nesta perspectiva, a liberdade não pode ser compreendida fora do contexto da racionalidade que a qualifica, pois a razão é o que distingue os homens dos animais. Em virtude disso, se o conhecimento dos fenômenos somente

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 13.

é possível a partir da apreensão transcendental¹⁸⁷, que reúne o entendimento à sensibilidade, a realização da moral ocorre numa dimensão supra-sensível, em que o homem se revela não como fenômeno e sujeito às leis da causalidade, mas como ser inserido no mundo numenal, moral e racional, que segue as leis as quais são dadas a ele. Essas leis são imperativos que comandam nossas ações e podem ser categóricos ou hipotéticos. Para Kant, os imperativos categóricos, ou de prudência, são ordens que emanam da razão e que têm de destinar ao bem em si; enquanto os hipotéticos, ou de habilidade, servem como mecanismos de consecução de fins.

Com fundamento na liberdade, portanto, e não na causalidade, o homem está inserido no mundo do dever ser, com o qual a ação mantém um liame necessário, posto que informada pela razão pura prática. Assim se explica a obrigatoriedade do dever ser¹⁸⁸, já que a ação, em conformidade com ele, para ser necessária, terá que ser informada pela razão pura prática, com exclusão de qualquer influência que não tenha origem na razão. Esse agir tem origem na liberdade, segundo Kant, porque não é determinado por causas estranhas à razão, mas pela “vontade pura, ou razão prática”, que se autodetermina.

Eis o desafio kantiano: dar cientificidade aos postulados da metafísica dos costumes¹⁸⁹, devendo, para tanto, respaldar-se em princípios universais tais como a física e outras ciências da natureza¹⁹⁰. No mundo das leis da liberdade, que se

¹⁸⁷“Denomino transcendental todo conhecimento que, em geral, se ocupa não tanto com os objetos, mas com o nosso modo de conhecer os objetos na medida em que este deve ser possível *a priori*” (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 33)

¹⁸⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p.191.

¹⁸⁹ Metafísica dos costumes é o conhecimento apriorístico das leis da ética.

¹⁹⁰ “Uma vez que meu propósito aqui envereda tão-somente para a filosofia moral, circunscreverei a questão posta nos termos a seguir: não é verdade que é da mais urgente necessidade algum dia elaborar uma pura filosofia moral que seja completamente depurada de tudo o que possa ser somente empírico e restrito à antropologia? Que deva existir tal filosofia, adverte-se, de modo evidente, da idéia comum do dever e das leis morais. Qualquer indivíduo haverá de confessar que para uma lei valer moralmente, isto é, como fundamento de uma obrigação, tem de trazer consigo uma necessidade absoluta; que o mandamento “não mentirás” não é válido somente para os homens, como se os outros seres racionais não tivessem de se importar com ele, o mesmo ocorrendo com todas as demais leis propriamente morais; que, por conseguinte, o fundamento da obrigação não se deve buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem se situa, mas *a priori*, exclusivamente em conceitos da razão pura e em qualquer outro preceito fundamentado em princípios da mera experiência, incluindo um preceito em certa medida universal, se ele se apoiar em bases empíricas, por mínimo que seja esse apoio, talvez por um único motivo de determinação, o

diferem das leis da natureza por estarem desvinculadas da causalidade, Kant distingue as leis morais das jurídicas, a partir de critério meramente formal assentando-a no móbil da ação, ou seja, aquelas cumpridas pelo dever são morais e aquelas cumpridas em conformidade com o dever são jurídicas¹⁹¹. Para melhor explicitar essa distinção, Kant¹⁹² utiliza a dicotomia interioridade/exterioridade denominando a doutrina do direito “a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa”.

A liberdade negativa kantiana fundamenta o direito no sentido de que o homem tem capacidade de autodeterminação e, assim, faz escolhas racionais, as quais, tomando o homem como ser circunscrito no mundo fenomênico, sem olvidar sua capacidade de acionamento da razão a partir dessa interação, não podem ser tomadas sem referência aos valores. É a partir dessa concepção que a liberdade individual é conteúdo de norma jurídica, buscando assegurar ao indivíduo o máximo de escolhas dentro dos limites da convivência, que são traçados pelos fins aos quais tende a comunidade. Esse papel fundamental que tem a liberdade como propriedade da autodeterminação é que autoriza a compreensão da liberdade quando inserida como norma fundamental.

No direito, as liberdades são vistas apenas no plano individual, mas a liberdade que se realiza como conteúdo de norma tem como fundamento a liberdade negativa kantiana que informa o direito, ou seja, a racionalidade que é qualidade humana autorizativa da definição de normas distintas das leis da causalidade, consistente na capacidade de construção de sua história. Essa atitude coletiva é destinada a fins que se realizam através dos valores, os quais são os limites jurídicos da atuação individual que se refletem na convivência. Os valores também determinam o conteúdo da área de atuação da esfera privada e a quem cabe fazer escolhas, como veremos adiante.

que se poderá chamar de verdade de regra prática, porém jamais de lei moral.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 15)

¹⁹¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 82.

¹⁹² KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 75.

Como fundamento do direito, a liberdade tem sua dimensão individual e coletiva, de cujas perspectivas não se pode apartar o jurista na formulação do conceito jurídico de liberdade. Num outro aspecto, a tensão entre direito e liberdade é sentida em toda a regulação da convivência, tendo em vista que as expressões deônticas clássicas consistentes nos comandos normativos que encerram uma ordem, uma proibição ou uma permissão, assim como as demais normas que emitem uma “ordenação de vigência” refletem indiretamente sobre a liberdade, já que se dirigem à conduta. Por isso, tanto autores clássicos como Hobbes¹⁹³, como mais atuais, tais como Bobbio¹⁹⁴, mencionam que a liberdade negativa se configura no espaço vazio não regulado pela lei¹⁹⁵, criando uma antinomia entre lei e liberdade.

Releva declarar que se incorre em equívoco conceitual, por se conceber a liberdade apenas na esfera individual sem consideração de valores e da dimensão comunitária em que o homem está inserido, a qual justifica a ordenação da convivência. Do ponto de vista jurídico, se se admitir a liberdade como alicerce sobre o qual se constrói a organização jurídica e ainda caso se pretenda inscrevê-la no conteúdo de proposições jurídicas, chega-se ao limite do contra-senso sustentar a idéia de que – onde não há lei, há liberdade – ou de que – onde a lei não impõe nem proíbe, há liberdade.

É possível que se admita essa expressão de um vulgo, mas não de um jurista. Se o conceito de liberdade for irreduzível com a atuação da lei, instrumento com o qual o direito atua solucionando litígios e indicando a conduta adequada, não se pode cogitar a inserção de liberdade como conteúdo de norma. Inscrevendo-se a liberdade como direito fundamental sem uma conceituação jurídica adequada a ser formulada pela dogmática constitucional, os conflitos não poderão ser solucionados de forma satisfatória. Desta forma, a liberdade apartada da convivência não é jurídica. Liberdade de agir sem consideração de escolhas sequer é humana.

¹⁹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 134.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 49.

¹⁹⁵ Em sua teoria, Alexy alude à definição de Jellinek, quando menciona que a liberdade jurídica é aquela consistente nas ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 219)

A partir do conceito kantiano de liberdade, vislumbram-se duas relações: uma entre direito e liberdade e outra entre lei e liberdade. Na primeira, ela fundamenta o direito, porque está assentada na racionalidade que é condição dele e o justifica na medida em que é um valor a cuja realização se dirige; na segunda, ela é visualizada sob duplo aspecto: primeiro é positivada como valor fundamental (assegurada uma esfera privada sem impedimento, que concerne ao indivíduo, sobre a qual tem autonomia para decidir) e, segundo, a ela subjazem as regulações de conduta que estão inspiradas em valores ou escolhas últimas que informam o sistema no qual assenta a ordem jurídica.

Se o homem convive, de forma organizada mediante normas que regulam liberdades, buscando ampliar as possibilidades e restringir ações que não se dirigem a essa realização, a lei funciona como redutor de possibilidades de escolhas de atuação individual. Consoante foi visto, em quaisquer situações o número de opções de escolhas é limitado por inúmeras circunstâncias, cabendo ao direito garantir o máximo de escolhas na atuação individual, desde que elas estejam inseridas no rol dos valores que ele pretende realizar e dos interesses juridicamente protegidos, ou seja, tenham relevância jurídica.

É a partir desses fins, valores, interesses, necessidades que é traçada a linha demarcadora da liberdade jurídica, para cujo desiderato a lei concorre como limitadora de opções, tendo em vista a consecução daqueles objetivos.

Detalharemos essas noções mais a frente, o importante, contudo, é ressaltar que aquelas relações que a liberdade mantém com o direito não são estanques, ao contrário, interagem dialeticamente, pois o sentido de lei como limite e redução de possibilidades decorre da vocação do direito à realização de valores que se fundamentam em escolhas que são a expressão da racionalidade ou da liberdade.

Inicialmente trataremos da primeira, iniciando com o conceito de direito para, em seguida, erigirmos um conceito jurídico de liberdade. Adiante, enfrentaremos a relação entre lei e liberdade, tanto quando aquela, expressando uma norma,

assegura a liberdade, quanto quando ela serve para a dedução da liberdade do princípio da legalidade.

5.1 O CONCEITO DE DIREITO

O direito é uma expressão da racionalidade que se manifesta em estreita dependência com a cultura, é o encontro entre a experiência do ser e a razão do dever ser. Assim como no processo de conhecimento, de apreensão da realidade, conforme ensinou Kant à posteridade, o intelecto nada intui e a sensibilidade não pensa, a faculdade da razão prática não pode ser exercida com plena satisfação se buscar as diretrizes numa pura razão moral apenas inspirada na boa vontade aprioristicamente dada, tal como ele pretendeu relativamente às leis da ética ou leis da liberdade. Com a erudição que lhe é peculiar, ensina-nos César Fabríz¹⁹⁶ que

O homem é o único ser vivente que consegue interpretar a realidade e transmitir essa interpretação por uma série ordenada de símbolos, transformando sua experiência vivida em discurso, cujo conteúdo e significado pode ser percebido por seus semelhantes. O homem, através da simbolização, tematiza o mundo segundo determinadas características, tornando-o realidade compreensível. É a partir dessa capacidade de pensar através de símbolos que reside sua humanidade. Enfim, o homem é um ser cultural.

O direito se dirige à conduta humana, regulando-a a fim de permitir a convivência de liberdades. Nesse desiderato, importa como o homem compreende o semelhante e o mundo que o cerca, fazendo desse conhecimento a sua cultura e construindo os valores que constituem a realização da convivência, os quais se percebem através dos juízos que são formulados em prol de condutas moralmente prescritas e que, naquilo que importa e releva na solução de eventuais conflitos de bens, tornam-se jurídico.

Não há, pois, como conceber o direito sem razão ou sem a experiência da convivência que a torna cultural. A cultura somente é produzida em função da capacidade humana de produzir, por intermédio da razão, modos de compreensão

¹⁹⁶ FABRIZ, Daurý César. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 32.

do mundo circundante no qual o homem se integra. Por outro lado, pensar em algo não faz desse pensamento uma realidade. Assim, produzir normas ou eleger critérios ideais de comportamento não leva à obediência ou ao reconhecimento dessas idealizações como padrões de comportamento. A cultura é, pois, “um reflexo do agir racional do homem sobre o seu meio ambiente”¹⁹⁷.

Em obra mais recente, o autor mantém-se fiel à compreensão do direito como realidade cultural, “variável no tempo e no espaço”¹⁹⁸, qualificado pela conduta que o insere no campo da experiência. Tratando o direito a partir da conduta e não do método, há que se destacar a importante contribuição que é trazida pela teoria egológica do direito, de inspiração fenomenológica, na qual Cossio, a partir de Husserl, analisa o objeto jurídico a partir do homem e de sua condição de ser no mundo, não importando, portanto, as investigações acerca da possibilidade de conhecimento do direito, tarefa reservada à filosofia, mas apenas conhecê-lo.

Numa crítica severa à teoria pura do direito de Kelsen, Cossio objeta àquela teoria que a convicção kelseniana de que o método cria o objeto o levou a confundir conteúdo com método. Deste modo, se tudo o que existe consiste em alguma coisa, não pode existir algo sem consistência, pois “toda investigação, toda enunciação, toda conceitualização diz algo”¹⁹⁹.

O conceito de Direito em Kant foi erigido sobre três premissas, a saber: a da exterioridade, no sentido de que o direito cuida das ações externas, das relações de uma pessoa com a outra; da relação entre arbítrios – a qual denominamos de qualificação da ação – e não entre aspirações ou entre arbítrio e aspiração, sendo esta o mero desejo e aquele a capacidade de fazer valer a vontade; e, por fim, a formalidade, uma vez que o direito não se ocupa da matéria ou conteúdo da norma, mas apenas da determinação de convivência de arbítrios segundo uma lei universal de liberdade.

¹⁹⁷ FABRIZ, Daury César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

¹⁹⁸ FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003, p. 152.

¹⁹⁹ COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: De Palma, 1987, p. 24.

Vale lembrar que Kelsen teorizou o Direito a partir dos imperativos kantianos, fundados no dever. A verdade é que, depois de Kant, a ciência nunca mais foi a mesma e seus escritos serviram para fundamentar teorias jurídicas diversas, seja no que diz respeito ao método, seja no que pertine à sua gnoseologia, seja no que se refere à sua ontologia. Diante disso, poder-se-ia abrir um tópico aqui, trazendo o conceito de Direito em Kant, como fizemos na liberdade, mas, para o momento, é importante registrar que a orientação kantiana foi valiosa para a percepção da distinção entre ser e dever ser, entretanto não seguiremos seus pressupostos epistemológicos que condicionam a validade científica à certeza e ao universal, posto que este têm espaço limitado na experiência.

A orientação kantiana seguida por Kelsen (com inspiração na escola de Marburgo) leva à separação entre ser e dever ser, como pressuposto da compreensão da metódica do direito, de forma que o mundo físico e o ético, embora regulados por leis distintas, devem se submeter a idênticos critérios de validade universal, tendo como condição a sua desconsideração valorativa²⁰⁰. Não é necessário tratar aqui da superação de sua doutrina pela evidência também trazida por uma outra vertente neokantiana da escola de Baden, que trata o direito como ciência referida a valores.

Nesse sentido, Radbruch²⁰¹ realça a necessidade de compreensão do Direito como fenômeno dotado de peculiaridades que o fazem distinguir das ciências da natureza quando se manifesta no seguinte sentido:

Seria um milagre extraordinário – produto duma espécie de harmonia preestabelecida entre dois modos totalmente diversos de contemplar a realidade, que ninguém suspeitaria possível – se um conceito formado com referência a valores, como o de direito ou o de crime, pudesse coincidir com um conceito naturalístico obtido através duma contemplação não valorativa (*wertblind*) das coisas.

Compreender o Direito é apreender a sua idéia, como bem pontua Radbruch²⁰², quando o define como “realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 14.

²⁰¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 45.

²⁰² *Ibidem*, p. 45.

jurídico, da idéia de direito.” Esse filósofo neokantiano da Escola de Baden, mais conhecida como sudocidental alemã, é representante da Jurisprudência dos valores, alicerçando seu conceito de Direito em uma realidade cultural, ou seja, referida a valores. Nesta perspectiva, o autor advoga uma noção de Direito segundo a qual é ele produto da razão humana, dirigida a atuar na realidade, estando, pois, inevitavelmente destinado a fins e, com isso, a valores.

Embora inserido na cultura, o Direito não extrai, segundo o autor, os seus fins ou valores da experiência, posição que assegura sua permanência no pensamento filosófico racional, embora abrandado. Demonstra-o, utilizando algumas alegorias conceituais de legitimidade. Na primeira, demonstra como o conceito depende dos fins aos quais se destina o objeto, de forma que um objeto mesa somente pode ser definido a partir dos fins aos quais se destina: uma mesa pode possuir três ou quatro pernas, ou mesmo não tê-las – operando-se sua substituição por dobradiças – mas o elemento determinante de sua definição é a prancha que se destina de apoio para atividades (comer, estudar etc) ou para colocação de objetos em torno dos quais as pessoas se reúnam, ou seja, sua finalidade.

Numa segunda alegoria, assevera que a validade independe da possibilidade, ou seja, o que determina a validade de uma conduta não é a sua viabilidade prática, pois a repetição na experiência não leva à conclusão de que se deve seguir aquele comportamento. Exemplificando, diz que o desejo de remar contra a maré não é ilegítimo somente por que a experimentação parece impossível. Arremata, ainda, dizendo que os fatos influenciam o mundo do dever ser, mas não devem servir de fundamento às suas valorações²⁰³.

Já Kaufmann²⁰⁴ atenta para a necessidade de construção de um conceito de direito que diga algo sobre sua realidade e conteúdo, apontando para a dificuldade desse conceito materialmente formulado, sem consideração de método. Para ele, o método dedutivo, que parte do geral para o particular, não é suficiente para a apreensão das

²⁰³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 50.

²⁰⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 281.

particularidades, e o indutivo traz o risco do subjetivismo. À conta disso, acena para uma abordagem “analógica” que leve em conta a dialética dos processos dedutivo e indutivo, na qual se insere a seguinte compreensão²⁰⁵:

Assim como a partir da idéia abstrata de direito (dos princípios gerais do direito) somente pode surgir a lei concreta (norma jurídica) quando ela se põe em contato com as possíveis circunstâncias de fato da vida por regular, portanto, a partir da lei (norma jurídica, regra jurídica) somente pode resultar direito concreto através do contato com as reais condições da vida. Se bem não é possível que a partir do ser, como tal, surja direito normativo, é menos possível que a partir do dever ser, como tal, se produza direito real.²⁰⁶
(Tradução nossa)

O direito é, pois, objeto da ciência do direito, que tomada em sua acepção estrita é chamada dogmática jurídica. O objeto da dogmática, ou seja, o direito é a construção racional da convivência ordenada, em busca da realização dos valores que são apreendidos na intuição tanto subjetiva quanto objetiva e fundamentados na vocação teleológica do homem. Na realização desses valores, o ordenamento jurídico emite juízos de valoração que são as verdades da dogmática, as quais passam por uma correção racional a partir do confronto deles com a experiência. Fins, valores, razão e experiência estão visceralmente relacionados na construção do mundo jurídico.

5.2 OS MÉTODOS JURÍDICOS DE COMPREENSÃO DA LIBERDADE

O modo pelo qual o direito atua em direção ao seu desiderato é objeto da metodologia jurídica. As diferentes metodicas adotadas pela dogmática jurídica demonstram as maneiras distintas de consecução dos seus objetivos, sendo importante também ressaltar que a definição do objeto do direito, que é fixado no

²⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 283.

²⁰⁶ Para dar credibilidade, segue o texto original – “Así como a partir de la idea abstracta de derecho (delos principios generales del derecho) sólo puede surgir la ley concreta (norma jurídica) cuando ella se pone en contacto con las posibles circunstancias de hecho de la vida por regular, por tanto, a partir de la ley (norma jurídica, regla jurídica) sólo puede resultar derecho concreto a través del contacto con las reales condiciones de vida. Si bien no es posible que a partir del ser, como tal, surja derecho normativo, es menos posible que a partir del deber ser, como tal, se produzca derecho real”. (*Ibidem*, p.283)

seu conceito é tarefa da filosofia, mas mantém uma relação de interdependência com o método, uma vez que este último se destina ao resultado que aquele aponta.

Assim, a adoção e o desenvolvimento de certo método indica o conceito de direito que subjaz a ele. Conceituar o direito cumpre uma etapa importante para a elaboração de um conceito jurídico de liberdade, até porque, como dito antes, a relação entre direito e liberdade está marcada por perplexidades. O conceito de liberdade também exigirá que se investigue o método da dogmática que recepcionou a fragmentação do seu conceito, ou seja, qual era o método aplicado quando a liberdade começou a ser positivada, por força das declarações de direitos que eclodiram no século XVIII e se atualmente esse conceito se adequa à nova visão de direito denunciada pela nova dogmática. Para tanto, faremos uma incursão nos diversos métodos que a dogmática adotou a partir da modernidade, quando surgiu a fragmentação do seu conceito.

Desta forma, a questão metodológica deve, antes, passar pelo crivo da discussão acerca do ser da liberdade, que é filosófica e do conhecer do Direito, melhor dizendo, como o Direito conhece os objetos, seres, enfim, a realidade que o cerca, objetivo que somente pode ser concretizado a partir da adequação dessas realidades às suas categorias próprias, sem as quais não se deduz conteúdo jurídico. O Direito conhece através de seus conceitos fundamentais, os quais, conforme adiante veremos, não têm que ser formais, abstratos e universais, mas devem, antes de tudo, se ater às condições de possibilidade material e formalmente jurídicas de conhecimento.

5.2.1 A liberdade sob o signo do conceito jusnaturalista de ciência

A concepção jusnaturalista de ciência possui mais de uma vertente, abrangendo tanto as correntes que fundamentam o direito na natureza das coisas (Antigüidade Clássica), quanto aquelas que o explicam através de leis divinas (A escolástica de São Tomás de Aquino que associou as idéias de Aristóteles ao Cristianismo), bem como a mais atual delas, que encontra justificativa das leis jurídicas na razão

humana. Essa moderna concepção foi iniciada por Grotius, Pufendorf e seguida por Thomasius os quais laicizaram o direito, libertando seus conceitos da teologia.

Essas três emanções constituem as diversas fases pelas quais o jusnaturalismo, como teoria científica, conheceu o Direito. Em todas elas, o jusnaturalismo é reconhecido por sustentar uma certeza apriorística sobre a existência de uma lei natural, eterna e imutável²⁰⁷ reguladora do universo ou dos homens. A depender da vertente do jusnaturalismo, essa lei é extraída da natureza das coisas, informada pela inspiração divina ou resgatada da razão humana. Por influência do iluminismo racionalista, essa lei natural era captada por uma razão pura revelada somente a quem não permitia, no processo de absorção dela, que fatores de ordem empírica influenciassem sua revelação.

Foi sob o signo do jusnaturalismo que a doutrina da liberdade assumiu sua inspiração máxima, por influência, como já foi dito, do pensamento humanista e, posteriormente, do racional-iluminista que influenciaram o reconhecimento dela como direito fundamental. Releva, para o nosso trabalho, os efeitos práticos dessa doutrina na formulação do seu conceito jurídico e, neste sentido, diz-se que a concepção da liberdade sob o signo do conceito jusnaturalista da ciência impõe a sua consideração como evidência e, por conseguinte, como direito natural inerente ao homem do qual não pode ser despojado por qualquer direito positivo. Essa concepção alcança o critério de validade do direito, sendo certo dizer-se, mediante essa doutrina, que advoga a dimensão de universalidade da liberdade, que a liberdade é direito fundamental inalienável e que o ordenamento jurídico que não a contemple não pode ser considerado válido.

Assim, o iluminismo defendendo um cientificismo que propugna por uma ética segundo a qual tudo se subsume a leis universais, preocupa-se mais em descobrir os pressupostos que tornam o comportamento válido e comprovável nas bases epistemológicas que fundou com respeito à universalidade, à certeza e à

²⁰⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

generalidade, estabelecendo uma legalidade apriorística, que visa sondar a sua aplicação concreta.

Para tanto, necessário se faz descobrir o elemento determinante dessa moral universal e fazer com que todos os comportamentos que dela se desvirtue se enquadre, por uma exigência da consciência, da racionalidade e do progresso, pois o homem iluminista é a pura razão e a fortaleza de caráter, devendo, portanto, compatibilizar seus anseios com o que tem de mais valioso ao desenvolvimento em todos os seus aspectos. Avançar, progredir, decompor para analisar e dominar, eis os pilares do humanismo que descambou no iluminismo e encontrou as tribos da América assentadas em valores distintos, vivendo numa cultura em que o progresso, a ambição e a transformação da natureza não tinham relevância. Talvez, desde então, tentemos importar esses paradigmas e, atualmente, o novo reclama a particularização na solução dos conflitos. Isso é a idealidade, mas não vivemos mais em tribos.

A anterioridade dos direitos fundamentais em relação ao Estado pode fundamentar também as teorias do mínimo existencial, atualmente defendidas por liberais e comunitaristas, tais como Rawls e Walzer²⁰⁸, devendo-se ressaltar a contribuição do racionalismo com sua tendência ao universal para a compreensão do direito como ideal de vida compartilhado, desiderato que, conquanto fosse buscado na razão, permitiu, a partir de suas negações e críticas, o balizamento e o encontro dele com os valores.

Não vamos nos ater às diversas caracterizações que o jusnaturalismo assumiu ao longo dos séculos, tendo em vista que a concepção de liberdade, por ele proposta, foi detalhada em capítulos anteriores quando falamos das declarações de direitos e da relação entre ela e o liberalismo, associação que dicotomizou a liberdade. A doutrina racional-liberal trouxe ao mundo a concepção de liberdade como condição humana de finalidade em si mesma, associando essa autonomia ou determinação

²⁰⁸ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

da vontade às motivações psicológicas e privadas, afastando-a da inserção comunitária que subjaz a toda construção jurídica.

A expressão da personalidade individual e a não interferência na esfera privada definem o modo de ver jusnaturalista da liberdade, tendo como fundamento a origem, no que diverge dos seus adversários positivistas, que marcam o começo no direito positivo. Para além deste debate sobre fundamento, do qual já nos ocupamos alhures, importa ressaltar que a liberdade tem um conteúdo mínimo que informa seu núcleo e que nos é dado pela razão, para a qual converge uma fluidez tipológica que varia em função dos novos carecimentos informados pela ordem dos valores fundamentais compartilhados no âmbito jurídico de convivência.

Esse critério de universalidade informador da validade científica leva a metodologia a se contentar com a forma das proposições jurídicas, consoante formato kantiano de conceber o direito, sem levar em conta que o direito regula condutas às quais subjazem liberdades e não descreve fatos da natureza, razão por que não pode ser investigada sob o critério de cientificidade das ciências naturais, porque o homem é um ser particular e não universal e não se repete nem nas razões nem na experiência.

A visão mecanicista da liberdade em nada foi alterada pela superação do jusnaturalismo pelo positivismo. Aliás, o positivismo jurídico, doutrina surgida no início do século XIX, tem sua origem associada ao nascimento do Estado Moderno, não sendo de todo absurdo dizer que os contratualistas, apesar se enquadrarem filosoficamente na doutrina jusnaturalista, deram início ao método positivista do direito, que passaremos a expor.

5.2.2 A liberdade sob o signo do conceito positivista da ciência jurídica

No dizer de Bobbio²⁰⁹, a dicotômica abordagem do direito, que o definia segundo critério de anterioridade ou posterioridade ao Estado, foi suplantada quando do advento do positivismo jurídico. A partir daí, não se falava mais de direito natural oposto ao direito positivo, mas da existência de apenas um direito, o positivo, negando-se ao jusnaturalismo a qualidade de doutrina do direito.

A codificação, característica marcadamente moderna, surgiu como repúdio à diversidade de ordenamentos verificada na Idade Média, propugnando pela unidade, clareza e simplicidade da lei. A construção teórica que subjaz ao combate da incerteza nas relações econômico-sociais gerava insegurança, situação com a qual não se compadecia os racionalistas do século das luzes, defensores dos interesses da burguesia emergente, que lutava pela ampla liberdade de contratar e pelos interesses na segurança e na maior agilidade nos negócios.

Segundo Bobbio, “da codificação começa a história do positivismo”. É um fenômeno decorrente do iluminismo²¹⁰, doutrina que teve grande expressão na França revolucionária. Um dos expoentes do iluminismo francês, Montesquieu, exaltava a função judiciária como de simples reprodução do texto da lei, alertando para o risco da insegurança que geraria decisões que não estivessem rigorosamente adstritas ao texto legal²¹¹. Ademais, o princípio da separação dos poderes seria violado caso o judiciário comesçasse a legislar.

Mas, antes mesmo da eclosão dos ideais iluministas, Thomas Hobbes já havia combatido severamente o sistema da *common law* britânica, defendendo a codificação, ou melhor, o monopólio legislativo por parte do Estado, conclusão que se coaduna com sua teoria, exposta no *Leviatã*, segundo a qual os súditos transferem ao corpo político a soberania através de um pacto de submissão.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

²¹⁰ Iluminismo é a doutrina surgida no século XVIII, que combate o sentimento de decaimento do homem, idéia difundida pelos cristãos, condenando a concepção de minoridade das capacidades humanas. Sobreleva o homem, valorizando – como fim em si mesmo.

²¹¹ “Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando H. Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 148, p. 152)

Portanto, a onipotência do legislador é um dogma que atravessa o liberalismo, sem que, no entanto, encontre ali a sua origem. O absolutismo também buscava a unidade do poder, contrapondo-se à proliferação de autoridades e impondo sua supremacia sobre as demais forças, notadamente a nobreza e o papado.

Contudo, a real distinção entre as doutrinas mencionadas não é a defesa do monopólio legislativo, mas a segurança do cidadão contra as investidas do poder, circunstância somente visualizada pelo ideal político-liberal, que pregava a separação dos poderes e a representação. Se havia um incômodo inicial com a possibilidade de abuso, pelos juízes, no ato de decidir com base no direito próprio, a concentração de atribuições legislativas em uma pessoa ou corpo político não deixava os cidadãos a salvo contra os excessos do próprio poder. Essa era a tônica do liberalismo, uma defesa da segurança, buscando garantias contra as investidas do poder sobre a privacidade dos súditos: sua liberdade, por exemplo, como expressão da personalidade, pertencia-lhes e ninguém poderia duvidar desse postulado lockiano de que a pessoa é proprietária de sua liberdade.

Parece um contra-senso, mas a codificação foi amplamente defendida pelos racionalistas jusnaturalistas do século XVIII, como forma de se contrapor aos excessos do absolutismo. Consoante a doutrina do direito natural, acreditava-se que as leis deviam ser universalmente extraídas da razão e apreendidas em quaisquer contextos espaço-temporais.

Lançando-se contra essa teoria, surgiu a escola histórica do direito, cujo expoente, Savigny, opõe-se ao universalismo e aos *a priori* do direito natural, buscando os fundamentos do direito no espírito do povo, nas tradições, na história, ou seja, na experiência prática das nações. As bases de seu pensamento podem ser definidas de acordo com as seguintes características: individualidade e contingência das experiências humanas; irracionalidade dos movimentos históricos; pessimismo ao conceber a natureza humana; e amor pela tradição²¹². Essa corrente de pensamento criou as condições para a passagem do jusnaturalismo ao positivismo, embora

²¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 51.

aquele jurista alemão fosse veementemente contrário à codificação. Dentre outras objeções, acreditavam os defensores da escola histórica que a codificação engessaria as relações vivas entre os homens.

A idéia de sistema construída pela doutrina jusnaturalista, inspirado no idealismo alemão e desenvolvida por Savigny, que teve como matéria as fontes de Direito romano, significava “a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade”²¹³. A partir dela, erigiu-se a Jurisprudência dos conceitos, a qual, utilizando-se da lógica formal, defendia a subsunção de todos os fatos da vida a conceitos abstratos, tendo como substrato teórico a sua conformação em pirâmide em cujo vértice ficava o conceito supremo, que amalgava todos os demais e que tinha um grau de abstração muito maior, embora uma abrangência menor²¹⁴.

Contra essa orientação que conclamava o mundo jurídico a classificar os fatos segundo uma genealogia dos conceitos, insurgiu-se Heck, para quem o direito se realizava nos tribunais, a partir da solução dada a cada caso concreto. Segundo essa concepção, que vislumbrava o fundamento das decisões legislativas, bem como das judiciais no embate dos interesses, defendida por Jhering em sua segunda fase, “a vida não é conceito; os conceitos é que existem por causa da vida”²¹⁵.

O positivismo é caudatário dessas concepções e tem como objetivo refutar o jusnaturalismo, que, inspirado na idéia de codificação como método de garantia de segurança dos súditos contra o poder soberano, tende com vigor excessivo à legislação única e dela não se afasta, pois a considera fonte exclusiva do direito.

Pode-se apontar os seguintes aspectos como pressupostos fundamentais do positivismo jurídico: o positivismo jurídico, ao focar o direito, mira-o sob a perspectiva do fato e não do valor, ou seja, adota uma concepção avalorativa do

²¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 58.

direito; a coação como elemento conceitual do direito; supremacia da forma; caráter imperativo da norma jurídica; a concepção do direito enquanto sistema de ordenação e não apenas sob perspectiva fragmentada, mas sob a óptica da norma enquanto comando coativo; numa perspectiva metodológica assume posição interpretativa e não criativa do direito; postula a obediência à lei enquanto tal.

Enfim, o que, na concepção positivista, é suscetível de averiguação científica são os fatos sensíveis e, no que concerne ao direito, os fatos subsumíveis a leis que se comprovam através da experimentação²¹⁶. O positivismo propugna por um método jurídico de conhecimento idêntico àquele aplicado às ciências da natureza e, sendo os fenômenos pertencentes ao mundo exterior (perceptíveis ou mensuráveis) ou os inseridos no mundo psíquico, devem se ater à relação de causalidade que informa todos os fenômenos. Assim, as vertentes do positivismo informam que os fenômenos perceptíveis ou estão na consciência (teoria psicológica do direito) ou nos fatos externos e sociais (teoria sociológica).

A discussão metodológica atual que vê a Jurisprudência como ciência referida a valores surgiu da crise a que o positivismo levou a dogmática, tentando subsumir os fatos da vida ora em conceitos avalorativos, ora em meio para consecução de fins utilitários. O idealismo desempenhou importante papel na intermediação entre norma e valor, pondo a Jurisprudência na perplexidade da falta de respostas às indagações formuladas pelas novas realidades não subsumíveis aos seus conceitos avalorativos.

A antiga concepção de que o que é valor não pode ser submetido à prova levou os seres humanos particulares, subjetivos e imersos numa diversidade irritante a se verem impossibilitados de formular conceitos científicos em sua razão prática, a não ser que resolvessem se submeter a uma régua de equalização que os considerava detentores de um querer que não queriam ou possuidores de atributos que não tinham.

²¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 46.

O positivismo defendia a dicotomia liberdade positiva/negativa criada pelos liberais, nascendo daí algumas contradições decorrentes da dissociação entre escolha e ação, por entenderem que, na primeira, estão as manifestações valorativas que não são passíveis, por sua vez, de verificação científica. Liberdade é, pois, para os positivistas, o mesmo que é para os jusnaturalistas racionais, ou seja, aquele movimento desimpedido sem consideração da direção. Pode ser descrita, no viés positivista, como a faculdade de agir naquela esfera em que o legislador nada prescreveu ou nada proibiu.

Essa concepção de liberdade se adequa ao seu conceito negativo, que se insere dentre aquelas situações em que o agente não sofre impedimentos. O positivismo visualiza a liberdade como direito assegurado (liberdades públicas) ou como possibilidade de conduta tacitamente garantida (art. 5º, II, da Constituição Federal). Não explica como se compatibiliza a liberdade nesses dois aspectos únicos com a possibilidade de adoção de norma geral exclusiva²¹⁷, ou seja, ao existir lacunas, deve-se recorrer à analogia, ainda que como método de interpretação. Essa vontade presumida do legislador vulnera a segurança jurídica tão necessária para teóricos do cientificismo matemático do direito.

Poder-se-ia objetar que essa situação omissiva não se dirige à liberdade, mas ataca a segurança, o que não os favorece, já que opera com a pretensão de certeza de seus postulados. Se o legislador diz que A deve ser, garantindo liberdade de ação em tudo que não se conforma com A, como é possível admitir-se, para o positivismo, que A não é bem A, mas que, em seu conteúdo, numa visão probabilística, porque estamos lidando com comportamentos humanos, imprevisíveis por natureza, não se

²¹⁷ Sendo a coerência um dado importante para o positivismo, preocupa-se ele com a superação de lacunas e de antinomias. Para o positivismo clássico, dizer que o ordenamento jurídico comporta lacunas seria o mesmo que afundar sua doutrina no fundo de um mar revolto, após uma grande tempestade, já que se funda na idéia de que o direito é um sistema fechado que produz suas próprias soluções. Para explicar esse fenômeno, duas escolas surgiram: uma que propugna pela existência de um espaço jurídico vazio e onde a lei não previu qualquer comando (proibição ou constrangimento) deduz-se que esse comportamento está dentro daquelas situações irrelevantes para o direito, ou seja, que fora do seu campo de incidência; e a teoria da norma geral exclusiva, que se funda na premissa de que o que não está proibido ou ordenado está permitido (espaço reservado à liberdade negativa), ou seja, está juridicamente enquadrado. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 208).

pode prever todas as variantes dentro de A e, o que é pior, A pode ter um conteúdo muito mais amplo do que se imagina?

Além do mais, numa visão mecanicista, liberdade é liberdade, ou seja, é aquele movimento não sujeito a impedimento e, se dissermos que toda vez que o legislador não prevê uma determinada conduta, seja para impô-la, seja para proibi-la, o indivíduo tem permissão para agir conforme seu arbítrio, estaremos diante de uma típica, moderna e positivista descrição da liberdade. Talvez a solução fosse repensar o conceito de liberdade.

Poder-se-ia dizer, então, que esta liberdade residual refoge à esfera do direito, segundo a teoria do conteúdo vazio, sustentando-se que o que não é imposto ou proibido tem conteúdo irrelevante para o direito. Esse entendimento da liberdade levaria à impossibilidade de pretensão jurídica baseada na garantia da possibilidade de agir dentro da esfera irrelevante.

O direito, como ciência cujo objetivo se dirige ao comportamento, abarca todos os movimentos individuais e coletivos suscetíveis de inclusão no campo da possibilidade e fora da necessidade, ou seja, não sendo impossível nem necessário o comportamento pode ser prescrito pela norma jurídica, posto que seria vã uma regra que proibisse dormir ou comer e irrelevante uma que ordenasse essa conduta. Da mesma forma não teria sentido obrigar ou proibir algo impossível.

Assim, sendo fluido o objeto do direito, impossível se torna a sua delimitação para dizer-se, parafraseando com os dogmas da ciência, universal e, necessariamente, sem consideração de espaço e tempo, o que é e o que não é passível de conflito.

Ainda inserida na orientação positivista, variando apenas quanto ao critério de validade das normas jurídicas, encontra-se a doutrina realista. Para esta, guardadas as devidas variações, válidas são as normas eficazes; enquanto para o positivismo clássico válidas são as normas postas pelo legislador em obediência às formalidades de competência hierárquica.

Aqui não nos interessa essa abordagem por limitação do conteúdo do trabalho que não objetiva investigação de conteúdo de validade de norma nem de direito. A nova dogmática, partindo da possibilidade de formulação de conhecimento jurídico com referência a valores, é o que interessa na investigação da liberdade e na formulação da necessidade conceitual para a devida aplicação.

5.3 A NOVA DOGMÁTICA: A ORDEM DOS VALORES

As normas jurídicas pretendem alçar à posição de certezas jurídicas perante a filosofia do direito. Para isso, passam por um juízo de correção ou validade no qual estão inseridos a finalidade e o conceito de direito, ou seja, se e o direito busca a realização do justo, do útil, do bem, da liberdade, da igualdade, da realização de interesses temporal e espacialmente estabelecidos, enfim, de valores que vão informar a aplicação de suas normas, investigação que pertence à dogmática jurídica. Ainda pertence à filosofia, após definição (se é que é possível) do critério de validade das normas jurídicas, a indagação acerca de onde se busca essa certeza, se na razão ou na experiência, que também importa à dogmática na fixação de seus conceitos.

Na aplicação das normas jurídicas, cuja prática pertence aos tribunais, mas é objeto de estudo da dogmática, as normas devem ser interpretadas e, nessa perspectiva, elas são tomadas como verdades. Essas certezas empíricas não escapam à pergunta necessária para a sua aplicação: o que pode ser considerado como incluído, formal e materialmente, no âmbito de norma? E, em seguida, a outra: após definir o direito válido (o que abrange o conteúdo da expressão norma) qual a interpretação correta, ou melhor, qual a interpretação me levará ao que a minha posição filosófica entende como fim do direito (justo, bom, útil etc)?

Para isso, a dogmática, que define a esfera do direito válido e trata de sua aplicação, por meio da interpretação, se utiliza dos conceitos, que são modos que ela dispõe para conhecer suas realidades, estando esses modos atrelados, necessariamente, aos valores que são os critérios de validade de que se vale a filosofia. Assim,

conhecer a norma²¹⁸ é interpretá-la e, nessa função, o jurista aborda o conteúdo aplicativo através das possibilidades de conhecimento da dogmática.

Esse conhecer ou interpretar o conteúdo da norma se faz através dos conceitos, que são as categorias pelas quais o direito conhece, a fim de possibilitar a correção da justificação racional dada na decisão. Para isso, adotaremos a perspectiva da dogmática tridimensional de Robert Alexy²¹⁹ dando especial importância à dimensão analítico-conceitual na construção jurídica do conceito de liberdade que respeite as peculiaridades do direito, suas categorias essenciais e seu modo de conhecer, a fim de que seja afastada a compreensão dela na dicotomia positiva/negativa erigida como solução para questões sócio-políticas. A visão dogmática jurídica tem sua dimensão empírica fixada pela fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988 e, especialmente, pelo direito fundamental de liberdade.

Convém aduzir que Larenz²²⁰ defende os princípios constitucionais (neles estando incluída a liberdade), os quais constituem pautas carentes de concretização, não sejam subsumíveis a um conceito, porque entende o conceituar como uma expressão comunicativa de definição valorativamente neutra. Em virtude disso, propugna por uma perspectiva tipológica, como pensamento orientado a valores. Para ele, quando o legislador enquadra uma realidade num conceito, é necessário que estabeleça a “situação de fato de modo tão preciso quanto possível, de tal forma que a sua ocorrência no caso singular possa ser constatada por via da subsunção, sem recorrer a pontos de vista valorativos”²²¹.

Não se pretende retornar ao século XIX, para defender uma Jurisprudência de subsunção a conceitos. Antes de mais nada, compreende-se a dinâmica da vida e a diversidade das visões de mundo que cada um possui e que subjazem às relações

²¹⁸ Norma aqui será tomada como significado ou conteúdo, consoante distinção adotada por Alexy entre norma e enunciado normativo. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 60)

²¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

²²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316.

²²¹ *Ibidem*, p. 308.

humanas, cujo modo de agir e de discernir está vinculado à posição perspectiva que a pessoa assume diante da realidade que a cerca. A genealogia dos conceitos, sustentada por Puchta²²², funda-se num sistema piramidal construído de acordo com uma lógica formal na qual os conceitos inferiores são deduzidos dos superiores, valendo para os primeiros todas as afirmações que forem feitas para os segundos, posto que esses determinam o conteúdo nuclear daqueles.

Contra esse método de formulação, insurgiu a Jurisprudência dos interesses que, baseada na convicção de que os fatos da vida não se subsumem a conceitos, dá ênfase às soluções particulares tomadas nos tribunais. Longe de sustentar, tal qual faz Heck²²³, que o direito que importa para a vida é o que se realiza na sentença do juiz, de vez que esta somente é requerida quando existe um conflito. É inevitável perceber que a organização sob leis exige disposição para aceitação delas (legitimidade)²²⁴, situação que pode ser alcançada a partir da justificação dos seus comandos normativos.

Assim, adotando uma concepção de direito enquanto disciplina que, embora tenha uma formulação conceitual, se destina, precipuamente, a uma aplicação prática que não se subsume apenas enquanto prática judicial, mas na realização do conviver humano normativo, que é dirigido necessariamente (podendo ser espontâneo) à obediência a regras. Tem-se, por conseguinte, que a atitude teórico-conceitual, responsável pelo estabelecimento dos pontos de partida, também se destina à experiência.

Desta forma, tratando-se da prática do conviver dos humanos e dos juízes acerca da realidade, para fins de estabelecimento das normas que devem regular a convivência, o direito se identifica como uma atitude referida a valores e, no sentido da dogmática, essa atitude está presente em todas as suas dimensões.

²²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 24.

²²³ HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999, p. 26.

²²⁴ Trago aqui a distinção, formulada por Larenz, entre legitimidade e legitimação, em que a primeira significa o reconhecimento da autoridade ou disposição para aceitar decisões, enquanto legitimação é a justificação da decisão ou do comando. (LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 276, nota 222)

A dogmática jurídica, por sua vez, se ocupa do direito no seu aspecto normativo, mas ela, antes de dar normas, se destina à sua enunciação no que concerne ao direito vigente. Tendo como limite de indagação de validade a Constituição Federal pretende a dogmática a formulação de juízos de correção sobre o direito válido, bem como sobre as decisões judiciais, buscando a interação dos valores com a experiência dos fatos e das normas. Neste sentido, parte do conteúdo normativo para discernir sobre a correção das soluções judiciais, adotando interpretação condizente com os valores inseridos na Constituição, influenciando, de outra parte, a construção de conceitos que servem de norte nas decisões, bem como na formulação das regras do direito vigente.

Em se tratando de dogmática jurídica, Alexy²²⁵ diz que o problema principal dela é responder à questão seguinte: que é o devido nos casos reais ou supostos? A resposta a essa indagação é dada sob a perspectiva do juiz, ou seja, ainda que a ciência do direito adote outras perspectivas ou que ela não se resuma à solução de casos concretos, é ele quem fundamenta juízos jurídicos concretos de dever ser. A supremacia do caso julgado, defendida por Alexy, dentre outros, reduz em grande parte a dimensão legitimante do direito sob o ponto de vista do reconhecimento da norma enquanto tal, condição importante quanto à solução justa de casos concretos, pois não só de conflitos vive o direito, embora ele trabalhe na perspectiva de solucioná-los. Para tanto, atua em duas frentes: elaboração de leis que protejam bens e que, em vista da relevância, podem ser objeto de conflito e a solução efetiva do conflito.

Para a solução, é necessário que haja o conflito, mas a ordenação da vida coletiva da qual cuida o direito, em sua dimensão empírica, supõe, também, para a melhor convivência, que a lei seja respeitada espontaneamente. Não se pretende defender uma sociedade de anjos, pois a coação é um dos atributos do direito, mas a aceitação da autoridade, ou seja, a sua legitimidade e o reconhecimento do conteúdo como adequado, ou seja, a justificação, são também condições da convivência, pois do contrário não se sabe porque se obedece. Partir do princípio de

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 33.

que o direito se realiza precipuamente mediante solução de conflitos gera dificuldades também para a dogmática. Dizer que o direito trabalha com a possibilidade e, somente por ela, é diferente de dizer que o direito somente se realiza na solução dos conflitos.

Fiel à tradição da Jurisprudência dos conceitos, busca Alexy uma solução para adequar a dogmática à demanda de casos que não se adequam ao conceito abstrato e universal apresentado em sua analítica. Assim, dota a dogmática de três dimensões, superando aquela questão levantada por Heck de que nem todas as situações concretas se subsumem aos conceitos, transferindo para a prática judicial a maior parcela de contribuição na solução dos casos concretos. Tanto é assim que, no caso do conceito de liberdade apresenta uma entidade abstrata onde tudo pode ser subsumível a ele, deixando para os tribunais a solução através da ponderação.

Não basta que haja conflito para que seja aplicado o método da ponderação. Na verdade, o conceito bem delimitado não deixa senão as particularidades do caso para a solução judicial, reduzindo o número de conflitos, inclusive. A conflituosidade é resultado da diversidade, mas não se deve exarcebá-la para provar que uma sociedade é plural. A tolerância é uma regra que determina a convivência na diferença, evitando-se conflitos.

Temos alguns problemas de ordem prática e outros de ordem teórica que podem ser apresentados para refutar a teoria da solução a partir de casos. Os de ordem prática são os seguintes: não é razoável que numa sociedade o conflito nasça sempre antes da orientação de conduta; os tribunais devem servir de alavanca para atualização e adaptação às novas demandas, então se eles estão assoberbados resolvendo o que a lei e os conceitos jurídicos deveriam fazê-lo não sobra tempo para acompanhar o novo; a organização judiciária, os entraves da competência para legislar e, enfim, a própria legislação processual civil não permite uma solução célere (embora, a partir da EC 45/2004, a solução rápida dos litígios seja um direito fundamental), chegando-se à negação de justiça. Poder-se-ia dizer que os dados empíricos não devem servir para invalidar as teorias, mas, nesse caso, acredita-se que o próprio método apresentado leva ao abarrotamento.

De ordem teórica, temos dois: o primeiro é que se suprime a dimensão analítico-conceitual, quando se deixa a maior parcela de responsabilidade na solução aos tribunais; o segundo é o que diz respeito ao fim do direito, pois se ele pretende regular a convivência, mediante normas jurídicas, com vistas à realização dos valores de justiça – igualdade, liberdade e solidariedade –, pretende-se que a conduta prevista nas normas jurídicas sejam observadas. No entanto, o cumprimento das normas não se dá somente por imposição do judiciário.

Há que se supor também o cumprimento voluntário (sem que se investigue a respeito do verdadeiro querer) como situação jurídica previsível e, para isso, deve-se dotar a dimensão analítica de elementos necessários que permitam a identificação da conduta prevista.

Para Larenz²²⁶, a dogmática jurídica ou Jurisprudência teórica “produz enunciados sobre o Direito vigente”, não se esgotando na limitada atividade teórica de descrição do direito aplicável através de conceitos avaliativos. Para além desta visão hermética, a dogmática mantém estreita relação com a Jurisprudência dos tribunais, a quem cabe aplicar o direito vigente.

A essas três manifestações do direito, Alexy²²⁷ chama de dimensões da dogmática jurídica, em que a primeira é a analítica ou conceitual, cabendo-lhe a consideração “sistemático-conceitual do direito válido; a segunda a empírica, que se ocupa do conhecimento do direito positivamente válido e da argumentação jurídica; a terceira, denominada de normativa, se propõe a orientar e a criticar a prática judicial, analisando a Jurisprudência dos tribunais. A função prática da dogmática, como conhecimento dirigido à orientação da Jurisprudência dos tribunais e da elaboração da legislação, havia sido já anunciada por Larenz, quando enfatizou a contribuição cognoscitiva da Jurisprudência teórica.

²²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 326.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 29.

Todas as tentativas de respostas tendentes a esclarecer os porquês da filosofia do direito findam por encarar o problema da liberdade. Isso se dá em decorrência de o problema último da filosofia do direito se resumir à validade de suas normas, ou seja, ao porquê obedecer, pois se enquanto nas ciências da natureza se pergunta, para se averiguar a respeito da validade de suas leis, se ela será observada, no âmbito do direito tal indagação não pertence a ele como problema fundamental de validade, mas apenas como elemento inserido no ser do direito, ou seja, na descoberta de métodos de aplicação com vistas à mediação entre o ser e o dever ser.

Essa é uma das dimensões da dogmática jurídica, pois o que se insere na busca de fundamento de validade do direito é a indagação a respeito de se a norma deve ser obedecida. Para dizermos por que obedecemos e se aquela norma deve ser seguida, remontamos ao problema da liberdade. Urge um conceito que supere a casuística dicotomia positivo *versus* negativo assaz conveniente para explicar a impossibilidade de convivência entre interesses individuais e da sociedade, entre privado e público, entre particular e geral, etc.

As contradições não devem ser negadas, posto que decorrem da consideração de pluralidade e de divergência imanente à existência humana. Como acentua Berlin, a concepção racionalista intenta convencer de algo que a experiência demonstra a falibilidade, pois como acreditar em conceitos advindos da razão pura, quando a humanidade é só divergência? (essa expressão não deve ter o conteúdo negativo, mas, antes, ser entendida como o pressuposto de compreensão do humano).

O homem, embora busque o ideal da igualdade, não deve esquecer que essa condição é situada em determinadas perspectivas sob as quais ele deve ser necessariamente igualado para a realização da convivência com respeito à dignidade²²⁸. Assim, ele é igual no que é igual de fato, ou seja, na sua condição de homem, mas desigual em diversos aspectos e, quanto a eles, alguns devem ser superados e outros mantidos, a depender dos valores fundamentais cuja realização

²²⁸ Como bem acentua Bobbio, para que se diga que dois entes são iguais, necessário se faz estabelecer dois parâmetros de comparação: igualdade entre quem? e igualdade em quê? (BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 11)

a sociedade busca. Manter desigualdades, então, passa a ser o resultado de manutenção de individualidades, tão necessária quanto a igualdade para a realização da condição humana. Onde se encontra essa mediação é assunto complicado, que exige uma reflexão que não é objeto deste trabalho, porquanto ele se destina apenas a denunciar o efeito perverso de um conceito de liberdade equivocado, sustentando que ele vem exacerbando tais divergências.

A dogmática jurídica é uma ciência referida a valores²²⁹, no sentido de que as expressões deônticas clássicas (prescrição, proibição, permissão) valoram, negativa ou positivamente, as condutas humanas. O homem é um ser destinado a fins e, quando faz escolhas, valora. Nessa perspectiva, interessa-nos a liberdade enquanto conteúdo de norma, aquela na qual se insere a juridicidade, ou seja, no âmbito das escolhas que o mundo jurídico valorou como positivas ou esperadas. Assim, a Constituição é o repositório dos valores a serem perseguidos pela comunidade, aos quais a norma se refere, dirigindo-se, em sua valoração, às condutas. A escolha dos valores em que se deve pautar a ordem jurídica constitucional é resultado de um consenso coletivo quando se vive em um Estado democrático, ou seja, num Estado de liberdade.

Os valores adotados em torno desse consenso informam a conduta e dirigem as relações jurídicas, sendo importante traçar sua correspondência com a liberdade. As escolhas individuais, cuja liberdade é garantida por força do que dispõe o art. 5º da Constituição Federal, dizem respeito à esfera privada e no que a ela concerne não se vinculam às valorações coletivas.

Mas, no terreno da juridicidade, como já foi exposto, dificilmente uma conduta não respinga efeitos sobre os demais. Nessas circunstâncias, há que se adequar a conduta às valorações que são escolhas coletivas situadas nos princípios fundamentais e que não pode ultrapassar suas fronteiras por dois aspectos: primeiro porque não mais concerne ao indivíduo; e segundo porque a comunidade autônoma, para determinar suas leis, assim escolheu.

²²⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 45.

Essa atitude referida a valores é informada por uma pré-compreensão inerente a todo conhecer. Os valores nos são dados como resultado das categorias do pensamento ou dos conceitos. Assim, justiça, beleza, bem, idoneidade são as categorias mediante as quais são dadas as possibilidades do juízo. Ao contrário do que sustentava Kant, as contingências da experiência, no que concerne ao agir, podem ser objeto de leis que valham para todos, embora impossível a sua universalização para todas as comunidades e em qualquer tempo.

O bom, o justo e os outros juízos de valor que são emitidos somente podem ser validados como resultado da adequação do conceito à experiência, contudo esta relação não é estanque, de forma que a experiência influencia as categorias com as quais enquadrados os qualificativos. Dizendo em outras palavras, as experiências evidenciam as contradições a que são levados os juízos quando os conceitos se mantêm inflexíveis às adaptações. Os juízos analíticos são uma necessidade do pensamento, com vistas à unidade do múltiplo, mas, muitas vezes, pode ser um fator de engessamento que somente a experiência logra demonstrar, quando apresenta as contradições nas aplicações. Os conceitos possuem um núcleo que os qualifica, mas, em sua vocação para a experiência, têm uma parte que a ela se sujeita, integrando-lhe a compreensão e impondo-lhe evolução e adaptação aos novos contextos sociais, econômicos.

Dizer que a liberdade não pode ser fragmentada para ser entendida de duas formas distintas e contrapostas é uma necessidade de coerência conceitual, mas a visualização de novas opressões, que somente a experiência pode demonstrar, e os conseqüentes carecimentos que fazem surgir novas formas de liberdade não afetam o seu conceito nuclear, porém apenas molda, ampliando ou restringindo, os seus qualificativos, que apenas podem ser descritos com maior grau de certeza através das soluções judiciais. Assim é que a liberdade sempre será a realização desimpedida das escolhas dentro de um âmbito de possibilidades que define, em última análise, o significado de impedimento.

Exemplificando, a liberdade de expressão, que possui conteúdo jurídico, há que se amoldar aos valores que são os fins buscados pela organização da sociedade e, o

mais importante, o significado de expressão varia de acordo com as experiências, assim como novas liberdades surgem a partir das necessidades e dos interesses tuteláveis. O conceito de liberdade de expressão pode sofrer reduções ou adaptações de acordo com os novos carecimentos, mas existe um núcleo que o informa, de modo que nem a Jurisprudência dos conceitos, com suas abstrações e pretensões de universalidade pode dar um conceito inflexível de liberdade, sem consideração da experiência, nem é razoável variar o conceito de liberdade ao sabor das decisões judiciais ou conforme surjam os impasses políticos.

A liberdade pode ser conceituada pela Jurisprudência, com o auxílio da *praxe* judicial, mas os seus elementos nucleares devem ser teoricamente determinados por necessidade de segurança e de cientificidade, sem que se retire da experiência sua vocação para a emissão de juízos de correção. Enfim, conceito não há que ser absolutamente formal, mas conceituar é uma manifestação teórica da Jurisprudência absolutamente imprescindível, caso se deseje fazê-la alcançar a solução justa dos litígios e apontar caminhos para a convivência pacífica.

Ademais, sem a organização do múltiplo em conceitos, o homem não consegue criar referências, classificar, catalogar, pois essa é uma atitude eminentemente racional, mas os instrumentos com os quais trabalha nessa formulação não têm que ser formais, a não ser que opere com critérios de cientificidade baseados na universalidade absoluta. Não é esta a proposta da nova Jurisprudência, com referência a valores, pois as ciências que trabalham com ordenação da vida humana, se pretender alcançar a verdade, devem, necessariamente, considerar os valores como elementos indissociáveis das escolhas nas quais se fundam os comandos normativos e as atitudes individuais. Por isso é necessário, ao conceituar juridicamente a liberdade, levar em conta que o ser humano quando escolhe, valora. E esses juízos, enquanto conteúdo de normas, são fins ou decisões que têm os valores como limites de possibilidade da convivência.

Numa sociedade organizada juridicamente, liberdade não pode significar agir sem impedimento ou sem constrangimento, até porque não existe agir sem escolha; a consideração de impedimento depende da ordem dos valores que permeiam as

escolhas coletivas; e a pertinência, ou seja, o que concerne a cada um depende também da experiência histórica. É importante ressaltar mais uma vez que – assim como não se pode conceituar liberdade de forma abstrata e dissociada da realidade, não é possível solucionar conflitos envolvendo liberdades sem que se tenha um conceito que a insira no mundo dos valores.

Os direitos fundamentais objetivamente considerados, por seu turno, representam a incorporação dos valores da comunidade. Em virtude disso, é que os direitos individuais devem se voltar para essa perspectiva, tendo os limites traçados por essas orientações que, em suma, consubstanciam os fins que ela deve perseguir. Identificados os valores reconhecidos pela sociedade na qual se integra o indivíduo, não há como dissociar sua conduta desses fins, da esfera de liberdade que o direito adotou como possível.

Em razão disso, cuida o direito de promover a convivência com o máximo de liberdade, afastando os impedimentos à sua realização. Mas dizer-se dessa liberdade implica conceituá-la e, necessariamente, fixar os valores fundamentais, a fim de que sejam identificados os impedimentos. Em outras palavras, fixar os parâmetros dimensionais valorativos dentro dos quais se movimenta o direito na persecução de uma maior liberdade dos homens. A partir deles, que funcionam como inegabilidades, define-se o que se enquadra como impedimento.

Quando esses parâmetros são resultado de uma escolha democrática, ou seja, quando os princípios constitucionais são fixados com a participação do destinatário das respectivas normas, diz-se que se atinge a plena liberdade. A referência aos valores é fundamental para a própria apreensão do sentido da liberdade. Esse conhecimento não pode ser abstrato e avalorativo, de vez que a convivência harmoniosa, que constitui o fim do direito e que fundamenta as inegabilidades, tem um sentido valorativo. Inicialmente se pergunta, para a fixação dela, quais os valores a serem preservados a fim de que a convivência seja harmoniosa. Somente para exemplificar, se uma sociedade se assenta sobre o valor propriedade, o respeito ao meu e ao seu é uma condição da convivência. Para se conceituar a liberdade, é

necessário conhecê-la e a isso não se presta o conceito formal segundo o qual livre é quem não sofre impedimento ou a liberdade é o poder fazer o que se quer etc.

Para tanto, deve-se dotar a liberdade de juridicidade, entendido esse fenômeno não como simplesmente a sua inserção numa ordem jurídica determinada ou na maioria das ordens jurídicas mundiais, pois isso se verificou a partir do constitucionalismo, mas precipuamente a adaptação de seu conceito ao que o direito tem de peculiar relativamente às demais ciências: ordenação da convivência. O problema é conceitual e não apenas de interpretação condizente com o momento histórico.

É certo que a necessidade de afirmação e de proteção da esfera privada, bem como o corolário da individualidade determinaram o significado de liberdade para os modernos, como resposta à opressão do absolutismo e dos dogmas da tradição escolástica, mas o seu conceito permaneceu o mesmo, como dito alhures, pois a liberdade, tanto para os antigos quanto para os modernos nunca deixou de ser uma questão de saber quem decide.

Havendo contradição política entre liberalismo e democracia, considerou-se por bem solucionar a questão forjando-se dois conceitos de liberdade, atribuindo-se às liberdades civis, ou seja, para aquelas que constituem conteúdo de norma, o conceito de liberdade negativa ou de agir sem impedimento, criando-se uma cisão entre individual e coletivo, entre vontade individual e valores aceitos pela comunidade, enfim, um conceito apartado da moralidade e da convivência, mantendo-se a noção de que livre é o homem quando pode agir sem interferência da lei, ou seja, livre é aquele que age numa esfera em que não atua a lei, seja para obrigar, seja para proibir.

A par desse desajuste, necessária se faz a formulação de conceito jurídico da liberdade, a partir das categorias próprias da juridicidade que lhe são inerentes, adequando-o às experiências que propiciam o reconhecimento teórico e particular da liberdade em cada caso concreto. Na esteira do pensamento jurídico-filosófico que marcou as diversas épocas, vê-se que a liberdade foi concebida como um fazer o que se quer (liberdade natural); como uma independência da ordem normativa

(liberdade supostamente jurídica), tal como no Digesto e nas ordens jurídicas modernas; ou como livre-arbítrio (escolha interior). Vislumbra-se também que a liberdade, enquanto autonomia, foi trazida pelo pensamento político grego e pelos neo-romanos, por isso convém compreender minimamente o direito para erigir a liberdade a partir de suas categorias próprias.

5.4 O RECURSO NECESSÁRIO ÀS CATEGORIAS GNOSEOLÓGICAS DA DOGMÁTICA

Dentro da perspectiva analítico-conceitual, propõe-se este trabalho a denunciar a equivocidade do conceito jurídico de liberdade nos limites da dogmática jurídica, ou seja, enquanto conteúdo de norma jurídica e enquanto idéia subjacente a toda conduta. Embora seja a liberdade direito fundamental, do que nos ocuparemos mais tarde, trataremos, no momento, de suas possibilidades de realização no Direito, para, mais tarde, deciframos o seu conteúdo quando confrontada com os demais direitos fundamentais.

Vimos que a liberdade guarda relações estreitas com o direito, seja porque subjaz a toda elaboração, na medida em que é seu fundamento racional, seja porque mantém uma tensão com as normas jurídicas, quando limitantes do comportamento. Além dessas relações, a liberdade também é conteúdo de norma jurídica de patamar constitucional e é dessa manifestação que nos ocuparemos quando tratarmos dos conflitos.

Por ora, discutiremos as possibilidades jurídicas de compreensão da liberdade e esse objetivo somente pode ser cumprido no ato de conceituá-la, porque através desse ato o direito se comunica com a liberdade dizendo de suas possibilidades de realização. Um recurso, pois, aos modos e formas mediante as quais a dogmática jurídica a reconhece se faz necessário, para deduzir da impossibilidade de se conceituar a liberdade como agir desimpedido e, nesse desiderato, o conceito deve enfrentar não apenas a liberdade como conteúdo de norma, mas também a

concepção que subjaz ao próprio sistema que é ancorado na legalidade de inspiração no Estado de direito.

A dogmática jurídica tem por finalidade a solução racionalmente justa para os conflitos que se apresentam na convivência. Em razão disso, tem por objeto o fenômeno jurídico que se configura pelo conflito ou pela possibilidade dele, critério utilizado para a delimitação de sua esfera de atuação. O sistema de normas que compõe o ordenamento jurídico positivo é o ponto de partida da dogmática, mas ela não se esgota nessa dicção de validade do direito, posto que as normas jurídicas utilizam conceitos construídos pela dogmática e aplica suas normas mediante método racional de apresentação de solução justa.

Além disso, a dogmática jurídica conhece os objetos com os quais opera através de algumas categorias próprias que são as formas com as quais apreende a realidade que a cerca e que, em última análise, constituem a matéria dos fenômenos jurídicos. Na dimensão analítico-conceitual, a dogmática jurídica conhece a liberdade a partir de suas possibilidades de apreensão dela nas diversas temáticas que envolvem o comportamento humano.

Assim, consoante já foi aludido, a civilização ocidental conheceu a liberdade enquanto participação política, tendo sofrido uma virada de perspectiva para o viés do sujeito, por influência do cristianismo, passando a ser objeto da filosofia como manifestação do conflito do eu comigo mesmo e, ao mesmo tempo, após evolução desse conceito por força da doutrina humanista e do iluminismo – pensamento filosófico que convidava o homem a sair da minoridade para ocupar o papel que a razão lhe impunha exercer no mundo, assumindo, inclusive, uma atitude determinante no processo de conhecimento dele – enquanto manifestação da vontade racional.

A partir da distinção entre ontologia e gnoseologia²³⁰, entre ser e dever ser, Kant formula um dualismo fundado nas faculdades humanas de conhecer e de agir. O direito pertence ao mundo das leis da liberdade, estando, pois, inserido no agir segundo uma vontade determinada pela razão. Tal vontade expressada numa máxima que se configura em agir subjetivo é elevada à condição de imperativo quando adquire universalidade.

A liberdade, assim entendida, é inerente ao homem e se apresenta como propriedade da razão, manifestando-se por uma lei moral através da qual se conhece a liberdade²³¹. Sem pretender derivar o direito da moral, mas apenas realçando o que ambos têm em comum que é a ordenação de condutas com vistas à realização da convivência, convém estabelecer as possibilidades formais de conhecimento da liberdade pela dogmática, levando-se em conta que, do ponto de vista material, ela é um bem ao qual se reconhece necessidade de proteção na forma de “conteúdo de atribuição”²³² ou vinculatividade.

A dogmática não é sujeito, mas tem formas próprias segundo as quais conhece e insere os conteúdos em suas normas. Nesse sentido, podemos verificar que o tempo é conhecido pela física segundo as categorias da física, que limita sua apreensão a partir de suas funções e finalidades. Quando a norma jurídica pretende estabelecer limites temporais, leva em conta suas formas específicas de conhecer o fator tempo, que vai buscar na física, mas a ela não se subsume.

²³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

²³¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 12.

²³² Essa expressão é, utilizada por Larenz, numa crítica à teoria imperativista que acredita que todos os enunciados normativos podem ser transformados em expressões deônticas básicas (mandado, proibição e permissão). (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 355). Enunciados normativos, segundo Alexy, distinguem-se de normas, porque estas são o significado lingüístico formalizado por aqueles, no que diverge de Kelsen, para quem os enunciados normativos são as proposições descritivas formuladas pela ciência do direito. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 59)

Da mesma forma, a morte ou o nascimento são noções que assumem diferentes conotações quando tratadas pelo direito ou pela biologia. Para um biólogo a vida começa com a concepção; já, para um jurista, importa definir esse início para fins de começo da personalidade e, portanto, pode não coincidir com a vida biológica. O conceito de liberdade nos é dado pela filosofia, mas a dogmática necessita adaptá-lo a algumas de suas possibilidades de conhecimento a fim de inseri-la como conteúdo de norma jurídica.

Não se trata aqui de uma comunicação através de signos, mediante os quais se faz a leitura da liberdade, formulando seu conceito a partir dos “jogos de linguagem”²³³ do direito, pois não se pretende investigar como o direito comunica seus enunciados normativos ou seus conceitos, ou mesmo da argumentação utilizada na pragmática, mas de enunciar as possibilidades de admissão da liberdade como fenômeno suscetível de adaptação às peculiaridades do direito. É uma perspectiva que parte dela em direção às categorias do direito, para a qual elas se dirigem na tentativa de apreensão e não de uma comunicação de enunciados.

Apresentamos como categorias próprias do direito a forma (normatividade, exterioridade e racionalidade) e a matéria (valores, humanidade e razoabilidade) que tornam possível o seu conhecimento.

5.4.1 A normatividade

A experiência jurídica, como assegura Bobbio²³⁴, “é uma experiência normativa”. A ciência do direito, em sentido estrito, aqui denominada de dogmática jurídica, se caracteriza por sua normatividade, por comunicar-se com o mundo através de normas, por comandos que se dirigem à regulação da convivência através de proposições que expressam normas, ou seja, prescrevem comportamentos

²³³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 279.

²³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando P. Batista e Ariani B. Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003, p. 23.

esperados²³⁵. É por ser normativa que ela é dogmática, conforme a estabelecida distinção operada por Ferraz Júnior²³⁶, na esteira de Viehweg, entre dogmática e zetética, ou seja, ela tende a um resultado e não busca soluções a partir de problemas. Nisso também reside o sentido finalístico da dogmática enquanto se destina a comandar atitudes humanas, as quais, dirigidas a fins, tencionam regulá-las com referência aos valores que são compartilhados pela comunidade.

Adiante, Bobbio ressalta que a “nossa vida se desenvolve num mundo de normas” e que, apesar de acreditarmos na liberdade, estamos inseridos numa espessa rede de regras de conduta. Com essas palavras, denuncia uma irreduzibilidade entre liberdade e normas, o que não traz qualquer espanto, uma vez que essas expressões são comumente entendidas como incompatíveis. Tanto é assim que liberdades fundamentais são aqueles direitos públicos subjetivos em que está assegurado um âmbito de atuação em que nem o legislador, nem qualquer outro agente político ou mesmo a sociedade podem interferir. Nada se obsta a fixação de uma esfera privada de atuação individual, mas como se põe a questão de forma semântica, traz uma duvidosa aplicabilidade, pois se a liberdade é assegurada como conteúdo de norma jurídica e, conforme adiante veremos, como princípio fundamental inserido no sistema de regras e princípios que formam o ordenamento jurídico constitucional há que se definir o que se entende por ela.

Assim, dizer-se da normatividade do direito é o mesmo que reconhecer sua vocação para, a partir da interpretação de suas proposições jurídicas, indicar a solução mais justa para os conflitos, interagindo-as com outras decisões e com as suas elaborações teóricas. O conteúdo da norma, em suma, são as verdades ou os instrumentos com o quais o jurista opera para dizer o direito, buscando adaptar esses comandos à evolução dos fatos e aos novos carecimentos.

A liberdade, portanto, é conteúdo de norma e também subjaz aos comandos enquanto ordenadores de condutas e limitadores de opções, com vistas à

²³⁵ Aqui não se discute o sentido de enunciados normativos, se semânticos ou vinculados à validade, tampouco a sua forma, ou se manifestam um imperativo ou uma atribuição de vigência.

²³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

delimitação da esfera do juridicamente indicado como esperado a partir dos valores. Desta forma, há que se afastar a idéia, em primeiro lugar, de que a liberdade deve ser uma atuação desimpedida de intervenções legais. Ao contrário, ela deve ser realizada através da norma jurídica, que deve assegurar que as escolhas que concernem ao indivíduo sejam feitas sob uma maior liberdade possível, quanto ao conteúdo de norma e àqueles assuntos que dizem respeito à coletividade, que se realizem as escolhas que revelam os fins que a comunidade escolheu e pretendeu atingir. A vocação normativa do direito é sua qualidade intrínseca e a liberdade, ao ser compreendida por ele, deve a ela se adequar.

Na normatividade, portanto, se inscrevem os fins e a referência a valores que são próprios do comandar, pois a atitude de eleger condutas esperadas é uma atitude própria de valoração. Valora-se quando se elabora a lei, quando se a interpreta e quando se a aplica. Na primeira manifestação, que não é objeto da dogmática jurídica, não importa, nesse momento, relacioná-la às nossas investigações cognoscitivas, mas será de grande relevância na superação dos conflitos por força das escolhas (valores ou fins) fundamentais.

5.4.2 A exterioridade

O mundo exterior é a dimensão do direito, posto que nada existe no mundo jurídico quando se concebe apenas o indivíduo isoladamente. Essa exterioridade abrange não somente a existência de outros seres e objetos circundantes, que também são bens da vida, mas, principalmente, outros seres humanos, pois, quando se pensa em alguém sozinho numa ilha, imagina-se que não faria sentido regular a convivência para, por exemplo, estabelecer a privacidade e proibir que os peixes observassem o banho de determinada pessoa.

Essa exterioridade nos leva a refletir sobre o ser humano no mundo e a concluir, como faz Siches²³⁷, que o homem existe não somente quando se insere fisicamente

²³⁷ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, p. 69.

no mundo, mas quando toma consciência de si mesmo e do mundo que o circunda, porque somente assim desenvolve sua capacidade de conhecer e de agir. Conhece a partir da oposição de elementos racionais e determinantes sobre as coisas que lhe são dadas por intuição. Ao agir, impõe transformações no mundo que o cerca, sobre as coisas que lhe são dadas, a partir de uma vontade conformada por um juízo de valoração. No que concerne a si mesmo, obtém os resultados desejados, desde que não haja impedimentos. Assim, a vida humana, cuja ordenação é tarefa do direito, é determinada por uma existência e uma consciência dele perante o mundo, podendo-se dizer que o querer é a condição dessa interação (ser no mundo e consciência para agir sobre ele) e que somente o conhecemos quando agimos.

Em outras palavras, é a exteriorização do querer, através do agir, que determina a existência humana e, por conseguinte, a possibilidade de o direito regular as condutas na convivência, porque conduta é resultado do querer, de escolhas, de decisão, não sendo possível, ao direito, regular algo que não seja exteriorizado, pois do contrário não regularia conduta humana. Além disso, algo que é exteriorizado somente o é assim porque houve uma ação qualificada por uma escolha.

A exterioridade remonta ainda à distinção entre direito e moral formulada por Kant, inspirado em Thomasius²³⁸. Para Bobbio²³⁹, ela tem sentido de reconhecimento, de forma, posto que a exterioridade é o resultado da desnecessidade de adesão interior do agente à conduta imposta pela legislação jurídica. A exterioridade assim entendida denuncia a inspiração jusnaturalista de existência de direitos anteriores ao Estado e, no âmbito interno, não pode ele interferir, uma vez que cabe à moral atuar nesta esfera, sendo responsável pela crise de justificação das normas jurídicas denunciada por autores como Habermas²⁴⁰ e Boaventura de Souza Santos²⁴¹.

²³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 57.

²³⁹ *Ibidem*, p. 56.

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

Essa opacidade traz reflexos na liberdade, conquanto autoriza a delimitação dela enquanto conceito distinto da participação política na elaboração das leis, que regularão a conduta do indivíduo na sociedade. É como se, no direito, vigorasse a regra de que se age, mas não se decide e, na moral, a de que se age conforme a decisão do agente. Disso advém outro critério kantiano de distinção, baseado na autonomia das leis morais e heteronomia das leis jurídicas. A desnecessidade de adesão, por outro lado, associa o direito à coação, instrumento por ele utilizado para obrigar os destinatários das normas ao seu cumprimento, e, pior que isso, cria um fosso entre fundamento e conteúdo, extremamente prejudicial à observância voluntária da lei.

Stuart Mill²⁴² já expunha a necessidade de fundamentar as tomadas de decisão. Para ele, quando não entendemos por que devemos seguir determinada regra de conduta imposta seja pelo Estado, seja pela Igreja ou por determinada associação, deixamos de considerar razoável a obediência. Ortega y Gasset, citados por Siches²⁴³, menciona a necessidade humana de justificação.

Por outro lado, essa distinção, confundiu pertinência (condutas que concernem à vida privada e condutas que produzem reflexos na vida comunitária) com dimensão externa ou interna, pois nem tudo que concerne apenas ao indivíduo é interno. Aquele critério é o único pelo qual se traça a distinção entre os interesses do indivíduo e os da comunidade, valendo salientar que aquele fundado na exterioridade não se preocupa em distinguir direito e moral, mas apenas tenta solucionar a confusão que se cria quando se deseja delimitar a atuação estatal segundo os limites de direito e moral.

A consciência é interna e não pretende o direito alcançá-la para impor suas normas de conduta, satisfazendo-se, no seu aspecto formal, com a mera adequação do comportamento à regra prescrita. Tal aspecto formal do direito não o exaure, de vez que o homem é um ser complexo que decide e age, podendo-se dizer que, no

²⁴² MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Antônio da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 82.

²⁴³ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, p. 78.

primeiro momento, atua internamente e, no segundo, exterioriza a sua decisão. Assim, há que se definir de que exterioridade está se tratando, quando falamos de categoria do direito.

Existem três tipos diferentes de manifestação exterior: pode-se falar de ação exterior; de legislação exterior e de adesão externa. As três expressões dizem respeito ao direito de forma diferente, pois, no primeiro caso, cuida-se da conduta que é necessariamente externa e que interessa ao direito como objeto de seu conhecimento. A ação sempre qualifica uma escolha, uma decisão que é interna quando diz respeito ao indivíduo ou externa quando diz respeito à coletividade. Deste modo, cuida o direito de proteger também individualidades, ou seja, de garantir que as escolhas internas e que dizem respeito apenas à esfera privada sejam realizadas, espraia-se sobre o interior, mesmo que para assegurar a atuação externa.

Nesse sentido, não se pode dizer que o direito atua apenas sobre a ação externa. Bobbio²⁴⁴ vê nesta categoria de exterioridade uma distinção entre liberdade interna e liberdade externa, partindo da distinção kantiana entre liberdade moral e liberdade jurídica, em que a primeira é a determinação da pura razão prática, e a segunda a faculdade de agir no mundo externo, cujos impedimentos se apresentam como fatores internos ou externos, respectivamente. Segundo ele, como impedimento à liberdade moral, pode-se vislumbrar as inclinações; e à liberdade jurídica os outros. Não obstante o pensamento do estudioso, essa dedução não é correta, pois a liberdade de isenção da necessidade, por ele chamada de negativa, não é atributo somente da moral, mas dela e do Direito.

Para Kant, direito e moral são determinados pela razão, sendo esta a expressão da pura razão, para a qual apenas converge a boa vontade e, por isso, é interna e materialmente determinada. Enquanto na moral se obedece a uma vontade própria, no Direito as leis da liberdade se manifestam externamente e, conquanto racionais, formais e destituídas de elementos empíricos, são ditadas por outrem, embora essa

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 58.

heteronomia reste um pouco duvidosa quando acentua na paz perpétua. Na verdade, essa tendência a sustentar uma liberdade de ação, ou seja, negativa em Kant não parece razoável, embora seja verdadeira a formalidade de sua teoria do direito, destituindo-a de conteúdo, o que dissocia, aparentemente, de sua referência aos valores fundamentais escolhidos como fins últimos da existência comunitária bem determinada no tempo e no espaço.

Conforme veremos adiante, a convivência de liberdades segundo uma lei universal insere essa regra no mundo dos valores ou das escolhas finais, pois, ao contrário, o que mais informaria a lei universal a não ser a valoração que ordena o que é meu e o que é seu, na concepção kantiana de pressuposição de propriedade como direito?

A legislação, nesse sentido, é externa quando concerne à comunidade, mas interna quando concerne ao indivíduo, porque a expressão da liberdade, cujos elementos formadores é a decisão e a ação. Além disso, não se compadece com a idéia de que alguém decide por outro, a não ser em desrespeito a ela. Vale mencionar ainda que a liberdade assegurada como direito fundamental tem o sentido de estabelecer que a legislação pode ser interna ou externa, a partir do critério da pertinência.

Devemos salientar também que a adesão ao conteúdo da norma não é, de fato, um pressuposto formal do direito, podendo-se dizer que não serve de critério para defini-lo, mas consiste numa aspiração de legitimidade, com fundamento na liberdade, pois se ser livre é realizar as escolhas, impor-se leis ou consentir com as mesmas realizando o respectivo desiderato, não se pode olvidar a adesão como condição da manifestação da liberdade como fundamento de direito.

Em outras palavras, se o direito é uma construção racional dirigida à conduta humana, regrando-a conforme os valores compartilhados numa dada sociedade, não há como dissociar o momento político-jurídico da elaboração das leis da realização da liberdade. Feitas essas considerações, depreende-se que a exterioridade a qual caracteriza o direito se manifesta nestas três perspectivas.

Para além da distinção kantiana entre direito e moral, a exterioridade é um elemento indissociável do direito, pois se é verdade que o direito se vale, algumas vezes, de sentimentos, intenções interiores ou paixões que surgem no eu interior na elaboração de conceitos ou na tipificação de comportamentos, não é menos verdade que essas expressões somente são apreensíveis a partir de manifestações externas. Eis o carácter externo do direito, derivativo que é da sociabilidade, pois uma pessoa isolada não produz ordem jurídica, nem é possível concebê-la fora da comunidade. Numa ilha deserta, o máximo que um solitário consegue acionar é sua razão teórica, ou seja, sua capacidade de conhecer o mundo e de dominá-lo.

Essa assertiva resta clara se dermos um exemplo. Quando a Constituição Federal garante a liberdade de locomoção, presume daí que a pessoa escolheu para onde ir. Outra situação também elucidativa é a liberdade de professar o credo religioso que a pessoa escolheu. Se a pessoa que professa um credo não o escolheu, como então se identificaria o credo que ela escolheu? O direito está assentado em premissas que partem da exteriorização do comportamento, porque no eu interior não há conflito intersubjetivo.

5.4.3 A racionalidade

A racionalidade é uma qualidade humana responsável pela distinção entre o homem e os demais animais. Nesse sentido, ensina-nos Kant²⁴⁵ :

O homem é um ser que experimenta necessidades enquanto pertence ao mundo sensível, e sua razão, quanto a isso, tem como um mandamento que não pode recusar nem deixar de cumprir, que é velar pelos interesses da sensibilidade e de formar princípios práticos em vista da felicidade nesta vida e, se for possível, também na vida futura. Entretanto, ele não é tão inteiramente animal a ponto de permanecer indiferente a tudo que a razão por si mesma lhe dita e de utilizar-se desta apenas como instrumento para a satisfação de suas necessidades, enquanto ser sensível. Pois, do contrário, de nada lhe serviria o dom da razão, que o eleva sobre a natureza animal, se tal dom só existe nele para desempenhar aquilo que no animal o instinto faz; e a razão seria, pois, nada mais do que um meio particular de que a natureza se teria servido para conduzir o homem ao mesmo fim a que destina os animais, sem lhe destinar um fim mais elevado.

²⁴⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 71.

Sendo atributo do homem, a racionalidade o capacita a se autodeterminar através de uma vontade que informa a sua conduta, individual e coletivamente (esta apenas se conviver numa organização política em que ele participe do processo de dar-se leis). Mas ainda que conviva sob o domínio de um tirano, a ordem jurídica que comanda a convivência tem inspiração racional, embora heterônoma, e não causal. Esse determinar-se e organizar-se, portanto, é uma atitude racional que leva à inevitável conclusão de que o direito não pode ser concebido no mundo dos fatos, porém apenas a partir da razão²⁴⁶, circunstância que não é atribuível, necessariamente, à sociabilidade, uma vez que a organização enquanto comunidade é possível entre os animais.

Para melhor entender a racionalidade enquanto categoria apriorística na concepção do direito, vejamos o pensamento de Joaquim Carlos Salgado²⁴⁷, no mesmo texto, quando assim se expressa:

Uma estrutura subjacente ao direito não causa o direito, nem quanto ao seu conteúdo, isto é, nem a norma ou produção de norma são causadas pelas citadas estruturas, nem o seu conteúdo guarda relação linear de determinação causal com essas estruturas. A produção de norma e seu conteúdo ocorrem numa instância autônoma, capaz de interferir nos efeitos das estruturas e dar modelos de solução ou de organização que não decorrem delas casualmente, mas tem sua nascente na própria razão como faculdade (capacidade) autônoma de criação de normas. Mesmo que na forma pura da imediatidade, sem saber de si, a razão é autora das formas culturais de vida, essa segunda natureza do homem (Aristóteles), compondo, com a experiência inevitável da associação, com a *a priori* fundamental, a experiência de consciência jurídica. O direito pode ser, assim, concebido como uma ordenação racional da vida social.

A razão que diferencia o homem dos animais é responsável pela possibilidade de regulamentação da convivência, que é a capacidade de seguir as leis por ele dadas ou às quais deu seu assentimento. As leis da natureza, que são apreendidas por nós através da causalidade que as informa, obedecem à inevitabilidade, enquanto as leis da liberdade, nas quais estão incluídas as regras morais e jurídicas, são postas em decorrência da razão.

²⁴⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio. In: GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

²⁴⁷ *Ibidem*.

Essa racionalidade não está atrelada à reta razão dos racionalistas, mas à condição humana de realizar conforme uma vontade que dita a ação. Tal vontade não está presente nos animais, mas apenas no homem. A racionalidade já foi, amiúde, referida no curso deste trabalho, segundo a orientação kantiana que a inspira e a ela nos reportamos.

5.4.4 A referência a valores

Já sabemos que o homem se relaciona no mundo com uma variada dimensão de seres e os valores são seres ideais, referências que não estão localizadas no tempo nem no espaço e que cria correspondência entre o homem e os objetos. O homem é um ser racional e na escolha de seus objetivos, valora, pois os valores são referências ideais que servem de intermediação e paradigma entre ele e os objetos que o cercam, bem como entre ele e sua conduta, sempre destinada a fins. Os bens da vida, são, portanto, informados por valores. O direito, em sua vocação normativa, somente pode ser compreendido “dentro da atitude que refere as realidades aos valores”²⁴⁸. A imposição de condutas encarna valores e, por outro lado, esses valores são positivados através dos princípios constitucionais.

Os juízos de valoração que se formulam no conteúdo das normas ficam sujeitos à comprovação a partir da conjunção da razão com a experiência. Esse vai e vem da idealização para a experiência, da razão para a cultura é próprio das ciências sociais, principalmente do direito, construção racional que não sobrevive, como nos ensina magistralmente Carlos Cossio, sem conduta, ou seja, sem experiência, pois o ser no mundo é o pressuposto da razão e não o contrário, contudo isso não nos leva à conclusão de que não importa se perguntar acerca da branquidade da pedra branca, porque essa indagação nos leva aos fundamentos, verdadeira essência da racionalidade humana e sem fundamento não há reconhecimento, sem o cogito não há apreensão e, o pior, quanto menos se fundamenta menos se conhece, a ponto de aceitarmos seguir o que nos é imposto porque assim é: a pedra é branca e basta.

²⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 45.

Perde-se em cultura e em racionalidade quando não se pergunta acerca do fundamento, porque é ele que sustenta a convicção do porque seguimos regras ou determinada regra de conteúdo definido. Se não o sabemos, após várias gerações, deixamos de considerá-la justificada e esse é o primeiro passo para a desobediência (fala-se, naturalmente, dos princípios fundamentais da humanidade e não de regras que precisam de revisão).

Ademais, a justificação é da essência do homem. As crianças perguntam cedo o porquê das coisas. Por justificarem a organização sob normas, os valores são os fins últimos aos quais se destinam os comandos normativos e, por isso, tanto na previsão de liberdade enquanto conteúdo de norma, quanto na sua subjacente limitação de condutas, os valores são determinantes na construção dos destinos das comunidades, informando, numa interação com a experiência, os limites do campo jurídico-temático e as matérias que são juridicamente relevantes. A partir dos juízos emitidos sobre fatos e condutas, as normas jurídicas atuam como limites na consecução de desideratos, afastando outros limites que se antepõem à realização deles.

Esse assunto diz respeito à liberdade, no sentido de que, sendo ela conteúdo de norma que assegura ao indivíduo uma esfera privada de atuação, o número de opções que se apresentam às suas escolhas depende do afastamento dos obstáculos que se apresentam como limites de outras ordens e da imposição de limites jurídicos, que são as normas jurídicas nas quais subjaz a restrição de certas condutas. São os valores que determinam o campo temático e o que deve ser considerado obstáculo.

Se, por exemplo, alguém tem pânico de altura e, ao decidir sair de férias, resolve viajar de carro – decisão tomada com restrição da opção da via aérea –, não recebe, em nosso ordenamento jurídico, proteção que assegure a inclusão dessa possibilidade de escolha, porque esse infortúnio não conseguiu atingir a relevância necessária para a proteção.

No mesmo passo, idêntico tratamento é dado àquela situação em que está fora do alcance da ordem jurídica intervir, tal sói acontecer com uma situação na qual se deseja celebrar um contrato de compra e venda em que o objeto não é suscetível de apropriação particular, como a lua. Assim, a lua é uma das opções rejeitadas, mas que ao direito não cabe superar, por impossibilidade de inclusão daquele satélite no âmbito de escolha. Mas, se, ao contrário, a decisão é tomada com redução de possibilidades que limitam o alcance de pretensão que é protegida pelo direito em seu elenco de valores, esses limites se transformam em obstáculos e devem ser afastados para a realização da liberdade.

Observemos a hipótese do trabalhador que sai de férias, mas a única opção que lhe resta, em decorrência da falta de dinheiro, é passear no parque. Daí cabe a pergunta se o lazer que é um bem protegido como direito social (art. 7º, IV da Constituição da República) e, portanto, um valor a ser perseguido, revela-se também quando se deixa de ir a Paris para ir ao parque da cidade. É uma questão que somente pode ser resolvida a partir de um juízo de valoração, entretanto, a fim de se evitar absurdos argumentativos, segundo os quais a liberdade de um operário não é idêntica a de um magnata, exige-se sempre a justificação racional desses juízos.

5.4.5 A humanidade

O homem é um ser cercado de mundo jurídico por todos os lados. Ou talvez o mundo jurídico seja um dever ser cercado de humanidade por todos os lados. Essa investigação nos interessa para estabelecer a posição do homem no mundo jurídico, pois a liberdade consubstanciada na conduta humana é objeto do direito. Todo o agir humano, vinculado ao conhecer, ao modificar, ao querer, em suma, às manifestações do homem enquanto ser social e inserido na convivência é a matéria do direito e, à conta disso, a humanidade dele não se afasta, pois os seres humanos não seguem apenas instintos, mas, ao contrário, interage com o mundo que o cerca, transformando-o. É, pois, dotado de querer e de vontade, fundados numa essência que faz dele um ser distinto, uma vez que humaniza os objetos que estão ao seu redor.

A consciência de sua capacidade de agir e de conhecer leva o homem também à consideração do outro como semelhante e, nessas circunstâncias, à constatação inquebrantável de que o bem estar do outro faz parte da construção de uma sociedade dirigida por homens e não por máquinas. É no reconhecimento dos direitos de solidariedade que se revela a humanidade. Essa categoria pertence ao direito, bem como às demais ciências humanas que operam com a certeza de estar investigando humanos, ou seja, pessoas sujeitas à dor, ao ódio, à cobiça, à inveja, ao amor, à tristeza, às necessidades diversas que não se resumem a comer e a dormir, contudo, especialmente, a ser reconhecido como indivíduo integrante de uma peculiar espécie e que pode, diferentemente dos animais, definir se haverá distribuição de bens para todos ou se isso será um impedimento à realização da plena liberdade que se consubstancia nas escolhas individuais e coletivas, dependente de a quem concerne decidir.

A humanidade difere de humanismo, mas nele busca sua inspiração. A doutrina humanista que foi vivenciada entre os séculos XIV e XVI firmava o homem como ser dotado de talentos, a *virtù*, de que falava Maquiavel, capacitando-o para operar seu destino de maneira distinta do que lhe reservava a sorte. Essa inspiração no homem e não na natureza ou na divindade provocou uma reviravolta no pensamento filosófico de igual porte que atualmente atravessa o globo em face das novas tecnologias, da proteção ambiental e de outros direitos que visualizam o homem como ser integrado no universo, em que seus atos estão conectados e podem ser transmitidos, gerando efeitos dantes inimaginados. É a globalização que propugna por um novo humanismo, que é o atributo da humanidade revelado em suas relações de solidariedade. Essa noção foi exposta por César Fabriz²⁴⁹, nas seguintes palavras:

O homem concede significado à sua própria existência no mundo. O significado que o homem oferece a si mesmo advém da sua capacidade racional de objetivar e construir toda a realidade que o cerca. O conhecimento produzido pelo homem proporciona sempre um novo significado à sua existência; uma existência que a todo momento se encontra em reconstrução.

²⁴⁹ FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003, p. 49.

Regular a convivência sem essa apriorística noção é olvidar a racionalidade, propriedade inerente do ser humano e que o distingue dos demais seres. Mas a racionalidade, por si só, não induz ao sentimento de cooperação e de solidariedade de que é dotado o indivíduo em suas relações com os demais. Pensadores tal qual Hobbes discordariam dessa assertiva. Pode-se também buscar na experiência objeções à validade dessa afirmação, dizendo que o homem constrói o mundo dos negócios ao seu redor, buscando mais e mais poder e supremacia sobre os demais.

Essa é a antítese que integra a gênese de todo ser, pois não existe apenas o Bem, visto que ele não seria passível de captação se o seu contrário não fosse possível. O que a experiência demonstra, portanto, é que o mal da exploração, da guerra, da opressão e de outros tantos que tornam a nossa existência, muitas vezes deplorável, é perceptível em decorrência da existência do valor contrário que identifica o Bem.

Assim, o homem é mal e bom, mas cabe à ciência alimentar aquela perspectiva que trará uma convivência mais harmoniosa e feliz, ancorada na solidariedade humana. Toda a construção jurídica, portanto, parte da categoria da humanidade como matéria prévia e anteposta a qualquer interpretação do que é jurídico.

5.4.6. A razoabilidade

John Rawls distingue o racional do razoável, fazendo alusão à distinção kantiana entre os imperativos categórico e hipotético, para quem o imperativo é o comando a partir da máxima da vontade que pode se tornar lei universal. Os imperativos categóricos são deduzidos da racionalidade e, portanto, para sua realização, nada se indaga a respeito dos fins, mas os hipotéticos indicam os meios razoáveis para a consecução dos fins. Para Rawls²⁵⁰, a razoabilidade é um “elemento da idéia de sociedade como sistema de cooperação equitativa”. Essa cooperação se revela na vontade de convivência sob regras que atinjam de maneira satisfatória os valores comumente compartilhados na sociedade.

²⁵⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 93.

Tal razoabilidade é verificada na solução de litígios, principalmente naquelas questões em que o conflito exige estimativas ou a consideração de peso²⁵¹ ou precedência²⁵². Enquanto a racionalidade nos mostra o que devemos fazer enquanto seres dotados de vontade racional, a razoabilidade nos mostra quais os meios mais justos e eqüânimes de realização dos objetivos. Assim é que, no exemplo da liberdade, verificando-se os graves problemas sociais que o excesso de liberdade de contratar trazia para os proletários, cujo conceito era oriundo da racionalidade, já que provinha da dedução de que o homem era livre para tratar de seus negócios privados, opera-se certo ajuste ou intervenção para garantir que a liberdade de contratar seja efetivada, ou seja, que o forte não oprima o fraco. A razoabilidade é, pois, o ajuste ou a validação do juízo de valor, levando-se em conta elementos que refogem à pura racionalidade, utilizando uma metódica que insere o homem na dialética da vida, ponderando interesses e bens.

Fixadas as categorias ou possibilidades de conhecimento da liberdade pelo direito, resta adequá-la a um conceito que irá se associar a ela enquanto conteúdo de norma jurídica, com vistas à interpretação e solução de conflitos entre liberdades e entre elas e os demais direitos fundamentais inscritos na Constituição da República.

5.5 UM CONCEITO JURÍDICO DE LIBERDADE E SEUS ELEMENTOS NUCLEARES: ESCOLHA, AÇÃO, PERTINÊNCIA E IMPEDIMENTOS

Reside a principal dificuldade de conceituar a liberdade, enquanto conduta realizada na convivência, no aspecto relacional que integra a sua própria essência. A liberdade tem essa peculiaridade quando inserida nas relações intersubjetivas, pois o agir de um exige a ausência de impedimento do outro, o que significa dizer que a garantia da realização da liberdade tem, muitas vezes, a coação como condição. Nesse sentido, criam-se perplexidades entre liberdade e coação, cabendo a defesa da realização dela no duplo aspecto, como foi bem pontuado por Kant quando

²⁵¹ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970.

²⁵² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002.

relacionou coerção com liberdade através do elo entre lei jurídica (para a qual ele atribui a coação como elemento essencial) e liberdade, solucionando o impasse, sob o critério da contradição, afirmando que a coação sobre a coação de alguém que viola a liberdade assegura o próprio exercício dela, uma vez que

...se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, injusto), a coerção que a isso se impõe (como um impedimento de obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa).²⁵³

Segundo essa orientação, pode-se dizer que a lei que proíbe o homicídio afasta o impedimento à liberdade de alguém manter-se vivo. Uma outra abordagem não menos importante, que é mencionada por Bobbio, a respeito de novos carecimentos nos mostra como a liberdade nasce da necessidade de superação de uma opressão. Desta forma, novos direitos que surgem para assegurar certos bens restringem, de certa forma, a liberdade daqueles que antes não estavam vinculados àquele dever de conduta consistente no respeito ao direito de outrem.

Mencionando um excesso de declarações de direitos, Goyard-Fabre²⁵⁴ expressa seu profundo descrédito nessa pulverização, dizendo que “se tudo é direito nada é direito”, o que impende, reflexivamente, uma possível afirmação de que se tudo é liberdade, nada é liberdade. Ora, relacionar-se significa estar em perspectiva, ou seja, o que se atribui de liberdade a um ser individual, numa dada comunidade, traz repercussões a respeito do que resta de liberdade aos demais. Assim, os elementos integrantes do conceito têm importância fundamental na concretização dela, pois se liberdade é poder de fazer tudo o que se tem vontade, a realização dessa liberdade fulmina a dos demais indivíduos. Numa sociedade organizada constituída em Estado de Direito, a liberdade revela-se como possibilidade desimpedida de concretização, na esfera pública e privada, das ações necessárias à realização do ser humano. Numa dimensão ética, é no encontro do indivíduo com o direito que se revela o conceito verdadeiro de liberdade.

²⁵³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 77.

²⁵⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 337.

O que é um conceito jurídico de liberdade? Inicialmente devemos nos interrogar a respeito do que é um conceito jurídico. Em seguida, como é possível inserir a liberdade nele. Um conceito jurídico é o resultado da apreensão de uma realidade objetivada através das categorias do entendimento do direito. Isso porque, como nos ensina Joaquim Carlos Salgado²⁵⁵, “o direito é um processo de racionalização da vida, ou das formas de vida na sociedade”. O fenômeno jurídico constitui o objeto de conhecimento do direito. Para ingressar no mundo jurídico, o fenômeno deve ser dotado de relevância decorrente de conflito concreto ou potencial e, ao ser captado por ele, há que adaptá-lo às suas categorias já mencionadas, daí se extraindo o conceito.

Nesse processo, o fenômeno é uma conjunção de circunstâncias e de fatos, submetendo-se tanto uns quanto outros a uma conceituação jurídica. Também se subsumem a conceitos jurídicos a realização dos fenômenos, como, por exemplo, uma relação de trabalho, espécie do gênero relação jurídica. Esses conceitos são normativos, porque oriundos da racionalidade jurídica, ou seja, são formulados para atender ou nominar juridicamente os atos humanos que adquirem relevância no mundo jurídico. Exemplos de fatos são, portanto, a morte e o nascimento, adquirindo conceitos jurídicos próprios. As circunstâncias, tais como – boa fé, motivo torpe, fins sociais, etc –, são também subsumíveis aos conceitos jurídicos. Enfim, o fenômeno sintetiza fatos e circunstâncias que podem assumir também um conceito jurídico autônomo, como sói acontecer com a liberdade concretamente considerada.

Negando qualquer possibilidade à razão pura de conhecer os fenômenos sem o auxílio da intuição, Kant considera a apreensão dos objetos, no mundo fenomênico, uma combinação do entendimento com a sensibilidade. Deste modo, conceituar é um processo racional analítico que permite ao homem a apreensão dos objetos que lhes são dados pela experiência. A liberdade, para Kant, como já visto, assume uma idealidade numênica e, portanto, o caráter de pressuposição necessária a fim de possibilitar a razão prática, a vontade inerente a cada pessoa e que comanda suas ações. Não é possível, para Kant, conhecer teoricamente a liberdade. O seu

²⁵⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio. In: GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

pensamento está exposto, quanto a esse aspecto, desde a Crítica da razão pura, todavia transcreveremos a parte em que ele tratou de conceitos, na metafísica dos costumes²⁵⁶:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não poderemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas na prática da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação na escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas (da sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte.

Nesse conceito de liberdade, que é positivo (de um ponto de vista prático), estão baseadas leis práticas incondicionais, denominadas morais.

A liberdade, que é pressuposta pela racionalidade prática, manifesta-se, no mundo empírico, através de condutas (ações) humanas, porque a razão prática as determina. O conteúdo da ação condizente com a razão prática e, por conseguinte, deduzida da liberdade, não é abordado por Kant, uma vez que seu conceito é puramente formal, assim como o seu conceito de direito. Aquele filósofo se propôs a investigar tão-somente a possibilidade científica do conhecimento jurídico, buscando a solução através da metafísica. O afastamento das inclinações na ordem da razão pura prática, para ele, era a chave da realização das leis da liberdade, porque acreditava que o ser humano, assim como a natureza, é dirigido por leis.

Entretanto, o entendimento do fenômeno jurídico, todos legitimados na liberdade negativa kantiana, somente é possível na experiência porque humanos se relacionam e compreendem o que sucede à sua volta através dela. A exterioridade, categoria típica do direito, e a intersubjetividade que decorre dela, são qualificadas pela experiência. Quando estamos diante de fatos e atos que envolvem decisões e ações, ou seja, condutas juridicamente relevantes, lícitas ou ilícitas, a liberdade surge como manifestação concreta do agir humano e, nessa realização fenomênica, é passível de ser conhecida e conceituada sob a óptica do direito, guardando com ele as compatibilidades necessárias à sua concepção jurídica.

²⁵⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 64.

A exterioridade que caracteriza o direito inviabiliza a compreensão da liberdade enquanto fenômeno jurídico apenas no plano da razão pura, de vez que a dogmática jurídica atua em três dimensões apontadas por Alexy: a analítica, relativa aos conceitos; a empírica concernente às fontes; e normativa que indica a busca pela solução justa dos conflitos, tal como se persegue na prática judicial.

Sendo objetivo deste trabalho a apresentação de um conceito válido para a liberdade que o compatibilize com as categorias do direito, descaracterizando-se, assim, alguns conflitos nela fundados, urge que se destaque duas importantes ressalvas: primeiro, o conceito se destina à aplicação normativa, que se insere na experiência; segundo, o conceito não se confunde com a aplicação normativa quando se trata de formulá-lo.

Neste viés, então, a concepção jurídica da liberdade é produto de uma atividade racional e não da experiência, mas, na aplicação dele, as particularidades que, inevitavelmente, envolvem a experiência, longe de agredir o seu núcleo em decorrência tanto das contingências concretas quanto em função da vulnerabilidade histórica das experiências e, por conseguinte, dos conceitos de justo, bem, igualdade e liberdade, antes a confirmam, haja vista que o direito é uma produção racional que interage com a experiência e nisso reside a fluidez histórica dos seus conceitos, assim como as noções de privacidade, direito público e privado, etc. Mas sem que essa comunicação dialética transforme o seu núcleo que é produção da razão, pois esta é a qualidade do homem que o torna diferente dos animais.

Antes mesmo de situar a liberdade como conceito jurídico, devemos esclarecer que o ato de conceituar, racional por excelência, decorre da necessidade de unificação dos múltiplos em categorias inteligíveis. Melhor dizendo, segundo Carnelutti²⁵⁷, os “conceitos são instrumentos de compreensão da realidade”. Não se constata a liberdade através da experiência. Portanto, ela não é conhecida a partir dela, mas revelada pela vontade de que é dotado o ser humano de produzir suas próprias ações sem estar submetido às leis da natureza. Isso, no entanto, não impede de

²⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 32

conceituá-la, principalmente porque os conceitos podem ser produzidos no pensamento.

Não se pode olvidar, no entanto, que a liberdade, embora não percebida pelos sentidos, se revela quando agimos. O que se percebe é a ação, mas ela somente se concretiza por força da operacionalidade da lei da razão. Assim, ação efetivada por exercício da vontade é a pura liberdade. Para conceituar juridicamente a liberdade, deve-se apreendê-la a partir das categorias do direito, dando-lhe significado capaz de se adequar às expressões deônticas da dogmática. Adaptar-se à dogmática traz implícita a necessidade de enfrentamento de duas questões: conceitos jurídicos e sua aplicação prática e linguagem jurídica.

Há mais de um tipo de conceito jurídico. Chamam-se impróprios²⁵⁸ aqueles extraídos da realidade, tais como: alimento, árvore, animais, janela, mesa, telefone etc. São conceitos que não são produzidos pelo direito, mas são por ele utilizados em sua tarefa de regulação da convivência, ou seja, através de suas categorias próprias, o direito os apreende, jurisdicizando-os.

Como escreveu Kaufmann²⁵⁹, os conceitos jurídicos estão amalgamados por um “tecido normativo”. Isso é claro quando se toma alguns conceitos da linguagem comum, tais como locomoção, saúde, etc, e se procede à jurisdicização deles. No caso da locomoção, o leigo não a considera possível para um deficiente físico, embora, na linguagem jurídica, ele também possa se locomover. A saúde, apesar de ser um conceito confuso no direito, contempla diversas situações, não admissíveis pelo leigo quando diz que alguém goza de boa saúde, ou seja, para o direito saúde envolve qualidade de vida, meio ambiente e outros elementos que se inserem no âmbito do dever ser, porque o direito se revela nas relações intersubjetivas e na conjunção dialética entre razão e experiência, entre pensamento e realidade.

²⁵⁸ A classificação dos conceitos jurídicos em próprios e impróprios nos é dada por KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 201.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 203.

Essas duas dimensões da vida estão presentes em forma de conflito em toda a existência relacional. Nelas se subsumem as dicotomias entre o individual e o geral, entre o particular e o comunitário que o direito quer superar, porque, enquanto o pensamento adere à razão e esta comanda a igualdade e o universal, a experiência demonstra o plural, a diversidade, enfim, o humano em seu dinamismo. Há séculos que se discute essas divergências e a modernidade achou ingenuamente que utilizando a razão chegar-se-ia à valorização do indivíduo enquanto criatura dotada de particularidades, mas chegou à conclusão de que não domina o fator responsável pela individualidade, qual seja, o valor decorrente da experiência que informa a razão. Negar isso é como negar a natureza do homem e fingir que aplica o direito em algum lugar.

Os conceitos próprios são aqueles puros do direito, que não se inserem na contingência da experiência, mas, ao contrário, são produzidos por ele mesmo, podendo ser chamados de conceitos puros ou apriorísticos do direito, para utilizar a linguagem kantiana. Dentre estes últimos, estão os conceitos de norma jurídica, relação jurídica, dever jurídico, direito objetivo, direito subjetivo, direitos individuais, interesses difusos, legalidade e outros tantos.

Interessam-nos especialmente os conceitos de fato jurídico e a relação jurídica para uma melhor visualização da liberdade, mas não nos deteremos numa análise profunda sobre a diversidade de pensamento a respeito. Diremos apenas que os fatos são acontecimentos no mundo físico ou no mundo humanamente socializado e que podem assumir relevância para o direito na medida em que afetam a intersubjetividade com tendência ao conflito. Eles são o gênero ao qual pertencem os atos, que podem ser descritos como atitudes, ou seja, práticas decorrentes da vontade e que, por gerarem efeitos no âmbito das relações humanas, podem ser catalogados como jurídicos, desde que assumam relevância para tanto.

As relações jurídicas, por seu turno, são fatos jurídicos em que interagem pessoas entre si ou pessoas e coisas. O núcleo dessas relações são os interesses geradores de direitos subjetivos. A liberdade está inserida no âmbito dos direitos subjetivos públicos ou privados. Os primeiros é que nos interessam. Atos jurídicos

consubstanciados em condutas em que subjaz a noção de liberdade, vindo a gerar relações jurídicas em que o objeto é um bem constituído em direito subjetivo público é uma seqüência que envolve liberdade no início e no fim. No início, porque os atos voluntários são atitudes justificadas na liberdade e, no fim, porque a absorção dessa evidência pelo direito implica admiti-la sob as suas categorias, mas sem negar sua essência: o homem é um ser racional (livre). Por isso se organiza juridicamente, mas o fundamento não pode ser negado na consecução da convivência.

Neste viés, a liberdade não é um conceito fundamental do direito. Também não é apreendida da experiência, antes, porém, legitima o próprio direito, posto que, se não a concebermos enquanto possibilidade, não teremos direito. Para consagrá-la como uma evidência, assim como a vida e outros direitos fundamentais, deve-se dar-lhe um conceito jurídico capaz de operacionalidade e de convivência com os demais direitos, embora a regulação dos atos humanos nos quais ela está subentendida é o direito em sua dinâmica. Por isso, quando pensamos em liberdade, ou melhor, em conceito jurídico de liberdade, devemos inferir que ele deve ser validado na experiência que consagra a convivência de liberdades.

Em se tratando de direitos fundamentais, objeto de nosso trabalho, impende que a liberdade seja enfrentada em suas tensões com os demais direitos, razão porque o conceito deve combinar com sua aplicação prática, sob pena de conflituosidade conceitual. Os conflitos são o resultado de uma sociedade pluralista, em que o particular e o geral, o individual e o coletivo, o privado e o público estão em eterna tensão, devendo-se atentar para que o conceito nuclear contenha os elementos indissociáveis da liberdade, uma vez que cabe à Jurisprudência prática a solução dos casos por intermédio de subsunções decorrentes da interpretação que levam em conta as particularidades dos titulares de direitos.

Para tanto, deve-se manter em harmonia as dimensões da dogmática, a fim de que o conceito tenha aplicação prática nas soluções dos conflitos e informe os tipos materializados nas normas jurídicas. Aspecto geral conceitual, pré-concepção cultural (tipos) e particularidades (circunstâncias) devem interagir para a concretização da norma jurídica.

Através da linguagem o homem se comunica com a realidade e com os seus semelhantes. A linguagem exerce as funções de comunicação, de socialização e operacional no direito²⁶⁰. Mas a linguagem jurídica não é idêntica àquela correntemente utilizada. Devido a isso, na forma de compreender a realidade e na formulação de seus conceitos próprios, o direito utiliza uma linguagem própria que é a maneira de comunicar-se a partir de suas categorias. Como produto da razão que é, o direito compartilha valores sociais na juridicização dos conteúdos provenientes da realidade ou de outros ramos do saber. Nem o direito é o que está posto, sem qualquer idealidade, nem a idealidade pode ser desvinculada da experiência.

Assim, essa comunicação jurídica constituída na experiência como resultado da avaliação racional-comunitária dela e não como resultado da vontade de um legislador é possível através dos conceitos. Esse encontro entre pensamento e realidade constitui a bidimensionalidade da linguagem, de que nos fala Kaufmann²⁶¹. Com fundamento em Wittgenstein, aquele autor retrata duas formas distintas de empreender a relação entre a linguagem e o direito. Uma delas buscando uma abordagem “digital”, defende a compreensão racional da linguagem, através de signos exatos. Numa outra perspectiva, a “analógica”, entende-se a palavra como signo aproximativo e não exato do objeto que se pretende retratar.

A adoção de uma única dimensão traria prejuízos porque, caso se compreenda os signos com exatidão, não se retratará fielmente as relações humanas em razão da diversidade de interpretações que são dadas aos fatos, dependendo da perspectiva sob a qual são visualizados. De outro lado, se se empreender uma compreensão somente analógica da linguagem, perde-se a unidade da comunicação. Como se vê, generalizar para encontrar o núcleo comum, mantendo-se, ao mesmo tempo, as particularidades, é tarefa árdua com a qual se debate o homem desde que intentou compreender o universo em que vive e assumir o compromisso de fazer dele um lugar aprazível para a humanidade.

²⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 227.

²⁶¹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 231.

A comunicação empreendida pela linguagem jurídica no conceituar a liberdade ocorre através da absorção de sua manifestação na realidade, através dos atos humanos, transformados em jurídicos em forma de direitos subjetivos públicos. Na função socializante da linguagem, convém mencionar a dimensão cultural do direito, já que decorre da racionalização da convivência. Segundo Kaufmann²⁶², uma pessoa compreende os limites de sua ação ainda que desconheça o enquadramento técnico-jurídico de seu ato, porque “as regras da vida social em comunidade não são transmitidas ao cidadão através das leis, ele as apreende, na verdade, na comunicação cotidiana e na comunicação ativa entre pessoas”. Essa consciência social informante do direito é o que qualifica, em última análise, sua dimensão cultural. Em razão disso, é importante a mediação entre a linguagem jurídica e a linguagem corrente, tendo como responsável, segundo o autor, os tipos que são descritos na lei. Duas são as situações em que a linguagem cria direito²⁶³: pela criação legislativa e pela prolação da sentença. As demais atuações da linguagem sobre o direito ocorrem na forma de interação socializante.

Ao tratar sobre linguagem, Wittgenstein²⁶⁴ utiliza a expressão “jogos de linguagem” para destacar o significado da palavra para além de sua definição hermética. Para ele, de acordo com o contexto em que a palavra é usada, seu significado muda, de forma que uma mesma expressão não pode ser transmutada de um jogo de linguagem para outro, como sói acontecer com a liberdade, que foi transferida do movimento dos corpos para a ação humana. Falar de liberdade sem entendê-la, segundo os jogos do direito, pode trazer equívocos de conceitos.

Conceituar a liberdade, já se disse em tópico anterior, é tarefa árdua, mas a diversidade de compreensão dela ocorre por dois motivos: primeiro porque a liberdade assume distintos conceitos, a depender da temática científica abordada, tal como se a vê nas ciências físicas ou nas ciências sociais, cabendo referência à especificidade das ciências normativas; segundo porque se convencionou atribuir à

²⁶² KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 236.

²⁶³ *Ibidem*, p. 245.

²⁶⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

liberdade a possibilidade de qualquer ação, de modo que toda espécie de acontecimentos, jurídicos, extrajurídicos ou antijurídicos, cabem no conceito de liberdade.

Pensa-se em liberdade quando se fala em – locomoção, tolerância, profissão, eutanásia, aborto, sexualidade, contratos, propriedades, reunião, testamento, lazer, moradia, ócio, ingresso na universidade ou educação em geral. Chega-se a atribuir tudo à liberdade porque ela está visceralmente relacionada com atividade, ação, escolhas. Em torno disso, costuma-se fazer inúmeras confusões.

Alexy conceitua juridicamente a liberdade através de uma equação matemática, lembrando-nos a Jurisprudência dos conceitos, que tudo pretende subsumir em sua lógica racional que prima pela generalidade. Não discordamos do autor quando pretende um conceito genérico e uma aplicação particular, compatibilizando as dimensões da dogmática jurídica, mas o conceito, ainda que genérico, deve guardar compatibilidade com o âmbito de proteção e se ele admitir que se insiram ações contrárias aos valores compartilhados, não há como identificá-lo como conceito jurídico de liberdade.

Um conceito genérico e abstrato, no qual a razão busca a máxima segurança e a certeza científica, é a garantia de alcance do núcleo comum, tal como ele apresenta o conceito de liberdade: “X é livre (não livre) com relação a Y para fazer Z ou não fazer Z”²⁶⁵. Em sua dimensão aplicativa ou normativa, que se revela na prática judicial, as particularidades são dadas e consideradas, mediante as circunstâncias, para a solução do caso concreto, em que a ponderação é um método eficaz de superação da tensão entre o geral e o particular (não os interesses, mas a abstração e a particularidade da norma).

Na conceituação de liberdade, há que se levar em conta a seguinte questão: existe um núcleo conceitual imutável que sobrevive a qualquer inserção da experiência ou o conceito de liberdade é mutável em função da evolução das relações sócio-

²⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 214.

econômicas, as quais vão trazendo novas formas de opressão, para as quais urge a necessidade de novas formas de liberdade?

Deve-se entender, inicialmente, que a liberdade é uma atuação prática precedida de escolhas e a tentativa de subsumi-la, enquanto direito fundamental, à ação desimpedida, não retrata seu conceito na ambiência jurídica, humana e racional. O problema do conceito até agora apresentado não é o excesso de generalidade, mas a ausência de elementos que a caracterizam, tais como a pertinência, as escolhas e a referência valorativa que incide sobre eles e sobre os impedimentos. Essa omissão do ato de escolhas no conceito de liberdade atrapalha a compatibilidade entre liberdade individual e convivência, porque não considera, por conseguinte, a pertinência. Um núcleo conceitual existe, mas até agora não foi elaborado com correção e, por isso, a interpretação das normas jurídico-constitucionais que asseguram liberdades tem sido, de idêntica sorte, equivocada.

Conceituar algo é dizer o que a expressão significa. Sobre a liberdade, há que se considerar, como já visto, os diversos significados que ela assume nas diferentes abordagens temáticas, que aqui não passaram despercebidas, mormente aqueles conteúdos que lhe foram dados pela política antiga e pela filosofia moderna.

Aqui trataremos de compreendê-la segundo as categorias gnoseológicas da dogmática, para cujo desiderato concorrerão as considerações feitas sobre ela nos tópicos anteriores. Apontaremos alguns dos muitos conceitos de liberdade oferecidos por diversos juristas.

Partindo da definição de liberdade, dada por Sanchez Agesta, como isenção de uma necessidade, Horácio Meirelles Teixeira²⁶⁶ elenca as diversas formas de se encarar esse conceito, a partir de três elementos: o sujeito a que se refere; o objeto a que se destina (fim); e a necessidade que se impõe.

²⁶⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 663.

Para aquele constitucionalista, a depender do sujeito, a liberdade pode ser entendida de diversas maneiras. Ele cita, como exemplo, o art. 11 da Declaração de Direitos de 1789, que assegura a liberdade de expressão para o homem abstratamente considerado frente ao Estado. A Constituição soviética de 1936, ao contrário, ao garantir a liberdade de expressão, mirava a libertação do proletário frente ao capital. Outro fator que distingue sensivelmente a consideração de liberdade é o objeto, mais especificamente o fim ao qual a liberdade se dirige, posto que, quando a lei intervém nas relações de trabalho para garantir direitos mínimos dos trabalhadores, assegura a liberdade de contratar do empregado, considerado economicamente mais fraco e sem condições de estabelecer livremente as cláusulas contratuais sem a atuação do Estado. Ao contrário, esse dispositivo não assegura liberdade ao patrão, pois, para ele, a liberdade consiste em poder estipular o que a vontade de ambas as partes puder ditar livremente. Na perspectiva daquele autor, a liberdade varia de acordo com o sujeito e com o objeto mirado. Outra variante é a necessidade que pode advir como vinculação do próprio Estado ou da convivência social.

Importante é verificar que, numa segunda perspectiva do objeto, pode-se dizer que a liberdade enquanto atividade destinada a um fim (objetivo) pode ser vivenciada de forma negativa ou positiva. Essa noção traz implícito também o elemento necessidade, consoante veremos. A liberdade negativa consiste na ausência de intervenção no movimento tendente à consecução de um objetivo, enquanto a liberdade positiva se caracteriza pela atuação estatal com vistas à garantia efetiva da liberdade. Assim, no primeiro caso, o Estado deixa de impor uma necessidade e, no segundo, a afasta, com sua atuação positiva. Essa construção é contemporânea do Estado social, que anunciou a falência da noção de liberdade como simples isenção de atuação, uma vez que de nada serve garantir a liberdade de exercício de profissão se alguns não conseguem sequer alcançar, por insuficiência econômica, os meios necessários para a habilitação imposta pela lei como necessário ao exercício daquele mister. Essa atuação positiva ou negativa não guarda relação com os sentidos positivo e negativo de liberdade os quais serão vistos.

O autor vai além ao enunciar que o objetivo da ação que inspira o conteúdo da atividade constitui o valor moral da liberdade. Assim, como determinar se o Estado deve agir negativa ou positivamente? A partir da utilidade e da razão louvável da ação, tanto para o indivíduo como para a coletividade, determinar-se-á, ora negativa, ora positivamente, o afastamento da necessidade a fim de garantir o pleno exercício das liberdades.

Visualiza-se, a partir dessa concepção, uma distinção entre escolher e, efetivamente, fazer valer sua escolha, por exemplo, decidir aonde ir (liberdade interna) e definitivamente poder ir sem que nada o impeça (liberdade externa). Neste mesmo sentido, poder-se-ia dizer que estamos tratando de conceito formal e material da liberdade, pois que o liberalismo garantia o exercício da primeira concepção, vindo o marxismo a denunciar a falácia de assegurar que alguém poderia ir a qualquer lugar, em tese, mas, na realidade, mal podia pagar transporte para se deslocar de um bairro para outro.

Quanto à distinção entre liberdade e condições da liberdade, Berlin²⁶⁷ alerta asseverando que liberdade é coisa distinta de igualdade, de justiça, de felicidade; enfim, proporcionar meios para o exercício da liberdade não se confunde com ela.

Já Meirelles Teixeira²⁶⁸ conceitua a liberdade, inserindo em sua definição elementos positivos, negativos e valorativos:

Liberdade é o direito de viver e de desenvolver e exprimir a nossa personalidade da maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem Comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado.

Segundo o mesmo autor, essa definição vem resolver problemas de alta indagação entre os constitucionalistas, porque propõe a solução para a organização da liberdade, dando-lhe caráter social, natural, moral, inato, inalienável, racional e,

²⁶⁷ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 30.

²⁶⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 672.

finalmente, relativo quanto ao conteúdo de bem comum, já que tal conceito deve ser construído historicamente, desde que se respeite o seu mínimo irredutível.

Afonso da Silva²⁶⁹ propõe a seguinte definição: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Pontes de Miranda²⁷⁰, por sua vez, aduz que “ser livre significa não ser sujeito a outrem”. Em seguida, classifica-a em liberdade física (locomoção, de fazer ou não fazer), moral ou psicológica (de expressão, de crença etc).

A liberdade também é vista por Hans Kelsen²⁷¹ em dois sentidos, um positivo e outro negativo. Para ele, o sentido negativo se encontra naquelas possibilidades de conduta para a qual não há proibição ou prescrição e o sentido positivo se apresenta naquelas circunstâncias em que o legislador assegurou, expressamente, a liberdade. O critério de distinção é a previsão expressa no ordenamento jurídico. Adiante, ao distinguir a causalidade da imputação, nega a concepção criada pela filosofia kantiana de que causalidade e liberdade se excluem, assim como refuta a idéia de fundamentação da responsabilidade na liberdade, pois “não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo”²⁷².

Na visão de Kelsen, toda conduta é causalmente determinada pela norma para a qual se pretende observância²⁷³. A contradição expressa nessa segunda formulação, em que considera a imputação um efeito proveniente do mandamento

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 207.

²⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 321.

²⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 46.

²⁷² *Ibidem*, p. 108.

²⁷³ “A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre.” (*Ibidem*, p. 104). E mais adiante: “Muito freqüente é a afirmação de que é necessário admitir que o homem tem uma vontade livre, isto é, não determinada causalmente, para explicar por que é que apenas consideramos ético-juridicamente responsável o homem e não as coisas inanimadas, os fenômenos da natureza ou os animais – para explicar por que é que apenas consideramos imputável o homem. Mas o certo é que apenas consideramos imputáveis os homens porque e na medida em que as ordens morais e jurídicas apenas prescrevem condutas humanas. Por outro lado, elas apenas prescrevem condutas humanas porque se admite que a representação das suas normas somente no homem provoca atos de vontade que, por sua vez, causam a conduta prescrita. A explicação não está, portanto, na liberdade, mas, inversamente, na determinação causal da vontade humana.” (*Ibidem*, p.107)

como causa, desconhece a singularidade humana com respeito à razão que distingue o fundamento de sua conduta daquele que subjaz ao movimento dos animais ou aos acontecimentos da natureza em geral. Em suma, para o autor, não é a liberdade que qualifica a conduta humana, mas a imputação, porque a lei tem por objetivo influenciar na vontade humana, fazendo-a tender, mediante a coação, ao comportamento ordenado. Porém, nem sempre isso acontece e aí deixou o mestre da Escola de Viena de explicar o que justifica o descumprimento do mandamento. Na verdade, ele quer dizer que a pessoa que descumpra a lei tem alguma patologia, no entanto hesita e, finalmente, essa questão não fica explicada.

Se a capacidade de escolher uma conduta diante das várias opções que se apresentam ao indivíduo não se enquadra na definição de liberdade, não sabemos o que poderia vir a ser liberdade. Neste aspecto, Kelsen deixou lacunas, mas pode-se assegurar que foi, no mínimo, contraditório ao sustentar que o homem é livre porque imputável.

Para Alberto Nogueira, a liberdade “é a fruição do ser livre, até onde o direito possa assegurar”²⁷⁴. Para este autor, liberdade e direito se complementam, não sendo possível a realização da liberdade senão no âmbito do direito. Já, a liberdade é vista por Manoel Gonçalves²⁷⁵ como autodeterminação nas escolhas da conduta, realçando a distinção entre os sentidos filosófico, sociológico e jurídico da liberdade. Para ele, o direito estuda a liberdade apenas sob a óptica das regras jurídicas que disciplinam as condições dela.

A liberdade kantiana, de inspiração filosófica, serviu de fundamento para o direito, mas não pode ser usada por nós nos limites desse tópico, tendo em vista que Kant somente admite o conhecimento – do qual se serve a ciência para conceituar – como o resultado da sensibilidade (intuição) associada ao entendimento (categorias), sustentando que a liberdade, Deus e a alma não podem ser conhecidos através da razão teórica, uma vez que são insuscetíveis de apreensão pela experiência. A liberdade, para ele, é pressuposta pela razão prática, que informa a

²⁷⁴ NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 164.

²⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et. al. **Liberdades Públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 6.

ação dos indivíduos, não sofrendo ela influência da experiência, mas apenas da vontade. É por ser livre que o homem tem uma vontade concretizada na ação e na realização dela o homem não se submete à causalidade, ou seja, não é fenômeno, mas nûmeno. Essa é a concepção kantiana negativa de liberdade e que agora não nos interessa, porquanto trataremos de seu conceito jurídico.

Ora, enquanto direito fundamental, a liberdade passa a ser objeto de apreensão pelo direito e suscetível de conceituação por suas vias. Assim, o direito apreende os fenômenos e os juridiciza, numa atitude racional e é a inteligibilidade jurídica da experiência que torna possível o processo de conceituação da liberdade, tendo em vista que ela, a própria liberdade, decorrente de uma concepção racional e jusnaturalista, é concretizada nas relações humanas, dando ensejo, portanto à geração de conflitos, em virtude de sua manifestação relacional, quando amplamente concebida, na qual mais liberdade para um significa menos liberdade para outro. Passemos, então, a alguns elementos que integram o conceito de liberdade.

5.5.1 A conjunção entre escolha e ação

Dada à natureza racional do homem, não se pode admitir, para além dos atos com motivação instintiva, atuação que não seja precedida de escolhas. São essas escolhas que interessam ao direito quando se trata da liberdade, assim como o método de consecução delas. Entender a liberdade na sua dimensão negativa kantiana é o mesmo que concebê-la na racionalidade que qualifica as ações humanas, diferentemente dos animais que agem por instinto. Daí não se deduz o conceito de liberdade aplicável ao direito, porque essa dimensão fundamenta o direito e a moral. A partir do seu fundamento, que informa a concepção da liberdade como evidência, deve-se indagar como ela se insere no mundo jurídico constituindo matéria dos comandos, ou seja, como o direito a concebe e isso nada mais é do que apreendê-la juridicamente, a partir de suas categorias de normatividade, de exterioridade, de racionalidade, de referência a valores, de humanidade e de razoabilidade.

Não é possível conceituar a liberdade como apenas escolha ou apenas ação, pois essas duas perspectivas são momentos inseparáveis do ser humano, encontrando-se, portanto, interligadas e não podendo ser dissociadas sem prejuízo para uma perfeita compreensão da liberdade. É claro que tais considerações dizem respeito a uma concepção individual de liberdade a qual, em última análise, é realizada na conduta e é objeto de regulamentação normativa, mas essa conduta, quando projetada para a convivência, busca seu fundamento nela, pois de outra forma não se organizaria. Por outro lado, a liberdade que se concebe nessa dimensão individual também se realiza no plano do agir que põe em execução as escolhas coletivas. Essas escolhas são os fins aos quais se dirige a comunidade e são expressos através dos princípios-valores os quais, por sua vez, determinam os limites jurídicos à conduta e que são expressos através das leis.

Esse plano individual é regulado por leis que podem assegurar algumas liberdades (princípios constitucionais), sendo vedada qualquer ação que importe em impedimento à realização delas (são essas as chamadas equivocadamente liberdades negativas ou agir sem impedimento). Também se expressa, ainda no plano das relações intersubjetivas, de forma subjacente a toda conduta normada, uma vez que a ordenação do comportamento impõe, na maioria das vezes, um fazer ou um não fazer, podendo-se deduzir, de forma reflexa, a liberdade decorrente da legalidade, consistente na liberação do indivíduo para agir conforme seu arbítrio naquele espaço vazio ou de irrelevância jurídica no qual o legislador nada dispôs. A legalidade, que é princípio fundamental decorrente do Estado de direito, é uma garantia dos súditos contra os abusos do Estado, mas a liberdade que reflexivamente dela se deduz é resultado de um equívoco conceitual, consoante ver-se-á adiante, porque põe a lei como impedimento à liberdade, quando ela, representando as escolhas coletivas, traça os limites de possibilidades jurídicas para a realização dela.

Importa relevar que, no plano individual, não é suficiente dizer que toda ação pressupõe uma escolha, antes, porém, deve-se circunscrevê-la num amplo número de possibilidades, superando os limites de diversas ordens que reduzem o número de escolhas e que, quando se configuram obstáculos, devem ser afastados para a

consecução daqueles fins ditados pelos valores. A dicotomização da liberdade, como já dito, trouxe prejuízos à compreensão jurídica e à sua aplicação na solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, pois ao direito cabe a realização da convivência, na qual se insere a liberdade no plano individual e no âmbito da coletividade. Compatibilizar os interesses aos quais se dirigem os homens individualmente ou de forma compartilhada é função do direito, que atua através da regulação de condutas, nas quais está visceralmente relacionado o conceito de liberdade. Assim, importa demonstrar o significado ou o conteúdo da liberdade que deve ser apreendido no seu conceito jurídico.

Quanto a um conceito filosófico de liberdade, foi dito o suficiente, visto que ela, para constatar, realiza-se na conjunção da escolha com a ação. Analisaremos algumas controvérsias da dicotomia entre liberdade negativa e positiva quando tentamos trazê-la para uma aplicação na dogmática jurídica, ou seja, quando se tenta visualizar uma escolha sem ação e vice-versa. A primeira delas é que se a liberdade, em sentido positivo, significa “dar-se leis”, ou seja, autonomia e não heteronomia, além disso, deve-se depreender que se alguém se dá uma lei pela qual proíbe a si mesmo de fumar, está diante de uma manifestação de liberdade e de uma “iliberdade”, ou seja, é livre porque ela, e não outra pessoa, quem decidiu parar de fumar e não é livre, em sentido negativo, porque suprimiu a liberdade de fumar, ou seja, a lei criou um impedimento à liberdade de fumar. Mas se alguém se dá uma lei permissiva do ato de fumar, segundo a sua escolha, deixa-se ao seu arbítrio a decisão.

A dicotomizada liberdade dos antigos e dos modernos e sua associação com a liberdade positiva e negativa, consoante exposta por Berlin, na verdade, se distingue por essas duas vertentes. Sobre alguns assuntos, que somente interessam à ordem privada, deixa-se a escolha ao indivíduo (liberdade de expressão, de opinião de credo, etc) e sobre outros, cujo conteúdo interessa à comunidade, a escolha deve ser feita mediante a participação política. São dois aspectos que tratam da mesma coisa: escolhas.

Nas ações individuais que asseguram liberdades individuais, garante-se a possibilidade de escolher e fazer valer a escolha no agir. No que diz respeito às normas que concernem à coletividade, tais como as que criam direitos sociais, por exemplo, são feitas escolhas coletivas que procuram garantir a realização de valores comunitários. A fim de se evitar incongruência, deve-se dizer, numa acepção jurídica de liberdade, que, de acordo com o conteúdo do agir, ou melhor, das escolhas que o antecedem, a pessoa age com liberdade ou não.

Finalmente, liberdade é querer? É agir? Nem somente um nem somente outro. Quando se fala de liberdade na concepção jurídica, há que se levar em conta o conteúdo das escolhas, pois, se assim não for, chega-se à seguinte formulação de liberdade jurídica individual: X é não livre para torturar Y, quando se diz que X quer, ou simplesmente que X foi impedido de torturar Y. Numa outra situação: N quer ser corretor de imóveis, mas a lei impõe, para o exercício dessa profissão, que se habilite perante o CRECI, submetendo-se à exame de conhecimentos. Pergunta-se: N é livre para escolher a profissão? Sim, se não se opuserem obstáculos de diversas ordens além da exigência da lei, que atua regulando.

Dito de outra forma – N é livre para exercer a profissão? Sim, desde que seja aprovado no exame. O exercício dessa profissão pressupõe uma escolha e, sendo a escolha livre, se houver impedimentos ao exercício dela, não se deduz daí que a pessoa não é livre para o exercício apenas, mas também não o é para escolhê-la, uma vez que a ação qualifica a escolha, isto é, quando agimos – retratamos nossas decisões. Sejam mais sintéticos: identificamos as escolhas pelo agir e quando não podemos exercitar essa escolha, o impedimento não se revela apenas no agir.

A liberdade no agir não perquire sobre as reais condições, mas apenas encara os impedimentos sob o enfoque avalorativo de situações fáticas, mais propriamente físicas, que se antepõem ao exercício dessa liberdade, sem que se indague sobre a liberdade de escolha ou sobre a licitude dos fins, os quais, em última análise, determinam a consideração do que é impedimento. Assim, a noção de impedimento quando se fixa à liberdade no agir é limitada àquelas forças que impedem o movimento, ou seja, no caso acima citado, somente se alguém opuser um obstáculo

físico ao exercício da profissão é considerado um impedimento, tentando-se dar-se uma feição avalorativa, posto que não se percebem obstáculos de ordem econômica como impedimento ao agir.

Assumir uma posição valorativa do impedimento ou do obstáculo é o resultado inquebrantável da união do querer com o agir. Talvez estejamos acostumados a pensar que o querer, enquanto pensamento que se limita ao eu interior, não pode ser objeto de impedimento. Aqui tem que se fazer uma distinção entre querer interior e escolha, pois a segunda é o resultado da mediação entre o primeiro e a razão. Essa dimensão não é jurídica, passando a sê-lo o momento da escolha. Enquanto ao querer não se apresentam quaisquer limites, a escolha é feita de acordo com as opções que se apresentam possíveis a uma racionalidade, que não nos interessa investigar. Assim, escolher é a tomada de decisão, encerrando-se a perplexidade em que se apresenta o indivíduo diante das várias opções, cujo número é diretamente proporcional à quantidade de liberdade.

Mas não se pode separar escolha de ação, como se fossem dois momentos distintos e independentes da liberdade, como pretendem Bobbio e Berlin. Como tal assunto já foi visto, importa agora definir o conceito jurídico de liberdade e, para isso, não podemos perder de vista que ser livre e pertencer, em linguagem jurídica, são noções se implicam, uma vez que estar inserido numa comunidade que se organiza juridicamente é o único meio de praticar o querer, desde que o querer esteja inserido, não apenas formalmente, mas materialmente, no conteúdo dos valores fundamentais que informam aquela vida em coletividade.

Em todas as esferas e manifestações da vida humana o investigador se depara com atitudes que são a qualificação de escolhas. Procede-se à atuação da vontade, como foi bem demonstrado por Kant e, nesta metadimensão de possibilidades de escolhas e de decisões, sofremos diversas interferências, sejam de ordem psicológica, física, econômica etc. O direito se ocupa de assegurar, quando normatiza a liberdade, que as ações sejam resultados de escolhas as mais livres possíveis, mas nem tudo é relevante para o mundo jurídico, nem tudo está posto no âmbito da legalidade ou do possível juridicamente. Assim, pode-se dizer, utilizando

os conceitos de Canotilho, que existe um âmbito de proteção²⁷⁶ guiado pela escolha dos bens, valores e interesses que recebem proteção da ordem jurídica e um âmbito de regulamentação, no qual se insere a regulação da conduta. No primeiro, visa o direito à realização do máximo de liberdades e, no segundo, visualizam-se os limites jurídicos com os quais se opera a delimitação do âmbito de proteção. Proteger liberdades fundadas em valores, limitando ações contrárias a esse desiderato é, em suma, o objetivo da ordem jurídica constitucional.

5.5.2 Os limites, os obstáculos e os impedimentos

A vida humana é marcada por tomadas de decisão que põe o homem diante de várias opções. A quantidade de opções ou de portas abertas apresenta-se inserida dentre os elementos constitutivos do conceito de liberdade, pois ela não se realiza sem essa maximização.

No entanto, algumas considerações devem ser feitas a esse respeito, uma vez que a existência humana é marcada por decisões, querer, vontades que se explicam na complexidade de dimensões em que se insere o ser humano. Na realização do querer humano, depara-se o homem diante de inúmeras opções e de outras tantas dificuldades que se antepõem, podendo vir a constituir limitações à escolha e à ação. Ambas se imbricam de tal forma num “querer-fazer” que cada agir, ainda que se constitua meio de realização de uma escolha final, é marcado por diversas outras escolhas.

Se, por exemplo, uma pessoa decide ir ao mercado, a realização desta escolha exige que ela tome decisões que a façam chegar até tal lugar. Ela pode resolver ir caminhando porque falta transporte público ou por não possuir automóvel, esses obstáculos constituem limites ao número de opções que se lhe apresentam, restando-lhe poucas alternativas. Se, num outro passo, alguém impedir a locomoção

²⁷⁶ Para este autor, o âmbito de proteção é o espaço delimitado de bens, valores e interesses protegidos pela norma e o âmbito de regulamentação é a previsão de casos jurídicos regulados por uma norma jurídica. (CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1187)

dela e isso inviabilizar seu objetivo, não se pode dizer que essa ação está dissociada de escolhas pura e simplesmente, porque tanto o fim quanto cada passo foi escolhido e o maior ou menor número de opções que se apresentam a essa tomada de decisão constitui uma maior ou menor liberdade.

Nas condutas que subjazem às escolhas, pondera-se acerca das possibilidades, sendo certo que o máximo de liberdade é o esperado e nisso consiste o direito: realizar a convivência com o máximo de liberdade. O desafio que se antepõe ao direito é ambicioso, pois realizar a convivência humana com o máximo de liberdade é tarefa por demais árdua, uma vez que não é fácil afastar os obstáculos criados pela natureza, pela sociedade, pelo Estado, pelas deficiências próprias da organização. Isso exige uma reflexão continuada e uma constante autocrítica no processo de sua realização, para cujo desiderato devem ser afastados os obstáculos pelas escolhas legitimadas na humanidade, porque o direito é um fenômeno humano e não mecânico.

Conceitos formais com pretensão de preenchimento avalorativo não são elaborações humanas. Assim, o “dar-se leis” é uma expressão da liberdade em que redução de opções de escolha reduz o espaço de liberdade. Liberdade não é apenas estar liberto das leis da natureza, entretanto “dar-se leis” sob amplitude razoável, até porque se o homem não segue as leis da natureza, mas leis dadas por outrem e não assentidas por ele, não é livre, visto que a autonomia não é suficiente. Resta saber, então, se o número de opções que se apresentam garante um grau razoável de liberdade.

Volvamos, pois, aos limites e às escolhas, a fim de podermos verificar que a pessoa está imersa numa teia de possibilidades e limitações de diversas ordens. Quando se fala de limites à liberdade, leva-se em conta que ela não é absoluta nem poderia sê-lo, de vez que isso depararia o ser humano diante de um múltiplo indeterminado. Assim, o número de escolhas é limitado por fatores de ordem social (maior ou menor peso, a sociedade impõe a determinadas decisões, como, por exemplo, a estimativa negativa relativamente ao homem usar brinco, arco ou cabelo longo); de ordem psicológica (quando alguém, diante do número de opções de cursos que se

apresentam para a inscrição no vestibular, elimina aquele que apresenta maior concorrência por acreditar que não tem capacidade suficiente para aprovação – sem que se olvide, é claro, que esse exemplo apresenta também aspectos de política educacional); de ordem familiar-religiosa (por exemplo, alguém que se mantém numa relação conjugal que já não oferece satisfação ou felicidade por acreditar que deve manter a tradição religiosa segundo a qual “o que Deus une o homem não separa”); de ordem moral (quando alguém elimina das possibilidades de ação uma conduta antiética); de ordem jurídica (redução de possibilidades de escolhas imposta pelas leis jurídicas); ou de ordem física, como sói acontecer se alguém pretender atirar pedra na lua daqui do planeta azul.

Todas as ciências se dirigem, ainda que remotamente, à existência humana, mas ao comportamento apenas algumas, tais como a psicologia, o direito e a ética. A regulação de condutas é tratada apenas pelas duas últimas, valendo dizer que prescrevem certos comportamentos, induzindo, pois, escolhas e limitando o leque de opções, não somente sob o aspecto individual, mas também de sua convivência.

Não discutiremos agora a distinção entre leis jurídicas e leis morais, mas por ora é mister fixar que, nas limitações jurídicas ou na falta de uma compreensão delas – pois a concepção negativa de liberdade confunde limites com obstáculos ou com impedimentos –, residem as perplexidades entre lei e liberdade e, em sentido reflexo, entre direito e liberdade, a saber o papel que a liberdade ocupa no mundo jurídico e que relação guarda com ele. Isso se dá, em grande parte, porque as leis jurídicas regulam condutas para permitir a realização da convivência sob o império do direito e, por isso, leva em consideração limitações de outra ordem com vistas à sua eliminação, a fim de assegurar uma coexistência com o máximo de liberdade, em que o conceito desta última leva em conta, necessariamente, os valores que justificam a organização sob leis e a convicção de que a realização da liberdade não é possível sob o signo da ação sem consideração da escolha.

Os limites que se apresentam diante das opções podem ser considerados obstáculos à liberdade quando se circunscrevem no âmbito de relevância jurídica, ou seja, quando a eliminação da possibilidade de escolha fulminada por ele constitui um

óbice à realização da liberdade como valor fundamental. Já os limites jurídicos inscritos nas leis que regulam comportamentos nunca são obstáculos, de vez que se dirigem à realização dos valores fundamentais inscritos na Constituição da República, os quais objetivam a delimitação do campo temático-jurídico, ou seja, os fins a que se dirige a comunidade. Na concretização da liberdade enquanto conteúdo de norma fundamental, há que se afastar os limites considerados obstáculos à realização dela e, portanto, aqueles considerados juridicamente relevantes. Limites juridicamente relevantes são aqueles empecilhos que se exibem diante da vontade ou do querer²⁷⁷, reduzindo o número de opções e impedindo que a escolha em direção ao valor protegido seja livre. Eles são juridicamente relevantes, porque podem e devem ser superados pela ordem jurídica. Podem porque se inserem na ordem do possível e devem porque se apresentam como impedimentos à realização daquilo que a ordem jurídica elegeu com bem digno de proteção. Dessa forma, traça-se a distinção entre limites e obstáculos, na qual estes são espécies dos quais aqueles são gêneros.

Por exemplo, se alguém decide viajar de férias e opta por conhecer a Amazônia porque, além de ser magnífica, proporciona mais segurança que ir a um litoral que sofre a ação do fenômeno tsunami, essa escolha é livre desse obstáculo, já que o fator limitante da opção é totalmente ajurídico. De outra forma, se alguém quer ser médico, mas não consegue ingressar na Universidade, tendo em vista a dificuldade proporcionada pela seleção na qual somente é possível ser bem sucedido caso se curse o ensino fundamental e o médio em escola particular, com a qual não podia arcar o pretendente a médico, pode-se dizer que o obstáculo é juridicamente relevante e, por isso, se constitui em impedimento à liberdade individual de escolher a profissão.

²⁷⁷ A expressão vontade, arbítrio ou querer é tomada neste trabalho como sinônimas e a elas atribui-se o sentido de determinação da ação e não apenas um querer psicológico ou o livre arbítrio entendido pelo cristianismo como aquela esfera de diálogo da pessoa consigo mesma em que ela se transporta para o recôndito de sua alma. Não podemos esquecer que as abordagens, aqui feitas, partem da mente de uma jurista e que, portanto, não consegue ver o mundo sob outra óptica que não seja a da exterioridade a qual, em última análise, se dirige o direito.

Alexy²⁷⁸ distingue impedimento de obstáculo, aduzindo que o primeiro constitui uma real negação do agir a que propôs o agente e o segundo um limite que reduz o número de opções, obrigando o agente a tomar outro caminho ou outra decisão no âmbito das possibilidades. Na classificação apresentada por aquele autor, observa-se que os obstáculos normalmente se apresentam ante as escolhas, limitando o seu número de opções e dirigindo-as num sentido que nem sempre representa a vontade, enquanto que os impedimentos se exibem após realizada a escolha, para cuja concretização eles se tornam fator de inviabilização. Apesar de distintos, obstáculos e impedimentos muitas vezes podem se confundir, uma vez que cada ação que intenta a realização de um fim é precedida de escolha.

O conceito mecânico de liberdade não permite a vinculação do escolher, deixando, portanto, de visualizar os valores que são os fins cuja realização a sociedade busca e eles delimitam o conteúdo dos obstáculos. Estes são aqueles limites que se antepõem ao número de escolhas que se inserem no âmbito de proteção, impossibilitando a expressão da liberdade. O conteúdo do obstáculo não é universal, uma vez que, em determinada comunidade e em certo período, os valores tomados como fundamento da coexistência informam a liberdade.

No Estado democrático de direito brasileiro, os princípios constitucionais estruturantes são aqueles previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, cuja realização é buscada pelos demais princípios inscritos nela, notadamente na Carta de Direitos Fundamentais.

Tanto na realização das escolhas individuais quanto coletivas, necessário se faz que se afastem os impedimentos e os obstáculos. Ambas podem se qualificar como autonomia nas escolhas, mas, para que seja efetiva, é preciso que o titular a exerça com ampla liberdade e que elas se realizem, porque as escolhas no plano formal não passam de quimera. Para isso, impõem-se as seguintes condições:

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 189.

- a) maximização das escolhas, com a ampliação do número de opções (na hipótese das escolhas individuais);
- b) delimitação do âmbito de proteção nos valores, que são escolhas coletivas;
- c) afastamento dos impedimentos e dos obstáculos.

Assim, liberdade pode ser conceituada como a efetivação das escolhas tomadas num amplo âmbito de opções – com afastamento dos obstáculos – para a qual se exige a eliminação dos impedimentos. Nessa linha de raciocínio, depreende-se que a liberdade se constitui em escolhas individuais, no âmbito do que concerne ao indivíduo, e coletivas, no que diz respeito à coletividade, determinando-se um agir dirigido à consecução delas.

5.5.3 A pertinência

Um conceito jurídico válido de liberdade assenta na compatibilidade entre o ser dela e as formas do direito. Para tanto, é necessário que se busque a essência da liberdade sob as condições de conhecimento do direito (jurídico – regulação de condutas – e político – autoria das normas). Depois, incluí-la como conteúdo de norma jurídica que é uma derivação do seu sentido político-jurídico. De outra forma, se está previsto como norma, é jurídico e o seu significado político é o seguinte: o que concerne ao indivíduo, a ele cabe a escolha e o que concerne à comunidade, a ela cabe a escolha. No sentido individual, a liberdade é conteúdo de normas individuais. Transcendendo, a liberdade foi resultado de escolhas políticas, econômicas, sociais, entre outras, no plano coletivo e no individual, e consiste em realizar escolhas que digam respeito ao indivíduo.

Sendo sempre escolhas, umas deixadas à esfera privada, outras deixadas à organização política, encontra-se a verdadeira liberdade no escolher autonomamente, ou seja, na participação política das decisões, inclusive daquelas que deixam certas escolhas ao arbítrio individual. Por isso, no que diz respeito à vida privada, as escolhas cabem ao indivíduo e no que concerne à coletividade, as escolhas cabem ao todo. Deixando-se de atentar para essas questões, a liberdade

não se realiza em algum dos aspectos, seja o individual, seja o coletivo. É possível, então, que um tirano (que suprime a liberdade da sociedade de “dar-se as leis” naquela matéria que interessa a toda a comunidade) deixe um grande espaço para decisões particulares e, assim, convive-se com o máximo de liberdades individuais. Mas não se pode dizer que quanto maior o âmbito do que se deixa à esfera privada, maior o exercício da liberdade, porque é apenas um aspecto de escolhas. Caso se permita que os particulares decidam matéria que importa à comunidade, deixa-se o grupo ao arbítrio de um e, por isso, não se realiza a liberdade. Assim como não se pode deixar o indivíduo ao arbítrio do todo, não é razoável o contrário.

Difícil é a tarefa de delimitação do que concerne à esfera privada e do que concerne ao todo, tendo em vista a evolução da tecnologia e a possibilidade de intromissão na vida particular, além dos efeitos que os atos de um grupo geram sobre outros, cuja visualização tornou-se possível apenas em virtude dessa mesma evolução.

A pertinência diz respeito ao que concerne a cada um, podendo-se dizer que ela indica a área de atuação da esfera privada. Além do mais, essa reflexão foi trazida pelo liberalismo, a partir da doutrina defendida por Mill, que assenta sobre o pressuposto de que o que concerne ao indivíduo deve por ele ser decidido e o que diz respeito à comunidade a ela cabem as escolhas. Ora, pode-se dizer, portanto, que a pertinência, vislumbrada pelos liberais em virtude da crise político-econômica promovida pelo *Ancien Régime*, promoveu a separação entre a esfera privada e a os interesses da comunidade.

A delimitação da área de atuação e do que concerne ao privado ou ao todo tem como linha divisória os valores comumente compartilhados pela sociedade e os juízos de valoração variantes no tempo e no espaço em virtude do confronto com a experiência. O que concerne a cada um ou ao todo é dito pelas escolhas finais da comunidade. Assim, por exemplo, se o estabelecimento de certos limites de serviços na celebração de determinado negócio jurídico em que o objeto é a prestação de assistência médica concerne apenas aos particulares envolvidos ou se interessa a toda a comunidade é questão que está delimitada nos valores e bens que a sociedade visa proteger, mas uma coisa é certa: o que concerne determina quem

decide e esse é o mérito do liberalismo. Mas, se um tirano aprovar leis de conteúdo social, não se está diante de uma experiência de liberdade, pois não é o conteúdo que faz de uma sociedade mais ou menos livre (é claro que deve existir um mínimo de direitos que são da essência da humanidade), mas a autonomia das escolhas e sua possibilidade de realização.

O que concerne ao outro não é noção puramente formal, depende da concepção de sociedade, de mundo, relações econômicas e outras tantas convicções sobre as quais se assenta a organização jurídica. Portanto, convivência de liberdades implica a seguinte pergunta: em que o meu comportamento vai implicar a vida do outro? Isso somente pode ser respondido numa perspectiva do pertencer a uma certa comunidade e seus valores. A traição concerne ao cônjuge traído? Sim, numa sociedade monogâmica. Cortar árvores concerne ao outro? Sim, numa sociedade que descobriu os malefícios da redução da camada de ozônio. Usar *piercing* concerne ao outro? Penso que, absolutamente, não numa sociedade que admite a espontaneidade e as opções estéticas como expressão da personalidade. Dentro da limitação imposta pela apreensão, a partir da minha razão informada pela minha experiência, não consigo conceber em que pôr *piercing* pode concernir ao outro, em qualquer situação.

Tal concernir é o que delimita a liberdade numa sociedade, porque se liberdade é realizar as escolhas e se essas cabem ao destinatário de seus efeitos, que somente podem ser medidos a partir de uma concepção de mundo própria de cada sociedade, não é possível que a liberdade esteja dissociada disso.

Mas, então surge a questão de se saber como elaborar um conceito universal no qual se insiram elementos empíricos, sintéticos, variáveis. O universal em todos os tempos e em todos os lugares é quase impossível de se encontrar até mesmo nas ciências da natureza. É comprovado pela paleontologia que hoje o homem tem menos dentes que os seus ancestrais. A formalização do conceito de homem dependente do número de dentes ficaria então difícil. Mais fácil seria elaborar uma regra formal informadora do número de dentes, ou seja, dizer que a evolução da espécie e a redução da mastigação levaram à diminuição do número de dentes. Então, embora exista regra formal a respeito, o número de dentes deixou de ser

informação analítica para ser sintética, ou seja, passou a ser uma variável, mas pode-se dizer que, em determinada época, essa informação não ficou sujeita à variação.

A dicotomia entre liberdade positiva e liberdade negativa assenta na distinção entre a quem cabem as escolhas e qual a área de atuação privada, respectivamente. Na verdade, como dito, essa fragmentação surgiu como resposta à indagação a respeito de saber-se qual sociedade era livre: a antiga ou a moderna, equivocando-se os filósofos quando intentaram dar respostas à perplexidade entre democracia e liberalismo com fundamento na liberdade, pois tal conceito não guarda referência necessária com regime político e mais, chegou-se à conclusão de que em ambas as organizações o que se discutia era o poder de decisão sobre a esfera privada. Adiante, em experiência histórica distinta, dessa vez estando em conflito os ideais liberais com os sociais, surge a indagação a respeito de qual a área de atuação privada, sendo certo deduzir que em ambas o liberalismo se posicionou favoravelmente à conexão entre liberdade e pertinência.

Para uma compreensão jurídica da liberdade, há que se incluir em seu conceito os elementos seguintes: escolhas, ação, pertinência e impedimento, podendo-se deduzir que liberdade juridicamente considerada é a realização, através da ação desimpedida, das escolhas autônomas e pertinentes, tomadas no âmbito de proteção jurídica.

6 A LIBERDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Alguns concebem a história dos direitos fundamentais como a história da limitação do poder²⁷⁹. Essa afirmativa é verdadeira no que concerne às liberdades fundamentais, que foram declaradas num contexto histórico marcado pelos privilégios, pela opressão e pela insegurança originados pelo *Anciën Régime*. A categorização da liberdade como direito fundamental tem como pressuposto filosófico as doutrinas racionalistas-iluministas do século XVIII, das quais decorre a sua justificação teórica no contratualismo, que disseminou a existência de direitos anteriores ao Estado. A sua positivação deriva do constitucionalismo, fenômeno igualmente revelado naquele século das luzes. Hobbes, Locke e Rousseau proclamaram a existência de um direito natural à liberdade. Da mesma forma que a maioria iluminista concebeu o homem como fim em si mesmo e ser dotado de moralidade e racionalidade, porquanto era detentor de vontade, da qual a liberdade é a propriedade²⁸⁰.

Os fundamentos histórico-filosóficos foram enunciados alhures, mas convém registrar que foram as idéias de Locke – quanto a isso a maioria dos autores concordam – que influenciaram de forma determinante no reconhecimento dos direitos fundamentais. Tal assertiva, consoante a exposição de Luño²⁸¹, enfatiza que a defesa da vida, da propriedade e da liberdade, em Locke, passaram a representar o objetivo primordial da sociedade civil e o elemento legitimador do governo. O desenvolvimento histórico já foi assinalado em outras páginas, mas convém ressaltar que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais é visto por K. Stern²⁸² como resultado de três etapas distintas: a) fase preparatória remota que se completa com o humanismo; b) fase intermédia, que é a inspiração filosófica do jusnaturalismo; c) fase da positivação constitucional, iniciada com a Constituição

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, P. 42.

²⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 80.

²⁸¹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 31.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 43.

Americana e seu posterior desenvolvimento com as declarações nacionais e internacionais.

Os novos carecimentos, menciona Bobbio, evidenciados pelo evoluer da ciência e da tecnologia e, com elas, das relações econômicas e sociais, descortinaram uma seriação de direitos que nada mais significam que a reinterpretação dos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, ou melhor, no que diz respeito à liberdade, a necessidade de reflexão sobre o conceito abstrato que, sem consideração valorativa, até então era aplicado.

Assim, como ressalta Perez Luño²⁸³, os direitos fundamentais são resultado da convergência de dois fatores: primeiro o movimento jusnaturalista orientador do processo de declaração e posterior a positivação constitucional dos direitos fundamentais, fatores responsáveis pelo estabelecimento do Estado de Direito; segundo o equilíbrio entre as liberdades oriundas da concepção liberal de Estado e das necessidades de afirmação individual perante o grupo, amalgamadas pelos direitos sociais e econômicos.

Os direitos fundamentais se distinguem dos direitos humanos, na visão geralmente aceita, em razão da concreção positiva, de vez que esses representam aquelas faculdades inerentes ao homem bem como outras tantas que lhes são historicamente atribuídas com vistas ao reconhecimento e à efetivação dos valores fundamentais da dignidade, da liberdade e da igualdade. A positivação desses valores, com suas inserções histórico-conceituais, cria os direitos fundamentais do homem ou da pessoa, como preferem alguns, quando se insere no homem a categoria da humanidade, realizando-se, assim, o encontro da matéria com o espírito.

Conceituando direitos fundamentais, Jorge Miranda²⁸⁴ os define como “posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente

²⁸³ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 43.

²⁸⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Vol. IV, p. 7.

consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

Para Carlos Salgado, “direitos fundamentais são aquelas prerrogativas das pessoas, necessárias para uma vida satisfatória e digna, garantidas na Constituição”²⁸⁵. A sua positivação marca a distinção entre eles e os direitos humanos²⁸⁶. O reconhecimento dos direitos fundamentais está relacionado à reviravolta filosófica ocorrida a partir da concepção individualista da sociedade que substituiu a perspectiva descendente do Estado pela ascendente, ou seja, a partir do indivíduo.

Quanto aos direitos fundamentais, Sarlet²⁸⁷ os conceitua como

aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideradas a abertura material do Catálogo).

Dos direitos fundamentais, interessa-nos, especialmente, a liberdade, de cujo conceito já tratamos. Neste capítulo, situá-la-emos na dogmática constitucional, com vistas à apresentação de uma crítica ao método de ponderação comumente utilizado na superação dos conflitos oriundos das tensões entre liberdades e entre estas e os direitos de segunda e terceira gerações. Para tanto, abordaremos a liberdade na fundamentalidade formal e material²⁸⁸ da Constituição Federal de 1988.

²⁸⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.82, p.15-70, jan.1996, p. 17.

²⁸⁶ Para melhor compreensão da distinção, ver: CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 391; FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003, p. 186; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 89.

²⁸⁸ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 377. Ver também - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos**

O enquadramento de uma disposição como norma de direito fundamental deve necessariamente fixar o critério pelo qual assim deva ser entendida. Ainda que se fixe o limite na Constituição, há que se definir quais os enunciados da Constituição contêm norma fundamental. Assim, deve-se enfrentar os critérios que oferecem solução, os quais, consoante indica Alexy²⁸⁹, ora se fixam no conteúdo, ora na forma, ora na estrutura da norma. Adota-se, por conseguinte, no presente estudo, a solução apresentada por Sarlet, segundo a qual a Constituição Federal nos leva, numa análise formal, ao enquadramento que considera a relevância e o conteúdo da norma por força do que dispõe o § 2º do seu art. 5º. Essa inserção é importante do ponto de vista decisional quando se procura solucionar conflitos entre normas de direito fundamental.

A nossa atual Constituição cataloga formalmente os direitos fundamentais no seu Título II, dando-lhe uma perspectiva materialmente aberta nesse elenco, quando dispõe, no § 2º do seu art. 5º, que os direitos e as garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, além da dedução de que a Constituição instituiu uma ordem jurídico-constitucional aberta com adoção de princípios e regras, registra-se que não somente as normas formalmente nela inseridas (na Constituição) são normas de direito fundamental que compõem o catálogo do Título II, mas que são também normas de direito fundamental aquelas que decorrem do regime dos princípios, ou seja, aquelas contidas nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, além daquelas inscritas nos Tratados internacionais, os quais, por força do parágrafo 3º do mesmo artigo, respeitadas as condições formais de aprovação (3/5 em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional), integram a Constituição.

fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 86; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Vol. IV, p. 8.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 63.

Ingo Sarlet²⁹⁰ apresenta uma classificação das normas de direito fundamental de que trata o parágrafo 2º do art. 5º, consistente numa distinção que leva em conta a manifestação explícita do constituinte. Deste modo, classificou os direitos fundamentais em expressos e não escritos, estando incluídos nos primeiros os tratados internacionais e os direitos fundamentais fora do catálogo tais como aqueles inseridos na ordem social; e nos segundos os implícitos no próprio catálogo – tratando-se tanto de um novo direito deduzido dele quanto da extensão, mediante recurso hermenêutico da proteção a partir de uma atualização do conceito²⁹¹ – bem como os decorrentes do regime de princípios indicados acima. Essa classificação, que tem base jurídico-dogmática, encontra limites no que dispõe a Constituição da República, mas existem outras de base teórica que excedem o objetivo deste trabalho²⁹².

6.1 A COMPREENSÃO DA LIBERDADE NO SISTEMA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS

A função normativa dos princípios é encontrada, segundo Bonavides,²⁹³ em Crisafulli e, mesmo antes de Dworkin e Alexy, Boulanger pode ser incluído como um dos precursores daquela perspectiva jurídico-princípial²⁹⁴. Aquele constitucionalista da escola cearense de direito defende a origem da atribuição de normatividade aos princípios e a admissão deles como informadores da ordem jurídica infraconstitucional, para a qual serviam como meios de interpretação e de integração de lacunas. A teoria do direito positivo surgida a partir da negação do jusnaturalismo

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 90.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 101.

²⁹² Para uma visão pormenorizada da classificação dos direitos fundamentais, veja-se SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza editorial S.A., 1982, p. 169 e seguintes), para quem são direitos fundamentais apenas as liberdades de conteúdo liberal anteriores ao Estado e que têm caráter humano-individualista; e ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 173, que, partindo da teoria de G. Jellinek, identifica os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, a posições e relações jurídicas, classificando-os em direitos a algo (direitos a ações negativas e positivas), liberdades e competências.

²⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 266.

– capitaneada pela Escola Histórica de Savigny, como querem alguns, ou a partir da visão kantiana de direito e moral, como entendem outros, ou até mesmo após a concepção de Estado erigida por Hobbes – negava força de norma aos princípios, precipuamente pela impossibilidade de esse método hermenêutico assegurar qualquer segurança jurídica – pilar da modernidade. O excesso de carga valorativa, por um lado, e seu alto grau de generalidade, por outro, impedia a sua inserção no sistema de normas, o qual, para admiti-los, haveria de se abrir para recepcionar os valores e afastar-se daquela concepção de pureza do direito em que somente as normas que se amoldassem à expressão deôntica estrita de que se valia a concepção positivista do direito (Se é A, deve ser B, em que A prescrevia um comportamento ou uma proibição, ou seja, uma regra jurídica é B os seus efeitos ou a sanção), tinham validade jurídica ou valor científico.

A superação do positivismo tradicional de inspiração kelseniana tinha objetivo claro e certo: a justificação do ordenamento jurídico nos valores, pois, diferentemente das teorias científicas que se debruçam sobre outros ramos do conhecimento, tais como a arte, a química, a física, que têm como objetivo apenas a descrição de suas universalidades sem interferir na dinâmica do seu conteúdo, a teoria do direito, ao contrário, com ele mantém estreita relação de interação, sendo certo que não se trata apenas de uma teorização de leis, posto que a teoria inspira a elaboração das leis, através da concepção de sua essência, de sua validade e de sua finalidade.

Na verdade, a unidade do sistema não pode ser deduzida apenas das regras jurídicas, uma vez que elas têm limite na hipótese de fato por elas estatuídas, podendo-se dizer que sua interligação numa dimensão justificadora somente é possível através dos princípios, posto que possuem conteúdo mais abrangente, genérico e fluido, permitindo o encontro com outros e daí constituindo a unidade do todo. A expressão deôntica dos princípios foi teorizada por Alexy,²⁹⁵ após a exposição detalhada, feita por Dworkin²⁹⁶, da distinção entre regras e princípios e de sua inclusão no gênero das normas jurídicas. Não se trata aqui de expor os critérios

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 81 e seguintes.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23 e seguintes.

de distinção entre regras e princípios, posto que já foram dissecados de forma exaustiva pelos autores acima mencionados e também por uma gama de juristas nacionais, mas é importante trazer à discussão os atributos que caracterizam os princípios e as regras, para que possamos enquadrar a liberdade em uma ou outra espécie de norma jurídico-constitucional, já que a liberdade, para os fins desse trabalho, interessa unicamente como conteúdo de direito fundamental.

Para Alexy, submetendo-se tanto os princípios quanto as regras ao conceito de normas porquanto ambos dizem o que deve ser, distinguem-se, para muitos autores, em função do maior grau de generalidade dos primeiros²⁹⁷. Essa é uma das teses reconhecidas pelo autor, mas a adotada por ele é uma outra, que sustenta que a distinção entre regras e princípios, longe de se esgotar numa perspectiva de grau, reside na diferença de qualidade. Assim é que os princípios são “mandados de otimização”, porque ordenam que se cumpra algo dentro das possibilidades reais e jurídicas. Em suma, os princípios têm seu limite de aplicação, em cada caso, nos princípios e nas regras que com eles colidem ou conflitam, enquanto as regras ou são aplicáveis ou não são aplicáveis, é o tudo ou nada de que nos fala Dworkin. Melhor esclarecendo, o critério que define a escolha entre duas regras é o da validade, enquanto nos princípios se valora o bem que deve ser protegido diante das circunstâncias postas em cada caso. Essa preferência não lhes retira a validade, a qual se justifica através de sua expressão deôntica (mandamento, permissão ou proibição) dirigida à realização ótima de seu desiderato inspirado em valores.

Atentando-se para a importância dos princípios na ordem jurídica constitucional e de sua distinção das regras, Guerra Filho²⁹⁸ assim se posiciona:

Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporânea, que, em uma fase pós-positivista com a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a

²⁹⁷ O autor dá como exemplo de norma, com alto grau de generalidade (princípio), a liberdade consubstanciada na livre consciência religiosa e de norma de baixo grau de generalidade (regra) aquela que prevê a liberdade de todo preso de tentar converter outro à sua religião (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 83)

²⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 145 e 146.

descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.

Pode-se dizer, numa abordagem puramente kantiana, que os princípios são imperativos categóricos, visto que têm como ponto de chegada os valores superiores de inspiração moral, enquanto que as regras têm conteúdo funcional, podendo ser classificados como imperativos categóricos. A Nova Hermenêutica Constitucional²⁹⁹, que informa a interpretação das Constituições surgidas a partir da segunda metade do século XX e, portanto, a Constituição Federal do Brasil de 1988, concebe a ordem jurídico-normativa adotada pelos Estados Democráticos de Direito como constitucionais como sistema aberto de regras e princípios³⁰⁰.

A diferença fundada na maior generalidade e na indeterminabilidade dos princípios diz respeito ao seu conteúdo, tendo em vista que numa regra a hipótese fática está claramente exposta como pressuposto das consequências jurídicas e nos princípios não há previsão de hipótese de fato específica, mas uma verdadeira gama de situações de fato que podem se subsumir naquela norma que objetiva primordialmente a justificação da ordem jurídica e das decisões judiciais, havendo, pois, como salienta Canotilho³⁰¹, a necessidade de concretização através do legislador e do juiz.

A textura aberta da Constituição da República é deduzida de seu art. 5º, §2º quando estende os direitos fundamentais aos princípios por ela adotados. A liberdade, portanto, é norma de direito fundamental, inscrita no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, podendo ser decantada em diversas modalidades chamadas de liberdades que subjazem à propriedade, à privacidade, à intimidade, à expressão, à convicção religiosa, à vida, à segurança, à igualdade perante a lei, etc. Essas expressões de liberdade são as que se inserem na ordem jurídica como conteúdo de

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 488; CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, cap. 3 e 4.

³⁰⁰ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p.1143.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 1144.

norma, podendo se apresentar através de princípio, como na hipótese da liberdade de associação (art. 5º, XVII)³⁰², ou de regra, quando a norma proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII). A primeira, além de maior generalidade, possui conteúdo aberto, constituindo uma permissão de associação e que esse imperativo seja realizado de forma ótima, respeitando-se as possibilidades jurídicas e fáticas. Já a segunda hipótese prevê uma situação fática determinada e sua exceção.

A liberdade é encontrada normalmente em nossa Constituição em forma de princípio, porque a sua expressão especificada na lei (privacidade, intimidade, locomoção) possui conceito genérico que depende de concretização, o que não afasta a sua previsão enquanto regra.

Sobre a articulação entre princípios e regras, Canotilho³⁰³ elabora um método de densificação entre eles, em que, a partir de princípios estruturantes, que são “travesmestras jurídico-constitucionais”, chega-se a uma regra que permite a concretização da norma. Assim, para nós, os princípios estruturantes seriam a soberania popular, o Estado de direito, o Estado democrático, a República, a dignidade humana, enfim, aqueles previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal. Deles se extraem os princípios constitucionais gerais, os quais, por sua vez, são densificados pelos constitucionais especiais e, finalmente, pelas regras constitucionais ou infraconstitucionais, sendo desnecessária a passagem por todas as etapas.

Pode-se dizer, de forma exemplificada, que o princípio que objetiva a erradicação da pobreza (art. 3º, III) é densificado pelo direito a um salário mínimo que garanta o atendimento às necessidades de moradia, de alimentação, de saúde, de lazer, de educação, de transporte, etc (art. 7º, IV), o qual finalmente deve ser densificado por norma infraconstitucional que fixa o salário mínimo. Da mesma forma, os princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana e que propugna pela construção de uma sociedade livre (art. 1º, III e art. 3º, I) são densificados pelo princípio

³⁰² “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vetada a de caráter paramilitar.” (Art. 5º inciso XVII)

³⁰³ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1159.

constitucional geral da liberdade (art. 5º, caput), o qual se vê preenchido nas liberdades específicas, que são, por sua vez, densificadas por norma infraconstitucional.

Os princípios constitucionais, como dito antes, são valores fundamentais de textura abertos, marcados por um maior grau de generalidade que as regras e, como prefere Alexy, pela distinção qualitativa que os distingue delas. Enquanto mandados de otimização, os princípios não se adequam ao tudo ou nada, ou seja, não se tornam inválidos quando entram em colisão. Esta construção é perfeita a ponto de poder-se dizer que a dogmática jurídica não conseguiria atingir os seus objetivos de apontar a solução correta para as situações que se apresentam carentes de decisão sem que se adotasse essa abertura dos princípios, situação que, evidentemente, torna concreta a aplicação da norma a partir das particularidades de cada caso, mas isso não exclui a necessidade de conceituar como etapa indispensável da dogmática e da metódica de superação de conflitos.

Disso decorre que a problematização da liberdade diante da consideração de normatividade dos princípios reflete sobre o objeto do direito, como fenômeno jurídico, pois, estando ele em construção, é sempre mutável. Considera-se fenômeno jurídico qualquer ato ou fato suscetível de inserção na ordenação do comportamento. Assim, vários acontecimentos, que são estudados por outros ramos do saber – tais como: a física, a psicologia, etc – podem interessar ao direito, na medida em que dizem respeito à convivência e em que importam na superação ou na prevenção de conflitos de interesses, com vistas à proteção de bens da vida.

Diante da impossibilidade de qualquer ciência de dar garantia de certeza e de segurança absoluta, uma vez que opera com probabilidades, e da peculiar situação da ciência jurídica, a qual, estudando fenômenos que dizem respeito a condutas, não consegue prever, de forma exata e bem contornada, as situações fáticas, até porque as relações humanas estão em constante evolução, inviável se torna o acompanhamento normativo de todas as relações possíveis.

Por isso, da abertura constitucional, fundada na adoção de eficácia normativa dos princípios, resulta certa fluidez no objeto do direito, permitindo que fatos anteriormente não considerados juridicamente relevantes, sejam inseridos no mundo jurídico. Essa dedução é decorrente da revisão dos juízos valorativos que são impostos pelos novos carecimentos.

6.2 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO

O Estado de direito é uma das faces do liberalismo. Aqui nos deteremos em sua definição e na importância dele para a manutenção da liberdade, esta agora concebida de maneira condizente com o direito. O elemento identificador do Estado de direito é sua submissão ao império do direito, que, como bem expõe Canotilho³⁰⁴, se caracteriza por estar sujeito ao direito; atuar através dele; e por editar normas jurídicas que se justificam na idéia de direito. Fica evidente, pois, que o autor não defende uma concepção formal de Estado de direito como Estado de leis, com abstração do conteúdo dessas, tal como restou claro, também, quando expôs as suas dimensões de juridicidade, de democracia, de socialidade e de sustentabilidade ambiental, ou seja, quando defendeu a indissociabilidade desta noção daquelas que informam o Estado democrático, o Estado social e o Estado ambiental.

Segundo Bobbio³⁰⁵, o Estado de direito atua através de diretrizes que buscam impedir ou criar obstáculos aos abusos ou às ilegalidades, indicando-as como sendo:

- 1) controle do poder executivo por parte do legislativo;
- 2) controle do poder legislativo pelo poder judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis;
- 3) autonomia dos governos estaduais relativamente ao federal;
- 4) manutenção de uma magistratura independente.

³⁰⁴ CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva publicações, 1999, p. 49.

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 19.

Enquanto Bobbio apresenta medidas tendentes a viabilizar o Estado de direito, Canotilho busca defini-lo com suas características básicas. Nessa aspiração, indica as feições peculiares assumidas por esse modelo na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França e na Alemanha³⁰⁶. Na Inglaterra, diz-se *rule of law* para designar o processo justo, a submissão do poder público às leis e aos costumes, a soberania popular e a igualdade de acesso aos tribunais. Nos Estados Unidos, acrescentou-se a noção de Estado de direito inserido numa ordem constitucional justificadora, através das razões de direito, das leis que asseguram direitos e liberdades. O *État légal* francês, por sua vez, inclui a necessidade de previsão de direitos fundamentais e a separação de poderes e, finalmente, o Estado de direito alemão vincula-se à autonomia individual, assumindo-se como Estado liberal de direito.

Entende-se por Estado de Direito a organização político-jurídica estruturada sob um regime de leis que disponham acerca da distribuição de poderes públicos e suas respectivas competências, bem como seus limites. A idéia básica é a limitação do poder pela lei. Sua inspiração provém do modelo liberal e tem como pressuposto, inclusive, o respeito aos direitos humanos, ou seja, além da limitação formal do poder público às leis gerais, há também a limitação material quanto aos direitos fundamentais, dotando-os de anterioridade ao Estado e, por conseguinte, de inalienabilidade, o que significa dizer que além de se submeter à Constituição e às suas próprias leis, o legislador ordinário não poderá reduzi-los.

O Estado de direito, pois, nasceu como resultado da opressão oriunda do Estado absoluto, dotando o indivíduo de mecanismos constitucionais que o protegessem contra os abusos. Esse modelo foi o coroamento da liberdade em sentido negativo, que se apresenta na maioria das cartas constitucionais do ocidente, inclusive em algumas Constituições republicanas brasileiras e, de forma mais ampla, na Constituição de 1988.

Com efeito, o Estado de direito ou de leis assegura os limites dos poderes de Estado na lei que ele próprio sanciona e, havendo direitos tais que constituem a mais pura expressão da personalidade e que são anteriores ao Estado, quanto a eles não

³⁰⁶ CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999, p. 24.

poderá o legislador ordinário reduzi-los ou mesmo constituinte derivado (art. 60, IV da Constituição Federal de 1988) aboli-los. Essas liberdades ou direitos de primeira geração ou dimensão, para além das classificações segundo o critério de conteúdo, podem ser dispostos em duas vertentes distintas: uma que assegura a liberdade de não sofrer impedimentos no agir de qualquer espécie desde que o destinatário da norma não esteja obrigado ou proibido por lei, podendo a lei, a qualquer tempo, dispor sobre aquela matéria e retirar a “liberdade” do indivíduo (art. 5º ,II, da Constituição da República, que dispõe sobre liberdades genéricas, ou seja, aquelas que subjazem à conduta – essa é a expressão da legalidade); e outra que declara a existência de liberdades específicas e que não estão sujeitas à redução ou à supressão pelo legislador (liberdades fundamentais).

Ambas as dimensões importam ao conceito de liberdade, porque, na primeira, diz-se qual a esfera em que o indivíduo pode atuar sem interferência do Estado e, na segunda, assegura-se que, para além dessas áreas de atuação, outras existem não tão fundamentais cuja matéria compete à legislação infraconstitucional regular mediante as relevâncias jurídicas que se apresentam (conflitos) fora da qual o indivíduo é livre para agir. Do ponto de vista filosófico, não há contradição. Ela somente é visualizada quando essas dimensões são trazidas para o âmbito do direito, senão vejamos: a liberdade para agir, no primeiro caso, está expressa como conteúdo de norma jurídica fundamental e, no segundo, é um princípio erigido sobre o pressuposto de que onde não há legislação, existe liberdade. Em ambas as dimensões, subjaz a idéia de que o gozo dessa liberdade se insere na propriedade do que concerne a cada um e que o legislador assegura a liberdade quando atribui o direito a ela ou não interfere nela, sem se perguntar como essas noções podem ter equivalência. Se o legislador a assegura, fá-lo para afastar dos demais atitude idêntica a quando se restringe, na lei, o comportamento, só que, no primeiro caso, agarra-se à propriedade do bem protegido (vida, propriedade, intimidade, privacidade etc) e, no segundo, ao resíduo fluido que pode vir a ser conteúdo de restrição.

Chamaremos, então, de liberdade fundamental formal (já que não dispõe sobre o conteúdo) aquela inserida no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 e de

liberdades fundamentais materiais aquelas cujo conteúdo está especificado a partir do conteúdo do bem protegido em forma de liberdade. Esses bens, na concepção liberal, são considerados liberdades, visto que assentam na necessidade de garantia de uma esfera privada isenta de interferência por parte do Estado ou de terceiros, para cujo exercício a lei impõe um não fazer e, essa atitude negativa, em se tratando do Estado, é a não edição de leis ou atos normativos que violem a liberdade. Ao limitar o poder público, dando garantias legais aos indivíduos contra as ingerências de seus agentes políticos, mais especificamente contra as interferências do legislador, denominando isso de liberdade, não há outra conclusão a não ser associar lei a impedimento, por isso as liberdades negativas são entendidas como não-impedimento. Registre-se ainda que somente a lei infraconstitucional é que se constitui em impedimento, pois a Lei Fundamental, ao contrário, é fonte de liberdade. Assim, como não se concebe a possibilidade de disposição, por ele, a respeito dos bens que são conteúdo de liberdades específicas ou materiais (intimidade, privacidade, propriedade, locomoção, expressão, comunicação, informação, convicção religiosa etc), protegidos no art. 5º, III a LXII da Constituição da República, pode-se depreender que, nessa hipótese, a norma constitucional é fonte de liberdade, mas, no caso da previsão formal, que se constitui em princípio de legalidade, assegurada sua inviolabilidade – o que implica dizer assegurada a garantia de que ninguém será punido por ato que não constituía ilícito ao tempo de sua execução ou constrangido a praticar ato para o qual não haja previsão legal impositiva –, deduz-se, então, que onde não haja lei proibindo ou impondo comportamento, há liberdade.

Em ambas as perspectivas, é evidente a concepção de que liberdade e ordem jurídica são irreduzíveis. No caso das liberdades materiais, essa percepção é mascarada pela positivação constitucional delas, cuja antinomia se explica na seguinte ambigüidade: se, por um lado, somente com a limitação do poder se assegura a liberdade, através de um Estado de direito; por outro, a Constituição, que é expressão da vontade política coletiva, dotada de normatividade, é a única capaz de positivá-la, uma vez que a permissão de agir consoante o arbítrio, quando a lei não prescreve ou proíbe determinado comportamento, não assegura a preservação

de alguns direitos da personalidade sem os quais não é possível pensar em dignidade humana.

Eis a ambivalência da liberdade – ela assume sua expressão máxima quando o legislador, o juiz ou outro agente político não atua, mas se serve do Estado de leis para assegurar-se de que ele não atuará (liberdades negativas materiais) e, se o fizer, que seja minimamente (liberdade formal). Em todo caso, significa o seguinte: para as liberdades materiais, no exercício dos atos destinados àqueles fins especificados na norma constitucional, o indivíduo pode agir conforme a sua vontade e o legislador ordinário ou qualquer outra pessoa não pode impedi-lo; e, para a liberdade formal, para a qual o sujeito pode agir conforme o seu arbítrio caso o legislador não tenha previsto um comportamento (omissivo ou comissivo). De outra forma, liberdade é aquela situação em que a pessoa ou a coisa se movimenta em qualquer direção, desde que nenhuma força impeditiva interfira nesse processo. Essa equivocidade, trazida pelo Estado liberal de direito, está assentada na perspectiva do agir desimpedido, sem consideração de escolhas, pois a deixa para os direitos políticos, como se apenas nesse âmbito pudesse o ser humano decidir. Agir sem escolher afasta as indagações acerca do número de opções e da valoração que subjaz à consideração do que seja impedimento ou obstáculo. No entanto, essa doutrina foi surpreendida pela evolução das relações jurídicas tendentes à redução de privacidades e à concepção global de que muito daquilo que não importava ao outro passou a ter relevância, o que suscita a questão de saber a quem concerne cada ação, ou seja, se os efeitos de sua escolha terão ou não reflexos sobre o outro, sobre a comunidade ou sobre o mundo. A delimitação dessa área, que é procedimento anterior à determinação de quem escolhe, é tarefa da nova dogmática referida a valores e comprometida com a justificação racional de suas construções.

Bobbio³⁰⁷ acentua bem essa proporção inversa, quando sustenta que na teoria liberal, há uma acepção da liberdade “segundo a qual “liberdade” e “poder” são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si”. Para ele,

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 20.

quando duas pessoas se relacionam, “à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma, diminui a liberdade em sentido negativo da outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade, diminui o poder da primeira”.

Na verdade, o Estado de direito como Estado formal de legalidade demonstrou sua incapacidade de resolver alguns problemas de cunho social, por exemplo, nascidos do acirramento das desigualdades que resultaram da implementação do Estado mínimo, na medida em que este último propunha-se a interferir minimamente na liberdade dos cidadãos, devendo fazê-lo somente para assegurar a ordem, a segurança e os bens. Esse conceito, originário da doutrina jusnaturalista, assenta na idéia de que, sendo os indivíduos livres por natureza, somente a lei formalmente válida poderia limitar a liberdade. Enquanto o Estado de direito tem por escopo a preservação da liberdade, porque limita o legislador em sua tentativa de limitar a liberdade, a idéia de lei, norma ou regra contém, em germe, uma contradição com ela.

Bem pontuou Lloyd³⁰⁸, quando esboçou uma aparente irredutibilidade entre lei e liberdade:

A lei funciona como um meio de dirigir e impor restrições às atividades humanas e, portanto, deve parecer um tanto paradoxal que a idéia de liberdade possa estar consubstanciada na lei. A resposta a esse aparente paradoxo será vislumbrada se dirigirmos as atenções não para o homem unicamente como um indivíduo que vive num estado irrestrito de natureza, mas para o homem como ser social vivendo em uma vida de inter-relações complexas com os outros membros da sua comunidade. O famoso *cri de coeur* de Rousseau – “O homem nasce livre; mas por toda a parte está acorrentado” – pode ter derivado da noção romântica de que o selvagem vive uma vida de liberdade e simplicidade primitivas mas, na prática – como o próprio Rousseau percebeu – o homem nunca está isolado e livre nesse sentido mas é sempre parte de uma comunidade, e o grau de liberdade que ele goza ou a extensão das restrições sociais que lhe são impostas dependerão da organização

³⁰⁸ LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 115.

social de que ele é membro. Cumpre recordar que uma restrição, tampouco é, necessariamente, uma violação da liberdade. A lei restringe a agressão física de uma pessoa a outra, mas se a agressão indiscriminada fosse permitida nenhuma sociedade humana poderia sobreviver, pois não existiria sequer aquele grau mínimo de segurança sem o qual os cálculos humanos para o futuro seriam fúteis. Por conseguinte, as restrições universais desse caráter desempenham papel essencial, ainda que indireto, na garantia da liberdade para todos.

Apesar de a concepção de liberdade normalmente aceita na dogmática jurídica ser a descrita acima, ou seja, de que o paradoxo é aparente, a prática demonstra coisa diversa. Na verdade, a própria concepção da liberdade já o apresenta, pois os constitucionalistas, dentre eles Canotilho e Alexy, mencionam, no âmbito da teoria constitucional, direitos, liberdades e garantias como institutos distintos³⁰⁹. É que, quando se depara com a irredutibilidade, a saída é sempre a mesma: dizer que sendo o direito a ordenação de convivências, não se pode operar com a liberdade sem restrições, tendo em vista que ela inviabiliza a liberdade do outro. Ora, se a conjugação de liberdades é impossível, deve-se rever o conceito dela, mas é certo, porém, como já demonstramos, que a concepção de liberdade aceita até hoje é aquela em que se diz livre a pessoa quando pode agir sem aquela esfera de ação em que não há interferências, limitações etc.

O ponto crucial da questão atinente ao Estado de direito com respeito à liberdade é a segurança jurídica que aquele proporciona, principalmente na liberdade fundamental formal. Mas aquela segurança prometida pelo Estado liberal de direito tem sofrido abalos em suas estruturas com o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional.

A partir dessa perspectiva exegética, percebe-se com clareza o desajuste do conceito de liberdade assumido com a modernidade, sendo inevitável a sua denúncia como antijurídico e imprestável, portanto, para os fins a que nos propomos, que é comprovar a possibilidade jurídica da liberdade. Na verdade, a se manter o

³⁰⁹ CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999, p. 54; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 210.

mesmo conceito de liberdade, como segurança dos atos jurídicos, perguntar-se-á, diante da fluidez dos princípios constitucionais, como é possível a segurança e, conseqüentemente, o agir sem restrições que não estejam prévia e exatamente delimitadas? Volta-se à mesma questão conceitual.

6.3 AS AMBIGÜIDADES DA LIBERDADE NEGATIVA E DA LIBERDADE POSITIVA NA DOGMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL: A SUPERAÇÃO DA FRAGMENTAÇÃO HISTÓRICA ENTRE O INDIVIDUAL E O COLETIVO

A problemática entre liberais e democratas que justificou a dicotomização serviu para atribuir à liberdade, por um lado, um conceito fundado na necessidade de preservação da esfera privada do indivíduo isenta de interferência por parte do Estado (negativa); de outro, um, não menos verdadeiro, que se prestava a vincular a liberdade à autonomia (positivo), de forma que liberdade tanto significava agir sem impedimento, como tomar decisões, embora, algumas vezes, esses conceitos, quando trazidos para a experiência política, entrassem em conflito.

Foi dito antes que, numa perspectiva teórico-conceitual, não é correto falar-se de conceitos que se chocam, ou mesmo de dois conceitos para designar uma única coisa, embora possam ter dimensões distintas, mas nunca contraditórias. Também foi dito que se liberalismo e democracia podem entrar em conflito, não se impõe daí que existam dois tipos de liberdade, mas apenas duas maneiras distintas de organização política, primando uma pela precedência das decisões por parte do indivíduo e a outra pela hegemonia da sociedade no ato de decisão.

Na verdade, quando o liberalismo reivindicou a necessidade de reserva individual privada sem interferência do Estado, vivia-se no Absolutismo, sem qualquer segurança para o cidadão de que não seria molestado em seus bens da vida (propriedade, locomoção, privacidade, expressão, informação etc). O esclarecimento do que dizia respeito ao indivíduo e não ao Estado, não apenas enquanto negócios particulares, mas principalmente como expansão da personalidade foi o cerne das reivindicações dos liberais, respaldando-se, inicialmente, na liberdade de culto e na

distinção entre o que concerne apenas ao indivíduo e o que diz respeito ao todo, ou o que pode vir a causar danos a outrem. Tudo se resumia, portanto, na seguinte questão: havendo uma ordem de interesses que não diz respeito ao Estado ou à coletividade, cabe ao particular decidir a respeito deles. Sob essa óptica, a liberdade dos modernos significava não interferência na esfera individual e a dos antigos a participação nas decisões políticas.

O constitucionalismo moderno tanto positivou a liberdade negativa quanto a positiva como conteúdo de direito fundamental (liberdades civis e políticas). Em nosso texto constitucional, as primeiras se encontram descritas nos incisos I a LXVII do art. 5º e as segundas estão formuladas nos artigos 14 a 16, todos da Constituição Brasileira de 1988.

Liberdade de expressão, de locomoção, de profecia de credo religioso, de escolha de profissão, em suma, são liberdades negativas conquistadas com o advento do constitucionalismo moderno. Resultam esses postulados da necessidade de o Estado se manter distante de qualquer ato que possa interferir nessas expressões da personalidade. Assim, pode-se dizer que as liberdades negativas dizem respeito à possibilidade de ação de forma indeterminada e sem restrições por parte do Estado. Ela se concretizou de duas formas, consoante dito anteriormente: a primeira, como conteúdo material de norma de direito fundamental (liberdade de expressão, locomoção, reunião etc); e a segunda, genérica, mas não menos fundamental, expressando a liberdade formal que se deduz do art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, significando que, afora as normas proibitivas e impositivas de um fazer ou não fazer, têm os indivíduos liberdade para agir conforme seu arbítrio.

Embora a previsão formal não seja criação do Estado de Direito Moderno, posto que o *status libertatis* romano se caracterizou pela “faculdade natural de se fazer o que se quer, salvo quando proibido pelo Direito ou impedido pela violência” (§1, I, de i. pers. I, 3)³¹⁰, aquela civilização não alcançou o conteúdo de Estado de Direito conquistado pela Revolução Francesa. Esse acontecimento histórico mudou o rumo

³¹⁰ REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 32.

do pensamento ocidental e foi responsável pela elaboração doutrinária dos direitos fundamentais, elevando o indivíduo à posição jamais alcançada na história.

Essa expressão da liberdade negativa, que não se dirige especificamente a um tipo de ação, mas que assegura – e por isso é um princípio-garantia³¹¹ – que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição Federal), merece menção especial em face da abertura constitucional que impede interpretar as normas constitucionais como um sistema de regras e princípios. Nessa perspectiva, que decorre de um outro princípio que a fundamenta, que é o da legalidade, a liberdade prevista tem duplo sentido: de um lado, assegura ao indivíduo agir ou não agir conforme seu arbítrio desde que não haja comando normativo (regra ou princípio) constringendo ou proibindo certo comportamento; de outro, dirige-se aos diversos órgãos de poder responsáveis pela prática de atos administrativo, judicial e legislativo (legislador ordinário) para que observem, em seu mister, a supremacia da Constituição. Esta última vertente é a expressão exata da legalidade característica do Estado de direito com vistas à limitação do poder. No primeiro sentido, porém, ao qual costuma-se atribuir a qualidade de liberdade negativa, há que adequá-lo ao conceito de liberdade exposto, bem como à eficácia normativa dos princípios.

Procedendo-se à adequação de conteúdo, deve-se recordar que qualquer liberdade compreendida juridicamente deve estar circunscrita nos limites finalísticos que delimitam, através dos valores, as possibilidades de escolhas. Esses valores, que são conteúdo de princípios constitucionais e que estão expostos com maior abertura – embora não se resuma a eles – nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, dizem da área de atuação desimpedida. Por outro lado, a abertura constitucional trazida pela Nova Hermenêutica exigiu uma leitura desse dispositivo condizente com a eficácia normativa dos princípios. Dito isso, indaga-se se é possível assegurar um agir desimpedido consoante disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que subjaz à liberdade negativa de agir livremente no âmbito dos assuntos juridicamente irrelevantes quando se sabe que os princípios também contêm

³¹¹ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1151.

expressão deôntica e que, muitas vezes, por possuírem conteúdo fluido e indeterminado, ensejam abertura tal que se torna insuficiente para delimitar o conteúdo do direito. Nessa hipótese, em que apenas o confronto com o caso concreto pode revelar sua identidade, pergunta-se mais uma vez, há liberdade de agir (na acepção que vê a liberdade como um agir desimpedido) diante da possibilidade de decisão judicial que importe em condenação em fazer ou não fazer algo que foi deduzido pelo julgador do conteúdo daquele princípio e não poderia sê-lo pelo leigo?

Melhor dizendo, qual a liberdade negativa de agir ou não agir conforme o próprio arbítrio que pode ser deduzida do art. 5º, II, da nossa Constituição? Pode-se argumentar que a decisão judicial é uma norma concreta e, por isso, ela é a fonte do direito naquela relação jurídica. Não se questiona a validade da decisão judicial como fonte, mas a segurança da decisão que, fundamentando-se em conteúdo de certo princípio não deduzido pela interpretação consentânea com as possibilidades de alcance de um cidadão comum, condene um indivíduo a fazer algo que ele, segundo sua percepção da norma, a esse comportamento não estava obrigado.

Não se sustenta aqui um sistema integrado apenas por regras, pois isso exigiria uma precisão legislativa que a técnica não é capaz de fornecer, uma vez que o poder de previsão humano é incapaz de visualizar todas as possibilidades de vida concreta. Como acentua Canotilho³¹², “conseguir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto”.

Pode-se objetar que se a nova metódica constitucional concede eficácia normativa às regras e aos princípios, há uma flexibilização do conceito de segurança e uma superação da legalidade estrita, mas que, quanto a isso, nada interessa à liberdade, pelo menos no que diz respeito a esse aspecto, porquanto a liberdade permanece limitada pelo ordenamento jurídico, agora com conteúdo normativo elástico.

³¹² CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1146.

De fato, a liberdade, como comportamento negativo do Estado decorrente das limitações normativas, permanece idêntica, mas o que a nova perspectiva constitucional deixa em evidência é a impossibilidade de concepção da liberdade como ação desimpedida e sem rumo, principalmente porque os princípios têm conotação ético-valorativa e só podem ser apreendidos se vinculados às regras morais que os justificam. A nova legalidade pôs em evidência o conceito equivocado de liberdade, que com ela não se compatibiliza mais, visto que dotado de inspiração mecanicista e consubstanciado em ação desimpedida num mundo em que, mais do que nunca, se exige a justificação ética dos comportamentos.

Numa sociedade global, em que as magníficas árvores que sucumbem na mata amazônica afetam a qualidade de vida de quem vive na Austrália; numa comunidade atormentada pelo desequilíbrio decorrente da exclusão social, em que o domínio de poucos e a indiferença de muitos aumenta a indignidade e a desconsideração pela pessoa, que se manifesta no desemprego, no alarmante número de mendigos, de delinqüentes, de pessoas que laboram em troca de bens incapazes de satisfazer às condições mínimas da existência e que, por isso, não vivem, pode-se dizer que a liberdade somente pode ser entendida quando relacionada a inúmeros valores que informam os fins da humanidade, pois, sendo a morte óbvia demais – já que explicada pela causalidade –, a vida é um grande desafio comunitário.

Talvez não se dêem conta dessa concepção aqueles que dizem, tais como Bobbio, que a liberdade em face da tortura restringe a liberdade do torturador. Quando se formula conceito similar, não se tem em conta a liberdade no contexto ético, mas apenas físico, segundo a lei física da inércia formulada por Galileu e transformada, por Hobbes, em lei da sociedade. É difícil discordar que novos carecimentos tragam a visualização de novas tutelas e, com isso, a necessidade de limitação de liberdade ou ponderação de interesses, mas a tortura é um obstáculo à liberdade e é um absurdo dizer-se que a lei que a tipifica como crime é, em si, um impedimento à liberdade do torturador.

O contexto político em que se deu a construção do conceito de liberdade é importante para entendermos a inserção dela no mundo jurídico, em todas as suas

versões, inclusive a sua concepção como autonomia política fundada na ordem democrática e inspirada em Rousseau. Como assevera Bonavides, o dissenso da soberania da vontade geral com o pensamento liberal fez nascer a tensão entre direitos individuais e direitos sociais³¹³, ambos caudatários da noção de liberdade, mas que insistentemente são postos como direitos de liberdade e direitos de igualdade, como um não fazer contraposto a um fazer por parte do Estado. O homem é um ser dotado de individualidade e sociabilidade. O direito se justifica enquanto e tão-somente porque se considera o homem inserido numa comunidade. Parafraseando Kant, sem ela o homem é cego, sem ele a sociedade é vazia³¹⁴.

Releva frisar que Hobbes, ao contrário de Immanuel Kant, construiu sua noção com inspiração no mundo físico enquanto este tratou de distingui-lo do mundo ético, para o qual erigiu como mola propulsora a razão prática, que tem como propriedade a liberdade. Não há como esquecer a concepção rousсенiana de liberdade, para quem o seu exercício é concretizado através da vontade geral. O não-impedimento se transformou em não interferência do Estado, posto que vontade e participação política são elementos que integram o conceito de liberdade de forma desordenada, fazendo-se necessária a definição do seu núcleo comum para se dissipar de uma vez a idéia de que a inspiração individual da liberdade como não impedimento é irreduzível com a idéia rousсенiana de vontade geral soberana. Paulo Bonavides sustenta que a tensão entre as liberdades negativa e positiva nasceu da tentativa mal sucedida de compatibilização da teoria das liberdades individuais com a autonomia política e democrática fundada na soberania popular e na visão coletiva de prioridades. Ora, mas não é admissível que consideremos dois sentidos de algo sem entendermos que esse algo deve guardar um núcleo comum cujas vertentes a ele remontem.

Bobbio³¹⁵ intenta um exemplo para demonstrar como pode ocorrer uma escolha sem ação e uma ação sem escolha, ressaltando a diferença entre querer e agir, como

³¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

³¹⁴ "Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas" (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Balduur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 57).

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

duas situações distintas, em que a primeira trata de escolhas e a segunda de manifestação exterior, arrematando que pode alguém ser livre para escolher a religião que quer professar, mas não sê-lo para praticar o respectivo culto se o Estado confessional no qual vive adotar religião diversa. De forma distinta, admite ser perfeitamente plausível que alguém seja livre para professar a religião, mas o ato de escolha ser condicionado à preferência familiar. No plano das elucubrações teóricas, isso é perfeitamente admissível e, por conseguinte, podem ser concebidas, como plausíveis e distintas, essas duas manifestações, mas não no plano dos fatos jurídicos, que se determinam por sua exteriorização. Quando se diz, sob o signo do conceito jurídico de liberdade, que alguém é livre para professar a religião que escolheu, presume-se que sobre a convicção interna não há possibilidade de coação.

É verdade, pois, que, sendo o direito a ordenação da convivência – esse termo não pode significar algo interno, uma vez que no plano das intenções não podemos gerar conflitos, mas apenas quando exteriorizamos o pensamento –, não se concebe a possibilidade de escolha de culto dissociada das manifestações que o caracterizam. A única forma possível de apreensão das escolhas, pelo direito, são os atos tendentes à realização delas.

Dizendo de outra maneira, a ação do agente é o modo de compreensão das escolhas pelo direito. Com efeito, assegurar a liberdade de culto é garantir sua manifestação, pois, numa concepção puramente jurídica, somente quando agimos (positiva ou negativamente) é que fazemos escolhas. Não se exclui, dessa afirmação, que a escolha é sempre livre, mas aí estaremos tratando de uma só forma de liberdade, a de escolha, porque, quando agimos, pomos em prática uma escolha, que pode ter sido resultado de coação ou pode ter se manifestado livremente, mas não é possível dissociá-la da ação como duas coisas distintas. Na verdade, em ambos os exemplos trazidos por Bobbio, trata-se de falta de liberdade de escolha, em que, no primeiro, a opressão parte do Estado e, no segundo exemplo, a coação advém da família.

Situemo-nos, por conseqüência, no mesmo exemplo para comprovarmos a veracidade do que é sustentado. Na primeira hipótese, na qual a pessoa é livre para escolher a religião, mas não o é para professá-la, incorre-se em uma contradição, uma vez que a situação que assegura dizer-se que alguém é livre para escolher a religião é a faculdade de praticar os rituais de seu culto. Na segunda hipótese, se a pessoa se afeiçoa a uma religião e os parentes não permitem, por autoridade da tradição, que ela professe seus mandamentos, então não se pode sustentar, na prática, a liberdade de escolha, porque, afinal de contas, não seria a liberdade de escolher a própria religião a faculdade de externar sua convicção? Se dissermos que não teremos que admitir a tutela para o querer interno, já que ele pode ser vitimado pela coação. Não interessa para o direito o que se quer interiormente, mas que se faça o que se quer, desde que o querer seja protegido.

O sentido negativo da liberdade se contrapõe ao positivo quando se depara com as dualidades indivíduo/coletividade, homem/sociedade, público/privado, porque se entende o “por quem sou governado” apenas na esfera política e não na ordem privada. Por outro lado, articulou-se, com essa distinção o não impedimento como característica apenas da liberdade negativa, quando ele está presente em ambas as dimensões, uma vez que a participação política efetiva exige o não impedimento do Estado, atitudes que se materializam, por exemplo, em não promulgar leis limitativas do direito de voto.

De idêntica forma, no plano negativo, além de não se constituir um não fazer – vez que a realização das liberdades públicas também está dependente de um fazer do Estado, como, por exemplo, o policiamento para garantia de manifestações públicas, ou mesmo alguma intervenção para assegurar o direito de reunião e o de associação individual. Nesses casos, os interesses entram em choque, pois as liberdades previstas, no art. 5º da Constituição, implicam escolhas, ou melhor, autonomia nas escolhas.

A distinção reside na titularidade em função do destinatário ou do alcance do bem que se deseja proteger. Na liberdade negativa, quando se exercita a participação nas decisões finais, o titular da autonomia (liberdade como procedimento) é o povo.

Esse mesmo povo deixa ao arbítrio do particular aquelas decisões que interessam e cujo bem protegido não expande efeitos além da esfera privada.

Daí deixa-se à escolha do particular a opção de se expressar ou não, de se associar ou não, de escolher uma profissão ou outra, de professar uma religião ou outra que lhe convém. São sempre escolhas que precedem às ações, diferentemente do que vislumbra Bobbio, ao dizer que a pessoa pode professar uma religião que não escolheu. É impossível atribuir veracidade a tal assertiva, porque sobre as escolhas internas não há possibilidade de interferência e, a menos que o Estado obrigue a pessoa a professar uma religião por ele imposta, quando se fala em liberdade de religião, assevera-se que a pessoa pode professar sua fé livremente sem obstáculos de ação.

Ademais, a possibilidade de alcance humana, ou seja, os elementos com os quais o homem consegue trabalhar na esfera jurídica, é a exteriorização do comportamento. Quando se diz que a moral não se distingue do direito em razão da exterioridade, ocorre porque ao direito também importam as intenções, não se discorda disso, mas uma coisa é certa, se o fato não se exteriorizar o suficiente para que o outro capte, não se investiga intenção.

Outrossim, o crime somente é avaliado ou agravado em função da intenção, porque os atos foram exteriorizados, ainda que não consumados. Pode-se dizer que o direito parte da manifestação exterior como dado determinante do disparo jurídico, indo para as investigações de ordem interna para investigar e qualificar o fato ou ato, mas quando se fala em ato ou em fato, elementos cruciais para a dogmática jurídica, as intenções não estão neles enquadradas. Não existe direito no mundo das especulações internas, nem em uma ilha de apenas um habitante. Não faria sentido declarar a liberdade de opinião nessa ilha. Não desprezo a fauna e a flora, pelo contrário, mas é pouco provável que essa diversidade impedisse o homem de ter suas convicções; e, mesmo que impedisse, seria impossível fazê-los cumprir uma determinação humana nesse sentido.

A razão faz do homem um ser que elege finalidades. A evidência da razão impõe a necessidade de aceitar-se que o homem é um ser que faz escolhas durante toda a sua efêmera vida. Essas escolhas podem ser individuais, coletivas, comunitárias ou globais.

Ao adentrar no universo do dever ser, a liberdade se dirige à convivência ideal, que postula a realização da justiça. Deslocá-la desse contexto e visualizá-la como uma tomada estática, buscando saber se naquela determinada ação, o agente sofreu ou não interferência, é paralisar o fenômeno da liberdade no contexto físico e desconsiderar que ela depende, necessariamente, de escolhas, que são, em qualquer situação, racionais e que, quando destinadas à concretização de uma aspiração na dimensão dos valores compartilhados numa dada sociedade, devem ser afastados os limites que se opõem às escolhas, como obstáculos, e os impedimentos que se apresentam à execução delas. Na formulação matemática, não se pergunta quais são essas ações, quais os tipos de obstáculo que devem ser afastados e os impedimentos que podem ser considerados restrições bastantes para a pretensão de afastamento pelo titular da liberdade.

Diz-se que liberdade negativa corresponde à atitude omissiva do Estado, ou seja, em um não fazer por parte dele com vistas à preservação da esfera privada do indivíduo. Encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana e consiste na expressão da personalidade, portanto pertence ao rol dos direitos subjetivos.

A liberdade positiva, por sua vez, consiste na participação política do indivíduo nas decisões do Estado e tem sua justificação teórica na razão prática, capacidade da qual é dotado qualquer indivíduo de “dar-se leis”, de forma que se diz, com fundamento na liberdade positiva, que o ser humano é livre quando segue leis às quais deu o seu assentimento.

A verdade é que, quando a discussão se trava entre liberais e democratas, encerra-se uma questão política em que se postula determinar a quem cabe decidir sobre a vida privada (liberdade positiva segundo Berlin, que associa esse sentido à pergunta “por quem sou governado?”) e quando se realiza entre liberais e comunitaristas, a

questão é saber qual o conteúdo de abrangência da esfera privada (dimensão negativa da liberdade que responde à pergunta sobre a área de atuação livre de interferência). Para a primeira indagação (a quem cabe decidir a vida privada?), a resposta não se afasta da pertinência e pode ser respondida assim: a quem ela concerne. Na segunda, a pertinência está condicionada à superação de uma questão anterior que pode ser assim formulada: o que me concerne? Ou qual a amplitude da minha esfera privada? A resposta está condicionada à compreensão jurídica da liberdade.

Conquanto haja duas formulações distintas, quando se pergunta por quem sou governado e qual a minha área de atuação, certo é que elas desembocam numa mesma direção, porque a quem concerne determinar o quem decide no âmbito da liberdade e se essa conclusão se deve aos liberais.

Enquanto essa separação entre interesses particulares e públicos ou gerais era nítida, não houve qualquer dúvida, após a propagação da doutrina liberal, que ao indivíduo cabia decidir a respeito dos primeiros e ao Estado dos segundos.

Entretanto, sobrevindo a crise do capitalismo e a evidência de que liberdades individuais em excesso escravizam o fraco e de que havia necessidade de proporcionar o mínimo de igualdade para que as liberdades fossem usufruídas, nova discussão entrou em cena, a saber, a perplexidade diante da delimitação da área de atuação do indivíduo quando ele convive numa sociedade organizada, melhor dizendo, o que concerne a ele na rede de interesses descortinados a partir de novas relações e se é possível falar-se de uma esfera absolutamente privada isenta de reflexos sobre os outros. A nova realidade também põe em discussão a área de atuação de um indivíduo em relação ao outro.

Cabe ressaltar que atualmente não mais é possível falar-se de esfera privada nitidamente delimitada alhures na distinção entre direito e moral, pois alguns valores que informavam apenas a ética é objeto de proteção pelo direito, como, por exemplo, a solidariedade positivada através de normas de seguridade social, que impõe o financiamento, pelo empregador, de reserva destinada ao sustento de

incapacitados ou a sua reintegração no emprego; ou mesmo a doação de órgãos, que tem fundamento na finalidade social à qual se dirige o uso da propriedade, revendo a noção absoluta dela. Observa-se que alguns interesses que, anteriormente, diziam respeito apenas ao indivíduo passou a integrar o elenco daqueles detidos pela coletividade, em virtude da revisão de juízo de valor anterior, cuja necessidade restou evidenciada pelos novos carecimentos. Esse é o contributo da experiência para a correção racional ou demonstração de certeza, pois, em alguns casos, somente ela exercita o juízo sintético necessário à evolução científica.

Temas como a proteção do meio ambiente, a bioética, a invasão de privacidade pela difusão desmedida de informações via internet e outros que resultam do progresso tecnológico evidenciaram novas necessidades tanto de tutela material quanto de processual, daí porque, nesta última abordagem, surgiu a tutela metaindividual, posto que não é mais possível, numa visão individualista de processo, dar-se solução a demandas que sugerem revisão da estanque delimitação entre público e privado, fundada e restrita que é na visão individualista de sociedade. Da relação entre Estado e súdito, com vistas à separação dos interesses, passou-se a uma outra que é a relação entre indivíduo e sociedade, bem como entre indivíduos. Os conflitos daí nascidos são os que interessam a liberais e comunitaristas, porquanto tratam de estabelecer limites aos interesses individuais, sociais, gerais, públicos etc, com vistas ao equilíbrio entre liberdade e igualdade ou entre liberdade e justiça.

6.3.1 A superação dos interesses público e privado³¹⁶

Coube ao direito romano o mérito da divisão do direito em público e privado, conceitos que foram posteriormente consagrados pela Jurisprudência dos conceitos de Puchta. Essa sentença de Ulpiano aponta a distinção: “*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia*” (direito público é o que corresponde às coisas do Estado;

³¹⁶ Este tópico, com algumas alterações pouco substanciais, é a reprodução de uma idéia lançada em artigo da autora publicado – CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p. 37-52)

direito privado, o que atende ao interesse de cada um, isso porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado)³¹⁷.

O Estado ocupava lugar de destaque no império romano, no qual restava evidente a distinção entre os interesses do Estado e as coisas que atendiam às necessidades dos particulares. É verdade que essa clareza se devia à ausência de direitos dos cidadãos oponíveis ao Estado, cuja organização política totalizante era detentor de direitos, cabendo àqueles apenas o cumprimento de deveres, ou seja, as relações eram postas *ex parte principis* e não *ex parte civium*.

O direito privado regulava as situações jurídicas oriundas das relações constituídas entre os particulares, ou seja, aquelas que diziam respeito a contratos, matrimônio e negócios em geral, ou seja, não havia previsão ou visualização de direitos públicos fundamentais oponíveis ao Estado. O poder que fundamentava o Estado entrou em declínio com o fim do império romano e a invasão dos bárbaros, dando-se início às relações de produção sob a autoridade fundada na propriedade, na qual o senhor feudal acumulava funções atinentes aos negócios particulares e situações que envolviam interesse público.

Essa reviravolta histórica, com a pulverização do poder, provocou a extinção da dicotomia entre público e privado, a qual foi resgatada a partir da Revolução Francesa, quando o Estado, enquanto detentor de poder distinto daqueles de que gozam os cidadãos individualmente, tomou novo fôlego, até porque o fenômeno de ressurgimento do Estado, desta vez explicado pelas doutrinas contratualistas, trouxe consigo um órgão imparcial e sereno, garantidor das liberdades e da propriedade, com fundamento no Direito e não na tradição e nos privilégios tão em voga no Antigo Regime.

A doutrina volta, então, a debater sobre a divisão do direito em público e privado. Muitos critérios de classificação foram destacados, dentre eles o que realçava a pessoa envolvida (fator subjetivo) e aquele que operava a distinção em decorrência

³¹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 155.

do interesse em jogo (fator finalístico). A dificuldade surge por diversos motivos, a saber: a) em algumas situações o Estado contratava como se fosse particular; b) em alguns ramos do direito que regulam matéria privada, como, por exemplo, o direito de família, estava repleto de previsões que resguardavam o interesse social; c) em suma, o liame que separava os interesses privados da coisa pública restou tênue, afinal de contas o Estado, constituído por cidadãos, passa a interagir dialeticamente com eles. Alguns autores, como o próprio Kelsen, chegam a defender a impossibilidade de distinção entre o direito público e o direito privado³¹⁸.

Outrossim, Ruggiero³¹⁹ propõe uma definição que reúne elementos objetivos e subjetivos, nos termos seguintes: o direito público tem por objetivo regular as relações entre os Estados e entre o Estado e os súditos, quando atua soberanamente e desde que a matéria diga respeito à coletividade; e direito privado regular matéria pertinente aos indivíduos enquanto tais, quando a matéria tratada diga respeito imediatamente aos particulares.

A experiência demonstrou que é impossível dividir o direito em dois compartimentos estanques, um público e outro privado, porquanto algumas noções se interpuseram no caminho entre essas duas definições, tais como: os conceitos de interesse geral e os de interesse social, os quais, embora não contenham substância suficiente para uma distinção precisa, apresentam-se, muitas vezes, no seio dos objetivos de organismos intermediários que influem sobre os interesses privado e público, sem que se possa afirmar com exatidão com qual dos mundos guarda correspondência única. É o caso das relações entre escolas e associações de pais ou entre empresas que prestam serviços de assistência médica e a respectiva entidade que representa os interesses dos usuários. Por essas razões, não há mais utilidade prática, como veremos mais adiante, na distinção entre o direito público e o direito privado. Nesse passo, outro fator contribuiu enormemente para a superação da dicotomia público/privado: a publicização dos direitos, ocorrida em função da ingerência do Estado nos assuntos particulares, devido à necessidade de equalização e de

³¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 297.

³¹⁹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 1, p. 7-8.

concretização da ordem democrática e dos direitos humanos. A esse fenômeno os autores costumam atribuir o nome de Constitucionalismo Social. Pois bem, essa intervenção do Estado cada vez mais freqüente nas questões particulares se fez notar com maior evidência no início do século XX, quando se percebeu que o capitalismo feroz destruía as bases sobre as quais foram erigidos os direitos humanos. Ao lado da tendência, a publicização restou mais evidente para a formação de grupos no seio da sociedade, intermediando as relações entre o Estado e o indivíduo. Não que esses organismos intermediários nunca tivessem existido. O homem é um animal gregário por natureza e descobriu cedo a força das organizações, tais como: a Igreja, a família, as corporações de ofício etc, mas somente com o desenvolvimento da indústria e da tecnologia essas associações cresceram de maneira jamais vista. Atualmente são sindicatos, associações, partidos políticos, cartéis e outros tantos que exercem seu poder de influência sobre a sociedade e sobre o Estado, demonstrando que o homem isoladamente considerado termina engolido pelo sistema.

Direito público e privado, que marcam a distinção entre assuntos particulares e públicos, perderam em nitidez, exurgindo uma nova classificação sob o signo da subjetividade que marca o modo como o homem se relaciona com os seus semelhantes: individualmente ou coletivamente, restando claro que coletivo não significa a mesma coisa que público, mas um terceiro gênero que está inserido entre o interesse individual e o geral.

Mancuso³²⁰ sustenta que a fluidez das expressões – interesse social, interesse geral e interesse público – torna improdutiva do ponto de vista científico a separação conceitual, obtendo-se melhor resultado a consideração de equivalência. Em todo caso, sustenta o autor que interesse social, em sentido amplo concerne àquelas situações a que a sociedade atribuiu relevância, com vistas ao bem comum; o interesse geral se assemelha ao interesse social em sentido amplo; e, finalmente, do interesse público emerge a idéia de Estado, enquanto detentor de poderes para praticar atos tendentes à realização dos valores escolhidos como os mais

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24-32.

importantes para a sociedade. É importante registrar que o interesse social também exhibe uma perspectiva distinta do geral, quando diz respeito a interesses de grupos que, devido à eminência assumida, trazem reflexos mediatos para a sociedade em geral.

Importante alerta traz Guerra Filho³²¹ de que atualmente vivemos um momento histórico distinto daquele que marcou o constitucionalismo clássico, “quando imperava a crença de que a sociedade seria capaz de reger-se a si mesma, com o mínimo de interferência estatal”. Nos dias de hoje, ainda que seja desejável a interferência mínima na liberdade individual e uma intervenção ponderada na esfera econômica, o evoluir das relações sócio-econômicas engendrou novas modalidades jurídicas de relacionamento, transcendendo as individualidades, dificultando, inclusive, a separação das fronteiras entre os interesses privado, comum, social e público, de sorte que a transindividualidade é capaz de demonstrar o quanto a esfera privada, muitas vezes, não é capaz de se impor como categoria autônoma e desvinculada, no imensurável enfeixamento de efeitos que essas relações produzem, dos demais indivíduos. Mais do que nunca, o plural, o diverso confronta-se com a massificação, visto que, por mais que se propale as diferenças, os seres humanos estão envolvidos num conglobamento planetário equalizador.

6.4 A LIBERDADE E AS GERAÇÕES DE DIREITOS

Para melhor compreender a liberdade, devemos nos ater não somente ao seu aspecto relacional, mas também aos limites que devem ser impostos em virtude de sua natureza geracional. O princípio da geração, desenvolvido por Platão³²², sugere que o ser proporcione o nascimento do seu oposto, criando com ele uma contradição e uma impossibilidade de convivência. Exemplificando, quando um corpo se torna quente, é necessário que ele tenha sido frio; quando uma coisa se torna maior, precisa partir de uma extensão menor e, dando continuidade à

³²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144.

³²² PLATÃO. **Diálogos: o Banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 79.

exposição, o mesmo ocorre com o forte e o fraco, entre o justo e o injusto, entre o belo e o feio. A liberdade possui o seu contrário que é a opressão.

Com efeito, numa relação dialética, a liberdade se manifesta como resultado da opressão e, quando ela atinge grau de potência não compatível com os limites que as relações impõem à sua demasiada exacerbação, torna-se de novo opressão, embora assumindo caracteres distintos. Em síntese, os contrários, apesar de incompatíveis, guardam correspondência geracional. Por falta de habilidade na conjugação desse atributo que, segundo Platão, é inerente aos qualificativos do ser, com os limites que devem ser impostos nas relações entre os sujeitos, criou-se alguma confusão na concepção da liberdade. A justificação teórica das gerações ora assenta na necessidade,³²³ ora no interesse, ora na vontade.

Em qualquer situação, como bem demonstra Sampaio³²⁴, esses critérios resvalam o relativismo moral do qual se ressentem essas doutrinas, de vez que descambam para fins suscetíveis de apreciação valorativa. O certo é que os direitos individuais, considerados esses as liberdades civis e políticas, de forte matiz liberal, representaram a limitação do poder do Estado.

A expressão gerações encontra oposição naqueles autores que vêem nela a tentativa de descaracterização da universalidade dos direitos fundamentais, mormente porque a ela se dirige uma perspectiva de sucessão cronológica de direitos, dando-lhe feição histórica³²⁵. Nesse sentido, seria inapropriada por dois motivos: primeiro porque sugere a superveniência ou substituição necessária de uma geração por outra³²⁶, circunstância que interfere na complementaridade dos direitos fundamentais; e segundo porque a cronologia histórica de elaboração de

³²³ SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio. In: GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999..

³²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85.

³²⁵ Nesse sentido, posicionam-se favoravelmente à expressão dimensões de direitos os seguintes autores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**. São Paulo: LTR, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004; WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999; entre outros.

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 53.

instrumentos internacionais demonstra que os direitos sociais, considerados de segunda geração, foram declarados após a criação da OIT, em 1919, antes mesmo de ocorrer a Declaração Universal pela ONU em 1948³²⁷. Assim, sugere-se o termo dimensões para melhor identificar os diversos grupos de direitos fundamentais.

Na verdade, a historicidade dos direitos fundamentais é conclusão de que se impõe à luz da evolução histórico-material da fundamentalidade dos direitos, pois, ao tempo de Locke, não se vislumbrava a saúde como um direito fundamental. Ser fundamental não é o mesmo que ser natural e universal, mas é possível sê-lo ao se guardar apenas as características de historicamente fundamentais, ou seja, contingencialmente fundamentais, o que não descarta a universalidade da liberdade e da igualdade.

Quanto a essas evidências, pode-se admitir variações históricas de dimensão e conteúdo, a partir de uma visão tipológica de seu conceito, permitindo-se uma zona fluida em que cabem as inserções culturais. O homem é um ser cultural e sujeito aos efeitos da interação empírica e, por isso, suas conclusões acerca do que deve ser moralmente esperado das comunidades humanas varia em função delas.

Não se pode negar que a opção entre gerações e dimensões implica um posicionamento filosófico acerca dos fundamentos dos direitos fundamentais, sendo certo que aqueles defensores da expressão gerações acreditam na sua historicidade e aqueles que propendem para dimensões crêem, em sua maioria, na universalidade deles, mas se se pode dizer que gerações exclui a universalidade, o contrário não é verdadeiro, pois é possível preferir dimensões, apesar da historicidade da maioria dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, por opção de uma possibilidade que a expressão gerações pode dificultar, qual seja: a de que os direitos fundamentais mais velhos (se é que se pode se referir assim a eles) vão cedendo em importância aos novos.

³²⁷ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999, p. 40.

O homem é histórico, pois nasce, cresce e morre. Nisso reside sua vinculação às leis da natureza. A razão, no entanto, permite criar e humanizar o mundo. Para isso ele interliga experiências à valoração delas através da racionalidade, transformando essa interação em guias que são conceitos de moralidade. Tudo isso é resultado da sua humanidade que se distingue da sua pura razão. Desta forma, moralidade e humanidade são expressões que se manifestam em qualquer convivência, não se podendo enquadrar a gama de experiências em conceitos desvinculados delas.

A expressão dimensões permite uma visualização dos direitos por via da transcendência, que garante, inclusive, a compatibilização entre eles. Fiel à historicidade que informa as dimensões de direitos fundamentais, pode-se dizer que o reconhecimento dos direitos civis e políticos foi a consequência da opressão gerada pelo Absolutismo e pelos ideais liberais. A segunda dimensão de direitos surgiu como resposta à exacerbação daqueles e coincide com o momento em que se viu a necessidade de propiciar concretamente ao homem uma condição de vida que lhe permitisse conviver dignamente. A terceira dimensão apareceu no contexto da globalização, a partir da visualização do homem na comunidade internacional.

De outro lado, é verdade que o termo “gerações” autoriza dedução de superveniência, ou seja,

...que os direitos humanos de uma geração são substituídos pelos de outra subsequente, não é menos correto deduzir-se que a expressão geração traz implícita a idéia de gen, de origem, de ser que dá vida a outro, deixando as marcas características de sua aparência, experiência e valores, ou seja, deixando sua história para que outra geração venha a lhe dar continuidade. E essa nova geração somente será compreendida à luz dos fatores que a fizeram brotar.³²⁸

A expressão dimensões define com mais clareza o que significa o evoluir dos direitos fundamentais, não do ponto de vista histórico, mas a partir de interesses e necessidades as quais, apesar de sua existência na história dos direitos, não é por ela explicado. Assim os direitos de primeira dimensão encaram o homem em sua individualidade, em sua subjetividade, cuidando da expressão mais ampla possível

³²⁸ CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p. 43.

de sua personalidade. Sem pretender exaurir a variedade de direitos de primeira geração, pode-se dizer que são aqueles que garantem a vida, a igualdade, a liberdade, a faculdade de participação nas decisões políticas, dentre outros³²⁹.

Fala-se de um *status negativus* do Estado, já que é proveniente da não interferência. Essa noção atualmente está superada, uma vez que os direitos civis políticos não se configuram apenas em um não fazer do Estado, mas também em um fazer muitas vezes, como é o caso de haver necessidade de proporcionar um espaço adequado para manifestações públicas, caso haja divergências ou ameaças de grupos adversários. Deste modo, pretende-se objetar que é o não fazer que não se configura em elemento distintivo dessa espécie de direitos fundamentais.

Na segunda dimensão, o homem é visto em sua integração com o grupo social a que pertence, assumindo uma verdadeira perspectiva cultural. Essa dimensão foi permitida a partir da falência da liberdade enquanto regra formal de não interferência na vida privada, uma vez que a ausência dessa intervenção, para assegurar a igualdade nas condições de exercício do direito, levou à opressão do fraco pelo forte economicamente. Essa situação foi verificada com grande nitidez a partir de duas manifestações: o pensamento marxista e a industrialização dos meios de produção. A ênfase foi dada, como não poderia deixar de ser, aos direitos do trabalhador, espectro da opressão do capital. São direitos de segunda dimensão os sociais, os econômicos e os culturais. Além disso, aparecem na ordem jurídica constitucional a partir do art. 6º, como os direitos dos trabalhadores a férias, a gratificação natalina, a descanso remunerado, assim como o direito à saúde, à educação, à preservação das peculiaridades culturais, à previdência, dentre outros.

Convém mencionar aqui um pensamento comumente aceito e que dificulta a complementaridade e conexão entre os direitos fundamentais. Segundo Berlin³³⁰,

³²⁹ Para uma visão panorâmica do catálogo das gerações de direitos fundamentais, ver: CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997; SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**. São Paulo: LTR, 2001 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

liberdade e condições de seu exercício não se confundem, apontando como exemplo destas as políticas públicas tendentes à superação de desigualdades sociais, a fim de se garantir o pleno gozo daquela. Nesse sentido, diz que liberdade é liberdade, igualdade é igualdade, saúde é saúde, felicidade é felicidade. Faz essa distinção, pretendendo demonstrar que é falacioso o argumento de que ampliamos a liberdade social quando damos prioridade a algum outro valor em detrimento dela.

O autor demonstra absoluta indignação contra os defensores da razão objetiva, sustentando que a história empírica demonstra que os valores da virtude, da verdade e da felicidade não estão sempre em harmonia, que a convivência social é repleta de conflitos e que não se pode sustentar que, quando fazemos opção por justiça, felicidade, educação, saúde, ou qualquer outro bem que seja mais valioso e pelo qual valha a pena renunciar à liberdade individual, não estamos, de fato, nos despojando de uma parcela de nossa liberdade em prol de outro interesse.

Exemplificando o problema, enuncia a necessidade de promoção de educação uniforme, com vistas à eliminação das diferenças de pontos de partida na competição que define o *status* social dos indivíduos e, para isso, distingue, indicando a existência de conflito, entre a liberdade de escolher a educação que se deseja dar ao filho e o direito social da educação igual para todos, ou seja, a necessidade de aplicação, pelo poder público, de padrões educacionais equiparados com vistas a uma maior abertura de possibilidades para os menos abastados de obterem melhor desempenho profissional futuro.

Apesar disso, é inaceitável a concordância com Berlin quando separa o conceito de liberdade das condições necessárias para o seu exercício, pois, se na definição de liberdade se inclui o elemento não-impedimento, as ações destinadas a afastá-los – que nada mais são que as condições de gozo da liberdade – integram o seu conteúdo ético. Em termos comparativos, é como se pretendêssemos distinguir da definição de DVD o elemento transmissão de imagem que o caracteriza e sustentássemos que ambos têm noção e finalidade distintas, podendo ser

³³⁰ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 198, p. 30.

visualizados distintamente. O DVD tem conceito funcional e a liberdade não tem natureza estática, assim, não é possível dizer que um certo aparelho é um DVD sem que ele possua como atribuição a transmissão de imagem e de som. Da mesma forma, seria demasiado formal e conceitual dizer que liberdade é uma coisa e as condições para o seu exercício é outra distinta e que ambas não podem ser confundidas, pois elas são visualizadas separadamente. Seria como sustentar a realização da liberdade de escolha de profissão de uma pessoa que sequer conseguiu concluir o ensino fundamental por falta de condições financeiras de pagar o transporte de ida à escola e de vinda dela. Cumpre arrematar que a liberdade, nesse caso, está presente, embora as condições para o seu exercício não se encontrem desenvolvidas.

Os direitos de terceira dimensão não estão geralmente inseridos nas Constituições modernas e, quanto ao seu conteúdo, não gozam do consenso em torno do qual gravitam os de primeira e de segunda dimensões. Paulo Bonavides³³¹ aponta como direitos de terceira geração aqueles que se destinam à proteção do homem como componente do “gênero humano”, numa expressão afirmativa do seu “valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Pode-se dizer que são os direitos decorrentes da fraternidade e da solidariedade, consistentes na paz, na proteção do meio ambiente, no desenvolvimento, enfim, naqueles direitos cuja visualização pressupõe o homem como integrante do globo.

A maioria dos autores admite apenas três dimensões de direitos fundamentais, mas Bonavides³³² propõe uma quarta dimensão de direitos como resultado da globalização econômica. Para ele, essa massificação destrói os valores, em proveito das hegemonias supranacionais, mas não se dá conta do surgimento de uma outra globalização, de fundamento político, que radica na universalização dos direitos fundamentais através do assentamento da democracia, da informação e do pluralismo. Há quem fale numa quinta dimensão de direitos³³³, relacionada à

³³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.

³³² *Ibidem*, p. 571.

³³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 302.

identidade individual com vistas à liberação da coação estética. Deve-se atentar para a fundamentalidade desses direitos, tendo em vista os critérios que distinguem uma dimensão da outra, sob pena de se repetir o que já está inserido em liberdade ou igualdade, mas com nova interpretação. A adequação dos direitos às contingências dos novos carecimentos, em que pese a visualização de novas fundamentalidades (necessidades ou interesses), não gera novos direitos.

Não será discutida, em decorrência do corte epistemológico necessário, a fundamentalidade material dos direitos de segunda, de terceira, de quarta e de quinta gerações. A abertura material de fundamentalidade permitida pelo parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal não impede que investiguemos o conflito da liberdade, enquanto direito público subjetivo, com os demais direitos fundamentais inscritos na Constituição, pois o nosso trabalho se resume a identificar a equivocidade do conceito de liberdade enquanto conteúdo de norma jusfundamental relacionada ao agir desimpedido.

Assim, restringe-se, por força do seu objeto, aos direitos civis catalogados como liberdades, ou seja, vida, privacidade, intimidade, as liberdades especificadas (expressão, reunião, profissão etc), somente para exemplificar, com exclusão dos direitos políticos e da igualdade formal, posto que não se resume a um agir na concepção mais corrente.

6.5 OS CONFLITOS ENTRE AS LIBERDADES E ENTRE ELAS E AS GERAÇÕES: A METÓDICA DE SUPERAÇÃO

Os conflitos que serão aqui denunciados, para cuja solução este trabalho busca contribuir, são aqueles que se inserem na problemática entre liberdades, bem como entre liberdade e outras gerações de direito, nos quais se circunscreve a discussão entre liberalismo e comunitarismo, devendo ser erigido um conceito de liberdade que permita a orientação dos aplicadores na ponderação que se exige naturalmente em razão do conteúdo fluido dos princípios fundamentais. Aquela problemática entre liberais e democratas, que culminou com a fragmentação do conceito em positivo e

negativo, trouxe reflexos na concepção jurídica dela e é adotada na interpretação das normas que asseguram liberdades quando se exige a superação dos conflitos.

Conceito e superação de conflitos são o cerne deste trabalho, valendo dizer que esta última perspectiva está estreitamente relacionada com a primeira. Na primeira, não se deve defender um conceito abstrato e valorativamente neutro, sob pena de se deixar à aplicação uma grande responsabilidade no decidir condutas, com o gravame de que nosso sistema jurídico não adota amplamente o decidir por precedentes, deduzindo-se que soluções judiciais não interferem na conduta geral, uma vez que somente tem efeito interpartes. O direito deve primar por uma regulamentação de conduta normativa que prestigie tanto as decisões quanto a formulação legislativa, não no sentido de formulação de conceitos precisos, como se fosse uma ciência matemática, mas na constante admissão de conceitos valorativos informativos de condutas gerais, limitadas no espaço e no tempo que aspirem à sua validade com fundamento em valores amplamente aceitos na sociedade. Não se pode admitir uma dogmática que atue através de conceitos puramente racionais e abstratos, mas também não se deve deixar à prática judicial todas as situações concretas, inclusive aquelas que não envolvem circunstâncias particulares. Abstração e generalização, necessidades da certeza e da igualdade não podem resolver situações particulares, mas entre uma e outra existem circunstâncias que envolvem o que é amplamente aceito na comunidade e não em uma simples questão particular.

A abstração do conceito, no que diz respeito à liberdade é uma continuidade do pensamento liberal, que prima pela dissociação entre escolha e ação, para que não se indague acerca da primeira apenas o aspecto físico da segunda, sem qualquer consideração de ordem social e econômica gerada pelo modo de organizar-se, afastando-se da ordem dos impedimentos esses fatores. A importância de um conceito reside numa questão de método, já que a solução de conflitos não pode se satisfazer com as soluções proferidas nos tribunais, pois a segurança de saber que leis seguir, antes mesmo que se chegue a um conflito – o que, aliás, muitas vezes surge por falta de discernimento acerca do conteúdo das normas –, é uma das

qualidades da convivência normada, fim do direito. Assim, direito não é somente o que os tribunais decidem, mas também o que as normas estabelecem.

Permanecendo-se no conceito abstrato, transfere-se a solução para o tribunais, abarrotando-os com questões surgidas somente por ausência de delimitação de conceitos gerando conflitos que são resolvidos através de metódica que deveria ser utilizada apenas para casos particulares em que os princípios entrassem verdadeiramente em choque e não apenas em função de uma idéia equivocada do conteúdo deles, por falta de compromisso do direito com a realidade que o cerca e para a qual se dirige.

Impende declarar que não basta anunciar direitos, declará-los e dotar os cidadãos de mecanismos de exigência, mas é preciso dotá-los de elementos para discernir. O discernimento advém, é certo, em grande parte, da solução dada pelos tribunais aos casos concretos, fundados na interpretação judicial, mas o que significa ser livre e igual está presente em cada pessoa, ainda que haja pequenas variações, contudo os atos podem ser valorados com certa uniformidade pelo que a comunidade guarda de consenso. Não se consegue convencer um cidadão de parca renda de que ele é livre e igual, aduzindo ele pode entrar no shopping e comprar o que lhe aprouver, porque ele sabe que isso não é verdade. Nem livre, nem igual e, como dizia Orwel, todos são iguais, mas uns são mais iguais que outros.

O ato de conceituar é uma atitude humana racional necessária para a sua segurança diante da multiplicidade de informações, realidades e pensamentos. Conceituar é, antes de tudo, o ponto de partida para a inserção no mundo; é o próprio comunicar-se humano. Somos finitos e assim vemos tudo que nos cerca, por isso essa angústia para delimitar tudo no espaço, no tempo e nos conceitos. O conceito, portanto, repita-se, é uma das formas de atuar da dogmática, mas não a única, tendo em vista as atitudes valorativas da criação e da subsunção da norma, mormente a jurídica, isso é imprescindível para a compreensão, que não deixa de ser uma adequação, da realidade e do pensamento que nos cerca.

Aprender conceituar juridicamente a liberdade – eis o desafio proposto, com vistas à superação da relativização sobretudo aceita como pressuposto dos conteúdos dos princípios constitucionais. Abertura não é possibilidade empírica ao sabor dos interesses, mas capacidade de inserção de várias situações fáticas, para as quais as escolhas determinam sua adequação. Escolhas fundadas no consenso comunitário. Assim, o conteúdo aberto não elimina a possibilidade de conceituar, porque isso é próprio da racionalidade. Os limites desse ato é que devem ser traçados, sob pena de se enrijecer o conteúdo normativo e, com isso, criar-se um fosso inseparável entre o que é e o que deve ser. Mediar o que é o que deve ser é a verdadeira essência do direito, em que o que é não está regido por leis causais, mas por leis da liberdade.

O conceito é necessário e, por isso, conceituar a liberdade é dizer de suas possibilidades jurídicas, pois, do contrário, não se afasta da turbulência do múltiplo. O cerne da problemática da liberdade, como nos ensinou Stuart Mill, assim como, antes dele, Locke – quando demonstrou, na sua carta contra a intolerância, que opções religiosas dizem respeito à convicção íntima e que Deus não aceita a profissão de fé que não seja dotada de espontaneidade –, é a delimitação do que concerne ao indivíduo e o que concerne à coletividade. Permanecer sem conceito, ou melhor, primar por um que garanta a universalidade, é o melhor caminho para o descompasso entre direito e liberdade, posto que nada é universal quando se trata de direito, disciplina eminentemente valorativa. A liberdade, como isenção das leis da necessidade é, talvez, a única coisa que se pode admitir universalmente, mas essa concepção não se coaduna ao direito na sua tarefa de orientar condutas. Se a autocondução é a pura liberdade, então não existe liberdade numa sociedade juridicamente organizada.

A Jurisprudência dos interesses defendida por Heck e por Jhering, num segundo momento, combatia a subsunção de tudo em conceitos jurídicos, destacando a impossibilidade de previsão do futuro pelo legislador e, ainda que o fizesse através de uma bola de cristal, seria impossível, por seu turno, fazer-se compreender através de signos absolutos sem que se considerasse a possibilidade de pautas carentes de preenchimento. Nessa linha de raciocínio, combateu-se a Jurisprudência

dos conceitos, que descambou para a relativização deles, sobrevivendo como tentativa de equilíbrio entre o mutável, o empírico e o particular e o imutável, o racional e o abstrato, pois a Jurisprudência dos valores foi vista como superação do utilitarismo para o compromisso com uma visão compartilhada da realidade.

Foi a própria Jurisprudência dos conceitos que possibilitou a sua decadência, assim como tudo o que pretende ao absoluto e ao universal, uma vez que deixou evidente a falta de respostas a diversos fenômenos jurídicos que não se subsumiam aos seus conceitos. Não se pode, entretanto, negar a importância deles na limitação das possibilidades valorativas, devendo eles funcionar como justificação na ética, para o enquadramento das situações fáticas, mormente porque a nova metódica constitucional trabalha com a convicção firmada em princípios com eficácia normativa. O infinito deve ser considerado para fins de possibilidade, como quebra de paradigmas, mas nunca com pretensão de normatividade.

Eis a importância, para a metódica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, do resgate da importância do conceito de liberdade, não como fórmula abstrata, universal e genérica, para a orientação dos juristas na aplicação da norma ao caso concreto, diante da impossibilidade da utilização desse critério de validação de suas normas, mas enquanto apreensão de elementos nucleares informadores de um conceito de liberdade, uma vez que toda norma jurídica subjaz a um conceito de liberdade e à aplicação daquelas cujo conteúdo reconhece uma das liberdades fundamentais. Além disso, exige que se visualize um âmbito de proteção que legitima as normas jurídicas, estando nele circunscritas as possibilidades de liberdade. Esse guia, por alguns chamado de razão pura prática (Kant), por outros de inegabilidades (Luhmann)³³⁴ e ainda por outros de topoi (Viehweg)³³⁵, é na verdade, um ponto de partida em que não se admitem variações ao sabor do sujeito que dirige a solução do conflito, seja de ordem experimental, seja de conteúdo valorativo.

³³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 320.

³³⁵ VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofia del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 127.

Duas explicações, no entanto, devem ser dadas. Primeiro, não se está sugerindo que a razão pura prática kantiana é similar às inegabilidades necessárias da dogmática jurídica propaladas por Luhmann, entre nós defendida por Tércio Sampaio Júnior³³⁶. Elas possuem, na verdade, fundamentos bem distintos, mas não se pode negar a excelência daquele filósofo prussiano ao alertar, por força do seu racionalismo – embora sem se dar conta, porque a sua obsessão pelo dever moral não o permitiu –, sobre a força manipuladora do entendimento na apreensão do objeto, que de coisa em si se apresenta como fenômeno, já que se enquadra nas categorias do modo de conhecer racional.

Tais conclusões, após anos e anos de evolução do pensamento filosófico e da dogmática jurídica³³⁷, levaram, inevitavelmente, à supremacia do pensamento e dos valores, que é a atitude humana por excelência na apreciação da realidade. Segundo, ressalta-se a necessidade de a dogmática jurídica trabalhar com conceitos também, embora eles não possam, sozinhos, como intentou comprovar a Jurisprudência dos conceitos, dar solução jurídica aos conflitos, porque as perplexidades que exigem, por sua vez, solução justa, finda por tomar dois caminhos: ou o desencontro material do conceito com a essência particular, subsumida por simulação; ou a quebra dos paradigmas do conceito puro, para adequá-lo à diversidade de casos que não se enquadram na previsão conceitual inquebrantável. Essa transcendência somente é possível a partir da superação do positivismo como doutrina inspirada nas críticas racionais kantianas, dando-se um passo adiante para a apreensão, através de conceitos, da realidade que nos cerca.

³³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

³³⁷ A expressão dogmática jurídica, pelos alemães chamada de Jurisprudência ou ciência jurídica no sentido estrito, como bem anota Alexy, está distante de ser elucidada. Por ora, esclarecemos que ela não se refere, neste trabalho, a uma teoria isolada da prática jurídica, ou seja, a uma teoria valorativamente neutra, mas, ao contrário, como bem aponta Larenz, destina-se à dogmática, trazendo as considerações de justiça para questões de pensamento (justificação racional) e tratando das próprias tarefas do pensamento nesse sentido. Ela, pois, não se esgota nos conceitos valorativamente neutros como orientação para a subsunção prescindível de dúvidas. Antes, ao contrário, busca o encontro do ser humano empírico com o dever ser voltado para uma moral. A experiência e o pensamento têm sua referência a valores, porque o que acontece é valorado, inclusive como forma de escolha do ideal, aprovando-se ou não o dado. Assim, a realidade pensada somente é possível através de valores. Se não fosse assim, não haveria pensamento, mas apenas efeito causal entre a experiência e o pensamento, capaz inclusive de previsão do resultado do pensamento e das ações. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997)

Esse passo é satisfeito com a inserção, na dimensão aplicativa da dogmática (normativa, segundo divisão de Alexy³³⁸) de conteúdo valorativo, mantendo-se o conceito geral e abstrato? Ou, ao invés disso, é necessário que a própria apreensão conceitual seja dotada de elementos valorativos para ser reconhecidamente humana? Essa inserção retiraria o caráter universal do conceito? Na verdade, existe conceito jurídico unívoco, porque extraído da pura razão sem ingerência de elementos empíricos? A variabilidade dos conteúdos empíricos retira o valor científico dos conceitos ou, antes de tudo, garante a humanidade do ato de conceituar, desde que se assegure, através de certos consensos, algumas inegabilidades delimitadas no espaço e no tempo?

Uma dedução é certa. O direito, ao trabalhar com conceitos oriundos de outras ciências, deve também se combinar com elas, para que não diga algo sobre aquela realidade ou pensamento totalmente distinto do que comumente se concebe. Assim, partindo dessas premissas, trataremos de demonstrar as ambivalências prejudiciais do conceito de liberdade e os efeitos desastrosos que elas trouxeram ao reconhecimento da liberdade humana como elemento do seu próprio ser.

Alexy³³⁹ tenta seguir a tradição da Jurisprudência dos conceitos, admitindo a impossibilidade de ela apresentar, por si só, soluções satisfatórias em vista da necessidade de uma atitude valorativa no ato de interpretar e aplicar o direito. Por outro lado, sustenta a impossibilidade de se formular qualquer teoria jurídica sem uma dimensão analítico-conceitual, ao que designa, na esteira de Laband, de “manejo lógico do direito”. Ao direito cabe regular não as liberdades, mas realizar a convivência de quereress possíveis, em que a possibilidade é dada pelos valores fundamentais assentados nos princípios constitucionais possíveis, pois um número infinito de opções de escolhas ou tal como fazer o que se quer é impossível de se realizar, não somente lógica como materialmente. Os limites às escolhas são de origens diversas, transcendendo à própria capacidade de compreensão humana. O

³³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 29.

³³⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 42.

que o direito vigente faz é eliminar algumas limitações e acrescentar outras, de forma a garantir os fins a que se propôs a sociedade.

Assim, liberdade e escolhas não são dissociadas de fins e atingi-las é a verdadeira liberdade. No plano individual, quanto maior a possibilidade de escolhas, mais liberdade; no coletivo, as possibilidades estão a ser definidas soberanamente sempre vinculadas aos valores fundamentais. Outrossim, feitas as escolhas, atingi-las é uma questão de liberdade também.

A dimensão analítica da dogmática não deve se esgotar com a enunciação de conceitos imutáveis. Pressupondo a liberdade como condição da racionalidade humana (estando aí incluídos elementos morais e psicológicos), a dogmática jurídica a concebe não como ação natural, tal qual Hobbes a definiu em razão do movimento desimpedido dos corpos, mas enquanto qualidade que subjaz às condutas humanas inter-relacionadas sujeitas a conflitos. Somente porque são racionais as condutas materializadas através de atos humanos, elas são objeto do direito.

Com efeito, os atos são precedidos de escolhas. Escolher e agir – eis o complexo que tem como resultado os atos humanos que são juridicamente relevantes. Neles está pressuposta a liberdade. A dogmática jurídica, portanto, orienta liberdades, mas o seu conceber a liberdade a submete necessariamente à categoria da exterioridade, porque o que não se manifesta não há como ser regulado e, portanto, o que não concerne ao outro não é objeto de direito.

Deve-se considerar que as escolhas possíveis ou tuteláveis, as quais devem ficar isentas de obstáculos para a configuração da liberdade, estão pré-concebidas pelo direito como resultado da comunicação ativa da sociedade, na expressão de Kaufmann³⁴⁰. Essa tarefa, no que ela tem de particular como resultado da solução de litígios, é de concretização, mas o seu conceito é que dirige o intérprete no sentido de assim considerá-la e não como ação desimpedida, a fim de que os obstáculos sejam considerados a partir de uma consideração valorativa dos fins aos

³⁴⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 236.

quais propende a sociedade. É crucial que fique esclarecido que a liberdade, no mundo físico, indica movimento, entretanto, nas ciências que estudam o comportamento humano em geral, o seu conceito a restringe à racionalidade que informa a conduta e, na dogmática jurídica, especificamente, às categorias jurídicas de apreensão dela, como conteúdo de norma jurídica e como orientação que subjaz a toda formulação normativa.

Por isso, partindo do conceito de liberdade enquanto autoria de escolhas que se exteriorizam (ação), podendo trazer conflitos na convivência, pode-se deduzir que essas escolhas devem necessariamente estar vinculadas ao que a comunidade concebe como aceitável, a fim de impingir nelas o seu caráter de licitude. Afastar os obstáculos às escolhas (tanto as individuais quanto aquelas tomadas em nível comunitário) é a verdadeira liberdade jurídica. Assim, escolhas têm conteúdo valorativo, bem como os impedimentos e os obstáculos que as desqualificam como liberdade.

A Constituição de 1988 como tantas outras do ocidente consagraram a liberdade negativa e a liberdade positiva, mantendo-se fiel à dicotomia e aceitando a possibilidade de fragmentação do conceito, pois inseriu no jurídico, de maneira distinta, a liberdade política e a liberdade da vida privada ou filosófica. A questão é saber se essa fragmentação trouxe dificuldades para a aplicação da liberdade como direito fundamental e a essa indagação pode-se ajuntar uma conclusão afirmativa, porque, quando a liberdade foi dicotomizada e positivada, a dogmática correspondia aos anseios de inspiração do jusnaturalismo racionalista que, posteriormente, desembocou na Jurisprudência dos conceitos e que aceitou conceitos abstratos para ela, sem consideração do ser no mundo e dos valores.

Enquanto os direitos fundamentais eram apenas os de liberdade, a equação matemático-jurídica que ser livre era não sofrer impedimento foi satisfatória até mesmo para a fixação de um fundamento jusnaturalista de que as liberdades eram apreendidas pela razão e se antepunham ao Estado. Com a superação do Estado liberal, em que novos carecimentos surgiram e exigiram a consagração de direitos fundamentais sociais, a polêmica se instaurou de forma a encarar-se, por fim, uma

redução de liberdades e a convicção de que os direitos fundamentais são históricos ganhou força, pois não havia como se opor à evidência de que os sociais reduziam os individuais. A questão conceitual se impôs, mas já não se refletiu quanto a ela sob a perspectiva da inclusão de aspectos materiais sujeitos à correção ou à verdade.

É válido que se aceita que a verdade material seja discutida racionalmente nos tribunais, mas não nos conceitos, visto que se acredita que conceituar é abstrair de todo conteúdo, que é, em se tratando de ciências sociais, sujeito a variações subjetivas. Confunde-se, pois, concretizar com materializar. O conceito não tem que ser formal, mas apenas genérico, que sirva a todos sem concretizar as situações individuais (que devem ser resolvidas nos tribunais pelos métodos de concretização), porque os valores que o compõem estão sujeitos à justificação material, diferentemente das ciências da natureza, em que a posição avaliativa se impõe, guardadas algumas descobertas físicas que também discutem esse critério de verdade. Em se tratando de pessoas que não se repetem e de atitudes que não estão vinculadas a qualquer necessidade, o método de certeza há que ser diferente ou se nega qualquer laivo de cientificidade às práticas humanas sujeitas à normação.

Esse conceito de liberdade, que pretende solucionar o impasse filosófico-político, não resolve os conflitos que se põem no nível dos direitos fundamentais, tanto quando a liberdade conflita com outra liberdade, quanto quando ela conflita com direitos de segunda e terceira dimensões. Desta forma, para além do conceito que a filosofia oferece genuinamente à liberdade, que serve de fundamento do próprio direito à dogmática, na aplicação de seus postulados, ela necessita de uma metódica de solução para os conflitos que se estabelecem entre os direitos fundamentais e que devem, necessariamente, passar pela adoção de um conceito jurídico de liberdade, porque qualquer método de solução apresentado tem como ponto de partida os conceitos e os de chegada os dogmas ou valores, que são interpretados conforme o seu conteúdo que é dado pelo conceito.

Os valores são metas, fins ideais que estão fora do sujeito ou do objeto, que não têm existência temporal ou espacial³⁴¹. O direito tende à realização desses valores apontando os caminhos através das normas jurídicas, pois elas prescrevem condutas que valoram certos comportamentos como justos, bons, pacíficos etc. Além dos fins, que são escolhas referidas a valores (justiça, bem, utilidade, paz), cujas valorações incidem sobre coisas, acontecimentos, atitudes ou pensamentos e que são guias para o agir humano que se torna meio de realização deles, Siches considera uma outra posição essencialmente humana que é o justificar-se, ou encontrar sentido, significado para os fins. Assim, a liberdade é um valor fundamental inscrito na Constituição Brasileira de 1988.

A racionalidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, mas esse atributo pode ser meio de realização de atos destituídos de conteúdo humano, isso porque da noção de humanismo, abstraindo-se o termo que denota uma concepção filosófico-dignificante do homem, para focalizar apenas sua expressão semântica eivada de conteúdo moral, deduz-se que o fenômeno da humanização é um processo cultural de disseminação de valores comumente aceitos e compartilhados na vivência dos seres humanos, justificados na dignidade da pessoa³⁴². A racionalidade deve ser um meio para a conquista da humanidade. O homem participa do mundo físico e do mundo ético e, da mesma forma que os animais, pratica atos inseridos no reino das necessidades. Ao relacionar-se em sociedade, no entanto, estabelece regras inspiradas na sua racionalidade, constituindo-se, portanto, em um ser moral.

Viver essa dualidade, muito bem captada por Kant, quando distinguiu o mundo fenomênico do mundo numênico e as formas de manifestação da razão teórica e da razão prática, é o grande desafio humano e a verdadeira explicação do processo de humanização. Liberar-se dos ímpetos que levam à desqualificação do homem enquanto tal, sem perder de vista a sua natureza, rumo à construção de uma racionalidade voltada para os valores humanizadores é a pura liberdade. Liberdade

³⁴¹ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, p. 58.

³⁴² A respeito da humanidade como essência do homem e da construção teórica do processo de humanização consultar FABRIZ, Daury Cezar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: ed. Mandamentos, 2003, p.37 e seguintes.

enquanto exercício da razão prática que conduz o homem à posição de autor da história e não como mero espectador do caos, ou seja, como partícipe das relações determinadas pela necessidade. Essa dimensão máxima da liberdade, de conteúdo fundante dos direitos fundamentais e da democracia, particulariza-se na ordem jurídica, amalgamando diversas expressões dela, como manifestação da personalidade humana.

Os direitos fundamentais da liberdade são os direitos considerados de primeira geração, conhecidos por se referirem às liberdades civis e políticas. Estão visceralmente relacionados ao liberalismo clássico, doutrina surgida como objeção ao despotismo e ao excesso de poder do soberano sobre os súditos. Essas liberdades, constituídas por um não fazer por parte do Estado, são chamadas, como vimos, de liberdade negativa. Para os liberais clássicos, liberdade e autoridade são figuras antinômicas, tolerando-se, portanto, o Estado como um mal necessário desde que ele não interfira nas liberdades privadas.

Essa concepção de liberdade justificou-se contra os abusos de poder, quando a sociedade se organizava em estamentos e a burguesia ascendente encontrava, nos privilégios, impedimentos à expansão dos seus negócios. Daí a urgência de reelaboração do conceito de liberdade, adequando-o às categorias jurídico-normativas atuais, a fim de que ela expresse algo compatível com normatividade, racionalidade, exterioridade, humanidade, referência a valores e razoabilidade. Para tanto, transcender é preciso, adaptando-se o conceito de liberdade aos carecimentos emergentes, mediante uma abordagem teórica desse direito fundamental. Sem dúvida, sendo a liberdade um princípio de direito fundamental, é inquestionável sua inspiração ética, tendente à realização dos valores moralmente aceitos na comunidade, diga-se, apreendidos pela razão e concretizados pela experiência, que lança informações sensíveis ao entendimento, o qual, através de suas categorias, conceitua-os.

A liberdade está constitucionalmente prevista como regra e como princípio, em seu sentido negativo e em sua dimensão positiva. A tensão entre liberdade negativa e liberdade positiva não é apenas no plano de aplicação prática, mas no âmbito

conceitual. Na verdade, quando se diz que um princípio, um movimento ou fenômeno tem um sentido negativo e outro positivo, está se falando de dois lados de uma mesma coisa e não de manifestações que se inviabilizam reciprocamente na maioria das vezes. É claro que a realização dos direitos fundamentais, de quaisquer gerações, independem do modo como se governa. Deste modo, não somente os direitos individuais, como também os sociais e os de fraternidade são incrementáveis numa autocracia, ou seja, a liberdade negativa, vinculada a um não-fazer do Estado ou ao não impedimento, não têm, necessariamente, que estar vinculadas ao Estado Democrático, mas apenas ao de Direito. Uma República constituída em Estado Democrático de Direito exprime as seguintes características:

- 1) a coisa pública;
- 2) a Liberdade positiva – autonomia na feitura das leis, melhor falando, nas escolhas (soberania popular);
- 3) o Estado de Leis, em que a lei, em seu sentido lato, longe de ser um impedimento ou um constrangimento, é um instrumento de realização de liberdades como não impedimento à liberdade do outro.

Volta-se à indagação: porque conceituar a liberdade? Se ela é um princípio geral constitucional válido, densificado nas expressões das liberdades especificadas no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, constitui o limite ou um parâmetro nos juízos de valor para preenchimento das pautas carentes desse procedimento, já que contém um grau de abstração maior que o das regras constitucionais, aceitando-se, por esse raciocínio, que ela seja concretizada pelos tribunais, através da solução de casos particulares.

Mas nem sempre os casos envolvem circunstâncias particulares e, nesse sentido, muitas vezes, há que se decidir qual o conteúdo desse mandamento geral constitucional em aparente conflito com outras escolhas constitucionais inseridas em direitos de outras gerações, ou mesmo entre liberdades.

Autores há que defendem a impossibilidade de conceituação de princípios (Larenz), tendo em vista a orientação moral que neles se consubstancia, ou aqueles que

formulam o conceito matemático e geral (Alexy), acreditando que o preenchimento de cada situação concreta fica a cargo dos tribunais, que, sob as orientações da metodologia jurídica, dão solução a cada caso. Longe de entender a solução como mera subsunção matemática, de vez que isso já foi demonstrado como procedimento irracional, as normas não dizem como o juiz apreende as realidades das quais tem que tomar conhecimento na compreensão das circunstâncias do fato, no momento de enunciá-lo, bem como no levantamento das condições relevantes em cada caso concreto. Além do mais, ao apreciar o acontecido que tomou relevância jurídica de conflito, faz-se uso, segundo Larenz,³⁴³ de juízos baseados na percepção, juízos baseados na conduta humana, juízos proporcionados pela experiência social e juízos de valor. Não se pode fugir, na visão deste autor, a uma margem de avaliação subjetiva do julgador, pois se não fosse assim seríamos irracionais, como as lentilhas.

Da mesma forma que não é possível conceituar matematicamente, não é aceitável também interpretar fatos e norma jurídica de forma mecânica. Impossibilitada a norma de traçar o conteúdo de cada valor fundamental, ficaria então tudo para ser concretizado nos tribunais, é o que defende alguns autores, tendo em vista que a situação particular somente é apreendida no caso e, seres individuais não podem ter sua conduta apreciada de maneira justa se forem iguados no geral.

Essa dedução não é verdadeira. É certo que os valores fundamentais – tais como: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e outros inscritos na Constituição – não podem ser prévia e matematicamente definidos em todas as suas circunstâncias, mas não é menos verdadeiro que utilizar uma fórmula genérica para conceituá-los, a fim de garantir sua universalidade, para deixar sua vasta gama de circunstâncias relevantes a critério dos tribunais, não proporciona maior grau de certeza, tendo em vista que nem todas as relações jurídicas chegam aos tribunais e a perplexidade aumenta se não se tem uma pauta de conceito capaz de orientar as condutas.

³⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 399.

No Brasil, infelizmente, os tribunais não dão conta de realizar, em tempo razoável (preocupação que levou a EC 45/2004 a celeridade como direito fundamental) a aplicação do caso, ficando os lesados sob o jugo do lesantes. A consciência popular dita que é melhor evitar qualquer conflito, abrindo-se mão do direito, tendo em vista as danosas conseqüências que a espera de uma solução poderia trazer. É comum, inclusive, argumentar em mesas de audiência, que o acordo é a solução mais razoável, embora injusta, quando comparada à espera da solução.

Conceituar é conhecer a partir de categorias próprias da razão do sujeito que lança sobre o objeto a intenção de apreendê-lo. Assim, conceito está intimamente relacionado ao sujeito. Conceito jurídico diz das possibilidades de apreensão da liberdade pelo direito, ou melhor, o que se deve entender por liberdade quando ela está contida numa norma jurídica, a fim de garantir-lhe efeito prático. Não se pode negar que a norma jurídica aspira à observância e não apenas à validade.

A liberdade que subjaz a toda conduta humana é a matéria-prima do direito. Enquanto pressuposição racional, decorrente da isenção de submissão às leis da natureza, ou seja, como dedução da racionalidade, a liberdade justifica o direito e a moral, mas não é suficiente para a dedução de que todo o comportamento com fundamento na liberdade é jurídico, posto que, para isso, há que lhe acrescentar as categorias do direito. Mas a norma jurídica, expressão deôntica que se triparte em ordem, proibição e permissão, que mira a conduta humana, regulando-a, pode ter a liberdade como fundamento? Ou qualquer proposição prescritiva, que tenha por fim influenciar coativamente o comportamento não é compatível com a liberdade? Esse é um aspecto da liberdade que é facilmente superado com o argumento de que o direito é a convivência de liberdades, ou seja, de que para que a convivência seja possível é necessário impor limites à liberdade. Essa resposta atende ao conteúdo teleológico da convivência, mas quanto ao aspecto ontológico do homem, devemos nos perguntar o que significa declarar as liberdades como direito fundamental? Qual o significado dessa previsão constitucional atualmente inserida na primeira geração de direitos? Se se admite que o homem é livre porque assim ele se organiza através de leis, ou seja, que, se ele vivesse regido pelas leis da natureza, não haveria necessidade de normas jurídicas.

Disso, depreende-se que a liberdade subjaz a toda construção jurídica e, portanto, que a ordem constitucional deve, necessariamente, declarar o homem como ser livre, mas isso é diferente de assegurar-lhe liberdades inseridas em normas que prevejam diversas formas de manifestação dela, porque daí se deve abstrair o agir pura e simplesmente, que está limitado pela convivência, para entender o que significa ser livre para a prática de atos que digam respeito à intimidade, à privacidade, à propriedade, à celebração de contratos, etc. Naturalmente significa, como resultado da modernidade, que aquilo que concerne à esfera privada não pode o Estado ou a sociedade interferir.

Mas o que significa esfera privada juridicamente protegida? Não faria sentido pensar-se em mundo jurídico sem supor-se a coexistência. Assim, a declaração de liberdades, com suas respectivas áreas de manifestação, enquanto direitos fundamentais, deve ter em mira o que se entende por liberdade, principalmente porque ela está prevista em forma de princípio, dificultando sobremaneira a orientação dos cidadãos, porque não se pode regular a conduta humana somente através de decisões judiciais. Uma sociedade que espera decisão judicial para pautar seu comportamento corre o risco de ficar sem orientação, pois aos Tribunais cabe a função de dizer o direito em caso de conflito e o direito não se realiza somente através dele, pois as normas jurídicas não servem apenas para orientar o juiz, mas também o cidadão.

Essa dificuldade de dizer como a liberdade se comunica com o direito, ou melhor, como é possível uma convivência real de liberdades é resultado da fragmentação do conceito de liberdade, dicotomia criada para justificar a presença de liberdade tanto no liberalismo quanto na democracia. Fundando-se na separação entre querer e agir e equivalendo a sua positivação, ou seja, a sua declaração enquanto direito ao conteúdo expresso no agir sem impedimento, cria-se uma verdadeira fissura entre direito e liberdade, levando-se, inclusive a uma incompreensão dela que gera efeitos sobre as demais gerações de direitos fundamentais. De forma que se a liberdade constitucionalmente garantida é um agir desimpedido, os direitos sociais são restrições a ela.

A modernidade ofereceu uma saída contemplatória para liberdade enquanto escolhas (democracia) e liberdade enquanto agir (direitos fundamentais de primeira geração). Assim o indivíduo é livre quando está num regime liberal e também no democrático, ainda que eles não convivam. Ser livre, segundo essa concepção, não é escolher, mas agir sem impedimentos, porque a primeira é verificada através de um regime político que diz como se organiza e quem exerce o poder, e a outra quer firmar uma esfera em que ninguém pode se imiscuir. Ambas são liberdades, mas não convivem necessariamente, pelo menos é o que demonstra a história. Com isso, não se enfrenta a liberdade enquanto evidência, mas apenas deixa ressaltada a noção mecanicista de que livre é aquele que age sem interferência.

Enquanto não surgiram as demais gerações de direitos a equivocidade conceitual não se evidenciou. Mas, após elas, bem como depois da concepção do direito constitucional como sistema aberto de regras e princípios, primando pela exacerbação do elemento valorativo (não sem justificção racional) baseado em circunstâncias, urge que seja resgatada a importância do conceito (numa dimensão distinta daquela propugnada pela Jurisprudência dos conceitos), com vistas a delimitar o conteúdo da liberdade, atendo-se às categorias do direito como ciência referida a valores que busca o ideal de justiça.

Numa época em que houve tanta distinção entre fato e valor, teoria e prática, razão e intuição, em que se negou cientificidade a tudo que não estivesse dominado, evidencia-se a opacidade de suas conclusões, exigindo-se a inclusão do elemento eficácia como pressuposto de validade e o conseqüente desmascaramento da posição assentada na suficiência verdade no pensar-se um objeto redondo, erigindo-se, no que toca à liberdade, doutrinas sociais denunciadoras da falácia da razão sobre a experiência assentada na história.

O Estado Social reclama os direitos à prestação ou os direitos de crédito, fundando sua doutrina na responsabilidade solidária dos agentes que promovem o bem, pois ele, para ser comum, há que ser também social. A investida liberal não deixou “barato”, fazendo ver que sem uma certa espontaneidade individual e econômica não se viabiliza a existência. Eis que exsurge um novo liberalismo, marcado por uma

ética que propugna a igualdade de pontos de partida, como determinação de um novo equilíbrio, no qual nem a harmonia escolástica, nem a equalização racional refletem a real incompletude, pluralidade e diferenças humanas, particularidades essas que exigem da ciência pressupostos de validade que subsumam os valores ao juízo de correção racional.

Numa sociedade plural, marcada pelo conflito de diversidades, deve-se adotar um método eficaz de superação dos conflitos entre direitos fundamentais. Interessa especificamente, neste trabalho, aquelas controvérsias que envolvem direitos individuais e também as que se processam entre eles e os de outras gerações, que aqui consideramos relevantes apenas a segunda e terceira. A metódica de solução atualmente difundida, inspirada na máxima da proporcionalidade, muitas vezes, apenas demonstra que um princípio sempre precede ao outro, porque as circunstâncias apresentadas não são contingências, mas o conteúdo do outro princípio que não é suficientemente forte para prevalecer sobre o preferido. O exemplo dado por Alexy³⁴⁴ a respeito da colisão entre os princípios da vida e da oralidade processual bem o demonstra. Cita o renomado autor o caso em que a realização de audiência em que o réu estava citado para depor apresentava riscos para a sua vida. Aplicando-se-lhe a lei da colisão, segundo a qual determinadas condições de precedência geram as conseqüências jurídicas ditada pelo princípio preferido condicionalmente (C = R) em que C é a circunstância e R a conseqüência jurídica, aponta Alexy como fator contingencial determinante o risco que a audiência oferece à vida do réu. Ora, não se trata aqui de qualquer circunstância, mas apenas de bem protegido pelo princípio, de forma que a audiência não é suficientemente forte para se impor caso ela ofereça risco à vida do querelado.

Que tem isso de circunstância? Nada. A regra de colisão oferecida por Alexy não passa do princípio de proteção à vida em sua prevalência e eficácia, sem qualquer ponderação, quando o princípio com o qual entra em contradição é do tipo oralidade processual. De forma que o autor estabeleceu uma regra absoluta e não contingencial. Assim, ele denomina P1 o princípio à vida e à integridade física e de

³⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 93.

P2 a aplicação do direito penal, apontando como soluções possíveis, por força da precedência (P) condicionada (C), as seguintes proposições: (P1 P P2)C ou (P2 P P1)C. Na primeira hipótese, o princípio da vida e da dignidade humana precede ao princípio de aplicação do direito penal sob determinadas condições e, na segunda, o princípio da oralidade precede ao da vida e da dignidade sob determinadas condições. Em sua argumentação, apresenta o fundamento do que foi por nós concluído, conforme se verifica de suas palavras:

A condição de precedência de P1 (ou seja, do princípio estabelecido no artigo 2, parágrafo 2 frase 1 LF) obtém sua formulação mais geral na frase: "Se existe perigo concreto, manifesto, que o acusado em caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca sua vida o experimente graves danos à sua saúde, então, a continuação do processo o lesa em seu direito fundamental do artigo 2, parágrafo 2 frase 1 LF".

Não se sustenta aqui a irrelevância do método da ponderação, mas apenas a sua pretensão de absolutismo quando se manifesta pela inexistência de prevalência incondicional. Há casos de incondicionalidade e isso não torna o princípio absoluto, mas apenas o deixa fora da ponderação quando está em conflito com outro de grau inferior. Embora se negue, a solução acima não tratou de ponderação, mas da aplicação de supremacia incondicionada. A condicionalidade ou não vai depender do princípio cuja aplicação prática leva à contrariedade de um outro. É o princípio contraditado que não apresenta relevância quando em colisão com a dignidade e a vida.

Em outras situações, como aquela que se refere aos princípios absolutos e que refuta essa possibilidade admitindo a ponderação inclusive de interesses quando se está em discussão a dignidade humana. Sustentando a expressão definitiva de que são dotadas as regras, argumenta Alexy³⁴⁵ que a dignidade humana está disposta na Lei Fundamental da Alemanha nessa condição em virtude da sua precedência quando a norma é relevante.

Parece haver discrepância entre este critério com aquele sustentado por ele para distinguir regras de princípios, porquanto não se trata da determinação definitiva,

³⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 107.

mas sim de que se aceita esse valor como definitivo, o que, sob esse ponto de vista, o seu caráter *prima facie* de possibilidade de aplicação de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, pois não passa de uma valoração de precedência. Outro aspecto relevante é que os exemplos citados em que procura demonstrar a ponderação levada a efeito na qual o princípio da dignidade humana tem menor peso é resultado do que se entende por dignidade humana, ou seja, o Tribunal define, a partir do caso concreto, se nele se trata de lesão ou não à dignidade. É indiscutível que essa metódica é conceitual e não ponderacional, porque, a partir da definição de que o caso concreto não se enquadra em dignidade se decide dar prevalência ao princípio que se encontra em colisão com ele. Não se poria, então, por dedução lógica, a dignidade na balança da proporção caso ela estivesse em cheque. Essa é a conclusão a que se chega de sua explanação.

Cumprido salientar que nem tudo pode ser solucionado pela ponderação, porque na verdade existem princípios que precedem sempre a outros ou situações não adequadas à definição do princípio (e isso, muitas vezes, somente pode ser visualizado no caso concreto, mas deve-se ter o ponto de partida conceitual). Existe uma pré-concepção do conteúdo do princípio que dado pela dimensão analítica da dogmática em integração com a experiência. A partir dela, os Tribunais se posicionam, buscando a melhor solução para o caso particular, mas a sua atuação, sob pena de relativização e de falta de possibilidade de controle de justificação racional, parte de uma concepção normalmente aceita e que é dada pela dimensão analítica.

A equação proposta como lei da colisão tendente à solução através da ponderação de bens ou interesses bem demonstra que um princípio deve preceder a outro sob determinadas circunstâncias. Daí se deduzir que, embora os elementos integrantes da definição do bem devam ser conhecidos, esse critério não é o núcleo ou a essência da ponderação, uma vez que, na situação concreta, se busca definir ou enquadrá-la, não importam as condições de precedência, haja vista que enquadramento é pressuposto da ponderação, mas não se confunde com ela.

Alexy apresenta um caso em que se ponderou entre a dignidade da pessoa e a exclusão de proteção judicial por manutenção de segredos de Estado, apontando a

solução dada pelo Tribunal Constitucional que decidiu que não se lesava a dignidade humana a exclusão de proteção quando essa medida punha em risco a segurança do Estado e a ordem democrática. Nessa situação, releva mencionar que não houve ponderação, mas enquadramento na definição de dignidade. Em outro exemplo³⁴⁶, cita o caso da prisão perpétua na qual o Tribunal Constitucional decidiu que não fere o princípio da dignidade humana quando a execução da pena é necessária em virtude da periculosidade do detento. Está muito claro que nada se ponderou, apenas se disse que a situação fática não se enquadra na definição de dignidade da pessoa humana. Ainda que se mencione a circunstância da periculosidade como balizadora da detenção em situação de perpetuidade, não se diz, como deveria, que nessa situação o princípio da dignidade não prevalece, mas que não houve lesão à dignidade, ou seja, não trata o caso de tutela desse bem, já que a situação não oferece ofensa a ele.

Assim, não há colisão, consoante a proposição, pois ela pressupõe a situação fática em que a aplicação de um princípio afasta o outro, presumindo-se, portanto, que o bem buscado se enquadra em ambos os princípios, mas que, por razão de contradição, deve-se dar precedência a um deles.

É claro que a colisão somente existe quando a situação oferece as duas possibilidades claras de inclusão e que, por isso, há que se fazer uma opção racionalmente ponderada a fim de dar-se uma solução adequada, justa e racional. Um exemplo de colisão é a divulgação do filme do caso por ele citado em que um dos envolvidos num assassinato já havia cumprido pena e que a exibição traria dificuldades à sua ressocialização. Notório, então, que existem dois bens nitidamente colidentes: de um lado a liberdade de informação e de outro, a dignidade humana. Quando da solução o Tribunal, ofereceu as circunstâncias de precedência do princípio da dignidade humana que informaram a solução: falta de atualidade, repetição do filme; gravidade do crime e risco para a ressocialização. Em nenhum momento, diz-se que o caso não se enquadra na liberdade de informação, mas que essa deve ser restrita nesse caso.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 108.

Pela máxima da proporcionalidade, proposta por Alexy, se garante a viabilidade dos princípios como mandados de otimização relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Nos seus três graus de aplicação (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita), a máxima recorre às possibilidades fáticas nos dois primeiros e às jurídicas no terceiro, de forma que a ponderação tem lugar quando os meios para a consecução dos princípios cuja aplicação as partes postulam são necessários e adequados. Superada essa fase, passa-se à ponderação de bens, analisando-se as circunstâncias que devem dirigir a lei de colisão, procedimento que o autor chama de fundamentação jusfundamental³⁴⁷.

Nesse sentido, convém lembrar que os conflitos que se dão entre as liberdades carecem de um conceito dela e que sua especificidade (locomoção, expressão, etc) é que deve ser construída através da prática, pois somente ela oferece meios de concretização ou particularização. Os conflitos envolvendo as dimensões, que, em última análise, subjazem à discussão entre liberais e comunitaristas, tendem à apresentação do problema na ordem de precedência de valores (ou seja, de pesos diferentes) ou de meios distintos de consecução de fins idênticos (a justiça somente é possível através da igualdade de ponto de partida – liberais – ou nos resultados – comunitaristas).

A objeção apresentada por Alexy às decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é a de que mesclam as diversas teorias, sem guardar uma coerência, dificultando a orientação acerca dos direitos fundamentais e dos aspectos que devem ser levados em consideração para a solução do litígio. Sobre a crítica, deve-se observar que ela se restringe à atuação do Tribunal, ou seja, ela se resume à dimensão normativa da dogmática e não tanto à conceitual ou empírica, pois dirige sua crítica à interpretação que o Tribunal dá do direito válido inscrito na Constituição e, quanto a isso, não diverge. Não formula crítica também ao conceito, pois ele assume a abstração dele. Nisso reside a confusão. O Tribunal decide de forma equivocada e, muitas vezes, incoerente, visto que o conceito é abstrato e nele

³⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 115.

contém tudo, pois, se é verdade que ele confunde o cidadão, não é menos certo que o Tribunal também parte dele e nele se confunde.

De nada adianta criar métodos e teorias com vistas à aproximação da solução à particularidade dos casos se se parte de um conceito equivocado. Se o conceito está eivado de equívocos, a solução que se apresenta tomando-o como ponto de partida também será insatisfatória. O conceito abstrato abre amplas possibilidades de aplicação da legislação. Caso se pense na liberdade como resposta à opressão do Estado nos dias de hoje, chega-se a uma interpretação capenga. Na verdade, naquela época, a opressão pontual permitiu separar ação de escolhas, o que atualmente não é mais possível. Alexy oferece uma metódica que não pergunta acerca do segundo problema, ou seja, parte da igualdade de princípios e da possibilidade de ponderação de todos eles. Aqui interessa saber, sob a óptica da liberdade, em que um conceito jurídico menos abstrato poderia ser meio de solução de conflitos de direitos individuais ou entre dimensões.

Como dito antes, conceituar faz parte da metódica do compreender jurídico e, nesse sentido, nenhuma solução pode ser dada sem passar por essa etapa. Conceituar a liberdade sem lhe dar o conteúdo filosófico de autonomia ou de escolhas e de realização delas nas ações, ou seja, vê-la como ação desimpedida traz resultados diferentes na aplicação da solução de conflitos. Primeiro, porque ação desimpedida é formal e não questiona quais as escolhas possíveis (somente a partir dessa fixação é possível falar-se de impedimentos); segundo, não introduz um elemento importante que é a pertinência, de forma que as escolhas cabem aos destinatários da ação, conforme uma regra de pertinência que diz que no que concerne ao indivíduo somente ele pode escolher sua conduta (esfera privada) e que no que concerne à sociedade, ela estabelece as regras, de forma que os valores fundamentais, os quais representam os fins dela e que constituem as escolhas jurídico-políticas, jurídico-sociais e jurídico-econômicas devem ser determinados pela coletividade.

Esses elementos devem ser inseridos no conceito jurídico de liberdade (escolha, ação, pertinência e obstáculos ou impedimentos condicionados por valores) como

decorrência das categorias próprias do conhecer jurídico que são a humanidade (o homem se associa com vistas à sua preservação, à sua dignidade e a outros valores que são fixados por essa condição); a racionalidade que dita a possibilidade dele “dar-se leis” ou fazer escolhas; a exterioridade que faz do fenômeno jurídico algo voltado para a coexistência; e a normatividade que é condição de seus enunciados.

A partir dessas considerações, sugere-se a seguinte formulação conceitual na superação de conflitos:

- I. quando se estabelece um conflito entre duas liberdades, há que se investigar, nas particularidades, é claro que esse processo exige o conceituar não apenas da liberdade mas de sua específica destinação (locomoção, informação) e, a partir disso, resolver o que concerne a quem, dentro da limitação dos valores fundamentais e a partir da visualização dos efeitos e dos bens protegidos, como, por exemplo, se a ação de alguém no sentido de locomover-se interfere na privacidade de outrem (alguém que caminha na praia e pára no local onde uma família está reunida em torno de uma comemoração qualquer). A primeira pergunta que se deve fazer é se ambos se enquadram nos valores protegidos ditos de locomoção e privacidade. Superada essa etapa, se algum constitui impedimento à realização desses valores (é claro que o impedimento está associado a esse limite do protegido). Em seguida, se a dita locomoção (ir, vir e estacionar) concerne ao autor ou se ele está se inserindo numa liberdade alheia, ou vice-versa (se o gozo da privacidade familiar permite extensão até proibir-se que alguém pare num lugar público) e, finalmente, segundo algumas circunstâncias de precedência (particulares: se o intruso está sendo inconveniente, etc) qual o princípio que precede ao outro. Esse procedimento visa à ampliação da prática da ponderação além de suas possibilidades razoáveis.
- II. Havendo conflito entre direitos individuais e sociais, há que se buscar, não uma ordem de precedência, mas o que caracteriza a liberdade: as escolhas. Dentro dos limites da relevância jurídica, a liberdade diz respeito ao maior número de possibilidades de escolha, ou seja, na liberdade de exercício de profissão está

implícita um número de opções mais amplo possível e, nesse sentido, convém perguntar se a escolha foi livre ou impedida por algum fator de ordem econômica, por exemplo. Nisso consiste a superação do conceito mecanicista de liberdade que a realidade econômica dos trabalhadores exigiu superar, com a inserção de direitos sociais, os quais, antes de limitar a liberdade, realiza-a através de escolhas, que podem ser individuais (profissão) ou coletivas (saúde, previdência etc), a depender a quem concerne decidir e decidindo a coletividade em valorar os direitos sociais, eles se inserem no âmbito das escolhas políticas que qualificam a liberdade. Negar isso é negar a liberdade. Desta forma, dizer que os direitos sociais são condições de liberdade é ineludivelmente ter uma visão torta dela, uma vez que a miséria é impedimento à realização da liberdade.

Se os autores da convivência normada adotarem o compromisso de pautá-la no que a teoria científica indica como provável de realizar, inspirada na concretização dos valores humanos fundamentais, partindo-se, é claro dos princípios de que o homem é bom e que o Direito não se resume à força nem a prevalência dos interesses economicamente dominantes, chega-se à realização empírica do teoricamente previsto, Mas, se, ao contrário, adota-se como critério de validade o que ocorre, não importando os valores de humanidade e abrindo-se o leque para conclusões a respeito de uma natureza humana má e que a ciência deve tomá-la como pressuposto para elaboração de suas teorias e ideais de valoração, pode-se chegar à conexão fácil entre ser e dever ser.

É por acreditar no valor humanidade que a teoria, muitas vezes, não chega a se concretizar, principalmente quando se analisam as diferenças tremendas que existem na realidade econômico-social dos países de terceiro mundo e aqueles do “norte” como preferem alguns autores. O compromisso com a humanidade é a premissa básica do encontro entre ser e dever ser.

Por isso, retornando a Skinner, volta-se a afirmar que, se a prática não confirma a teoria, isso não a torna inválida, mas apenas se deve perguntar acerca da incompetência humana de tornar real o que é teoricamente comprovável e adequado ao homem, à sociedade, ao mundo, ao planeta, ao gênero. Não se descarta o

empírico na formulação dos juízos de valor, mas algumas inegabilidades (tal como a humanidade) constituem a categoria axiológico-apriorística do direito. A cultura é resultado do que o homem é e vive, todavia, nessa integração, o homem que vive é a constatação necessária e anterior ao que ele experimenta, que é contingente. O ser integra a categoria da necessidade enquanto que as experiências se inserem no mutável. Ser humano é necessário, portanto.

6.6 A LIBERDADE E A DEMOCRACIA: UMA SÍNTESE NECESSÁRIA

Elemento intrínseco da noção de liberdade é a autonomia ou o “dar-se leis”. No âmbito individual, vimos que “dar-se leis” somente é possível na esfera privada, tendo em vista que a matéria que nela se insere concerne apenas ao indivíduo, mas, para o direito, esse é um aspecto da liberdade, pois o outro diz respeito à autonomia coletiva. Para isso, devemos primeiro delimitar se o direito se resume a relações intersubjetivas ou se ele busca a convivência, entendendo-se esta como a transcendência do simples conflito de interesses entre dois seres individuais, deixando a condição de mero regulador de condutas para a construção de uma sociedade justa e solidária, tendente à realização dos valores culturalmente erigidos como fundamentais para a realização do homem como ser dotado de dignidade plena e capacidade de realização de sua personalidade. Não a liberdade como movimento, ou mesmo liberdade como participação política, mas aquela que diz respeito à superação das diferenças e ao afastamento dos impedimentos reais, percebendo-se esses como tudo o que obstrui a livre manifestação da personalidade.

Para além dos gregos e dos modernos, os homens sempre discutiram e é provável que tenham sempre em mente não apenas os fundamentos da liberdade, mas precipuamente, a concretização dela seja na esfera privada, seja na convivência coletiva. Locomover-se, expressar pensamentos de todas as formas possíveis, fazer escolhas desde a roupa que vestir ao sair para o trabalho até a profissão que irá abraçar, exercitar-se ou não, professar a religião que escolher, amar sem que ninguém imponha o sexo oposto, enfim, respirar o oxigênio que somente a

preservação da flora permite a sua renovação são movimentos, atitudes, opções que demonstram maior ou menor liberdade no viver. Eis o sentido da vida que o direito deve captar e transformá-lo em possibilidade concreta. Entender a liberdade exige, necessariamente a compreensão do maior número de escolhas de fins e de meios.

Pode-se dizer que a verdadeira liberdade enquanto direito fundamental está garantida num Estado em que os destinatários elaboram as leis às quais eles se submetem, ou seja, Estado de leis e Estado de participação, que é o Estado democrático de direito. Define-se pela máxima, de acordo com a qual o indivíduo deve obedecer às leis que ele se dá. Politicamente, essa liberdade se concretiza nas deliberações tendentes à fixação dos critérios de escolha de representantes do poder ou mesmo daqueles para o seu exercício. Em sua abordagem filosófica, contempla o sentido de poder fazer escolhas ou manifestar a vontade, de forma autônoma, sem que outra pessoa interfira nesse processo. É o querer do livre-arbítrio, é a própria soberania em sua versão liberal.

Nesse encontro, pode-se dizer aquelas escolhas que cabem ao indivíduo (esfera privada), ele é livre para fazê-las e nas demais que concernem à comunidade, ela promove sua própria vontade. Tudo isso sem olvidar que tanto numas quanto noutras, dotadas de racionalidade, deve-se volver os olhos para uma convivência baseada em valores compartilhados pela sociedade. Essa leitura do Estado democrático de direito não é levada em consideração quando se põem algumas situações em litígio que envolvem as gerações de direitos fundamentais.

Algo no percurso deste trabalho parece levar à democracia, mas esse desiderato não é por nós vislumbrado como conteúdo principal da investigação. Também não nos é estranho, uma vez que liberdade e democracia são interdependentes, em que pese as visões em contrário que insistem em falar de uma liberdade como não impedimento, aplicada independentemente do regime político, e outra positiva consistente na escolha, ou melhor na participação política. Participar e ser são duas expressões que se interconectam, pois não se pode conceber um ser humano ausente nas escolhas que perfazem toda a gama de manifestações humanas.

O máximo de liberdade se configura na democracia, pois somente nela se pode realizar o consentimento das leis às quais obedecemos. É claro que o conceito de democracia aqui tomado é o corrente, que a vincula naturalmente não somente a quem exerce o poder, mas também à sua forma de exercício, podendo-se resumir à participação no poder (atribuição e exercício). Nos limites desse estudo, importa como ela se realiza, mas apenas tematizá-la enquanto método de concretização da liberdade. A sua vinculação à maioria, ou seja, às diversas possibilidades de sua realização e à tendência à opressão do indivíduo como conseqüência da radicalização de suas propriedades, para desembocar em visão totalizante ou organicista do Estado, indo-se até a discussão acerca de se o todo sobrevive ao particular, enquanto fundamento de prevalência, não é objeto deste estudo.

Assim, por exemplo, se os concretizadores atuais da democracia justificam seus atos espúrios com a alegação de que perseguem o interesse do povo ou da maioria, se, por outro lado, a maioria manipulada decide contra seus próprios interesses, adotando medidas que violam a liberdade individual, ou ainda se a maioria, pondo em prática o império de sua cultura, resolve oprimir as minorias, o máximo que se pode concluir, através de um método empírico a respeito da validade da democracia como opressora das liberdades individuais é que naqueles exemplos pontuais esse fenômeno ocorreu, mas nunca, necessariamente, isso acontecerá. O empirismo leva a essa contradição lógica. Mas, ao contrário, caso se averigüe com métodos científicos válidos, pode-se buscar investigar se a vontade era da maioria, por exemplo, ou se a maioria é um bom critério quantitativo de decisão, mas o que se evidencia e jamais se pode olvidar é que, qualquer que seja o método de investigação, há que se perguntar a respeito dos valores perseguidos, pois quando se diz que a maioria oprime a minoria, parte-se de um juízo de valoração fundado na necessidade ou felicidade da minoria. Do mesmo passo, quando se diz que a maioria foi manipulada se faz um juízo de valor acerca de qual seria a decisão isenta de manipulação, ou mesmo acerca dos meios que levaram à conclusão de que a decisão foi manipulada. Isso demonstra a necessidade apriorística de fixação de pontos de partida comuns para se chegar às escolhas dos valores que nortearão a conduta.

Volvendo à liberdade, pode-se partir da autonomia nas escolhas das condutas esperadas pela coletividade (democracia) como condição da plenitude da liberdade em sua perspectiva comunitária. Mas essa dimensão relacional do homem é uma categoria das ciências sociais e, portanto, para que se realize a liberdade no direito é mister que se viva num regime democrático. É claro que a liberdade das escolhas tomadas coletivamente tem como pressuposto o amplo debate, em que todos os pontos de vista sejam levados em conta, mas essa perspectiva não é objeto do nosso trabalho, que se resume a elaborar uma doutrina científica de compatibilidade do direito com a liberdade a partir de suas categorias próprias, buscando demonstrar o equívoco da fragmentação do conceito. Já foi dito e comprovado que liberdade é a possibilidade de fazer escolhas, do “dar-se leis”. O número de opções faz parte da maior ou menor liberdade, que somente se realiza com o afastamento dos obstáculos, os quais, por sua vez, estão relacionados às escolhas possíveis.

A legalidade, enquanto expressão da liberdade em face da insegurança é a idéia mestra do Estado de direito, resultando do mesmo movimento liberal que inspirou o consitucionalismo e que consagrou a legalidade, a vinculação daquele princípio e desse movimento à declaração dos direitos fundamentais. De que estavam abrindo as portas para a democracia não se deram conta os liberais, embora tivessem inserido no discurso uma formal igualdade e uma conveniente soberania popular. Mas como o rumo dos acontecimentos históricos é imprevisível, resta o ensinamento de que as bandeiras têm mais de uma face.

Assim chega-se à insatisfação do Estado legal, passando-se pelo social como uma tentativa de negar-se, mais uma vez, a explosão da autonomia coletiva que, de resto, somente se realiza quando se dá as próprias leis, ou pelo menos quando acredita nisso. Não basta dizer que o homem é livre, porque não está sujeito às leis da natureza e que, na esfera particular, ele deve fazer as escolhas individualmente, chamando falaciosamente isso de liberdade de agir ou de liberdade negativa, na qual o Estado ou a sociedade nada impõe. Na esfera privada, cabe ao indivíduo o “dar-se leis” que decorre da liberdade individual, já que essas decisões, que devem ser autônomas, concernem ao destinatário e nada mais que isso. O que concerne à coletividade fica a cargo dela e quando ela faz as escolhas realiza a liberdade. Essa

é a regra. Numa democracia, importa não somente quem faz as escolhas, em termos quantitativos, mas, principalmente, em se optando por uma democracia representativa, a distribuição, os limites e a forma como se exerce o poder. As liberdades civis não se inserem no momento apenas da limitação do poder, mas na distribuição do poder, ou seja, das decisões, porquanto distribuir poder é dar segundo competência e, estendendo-se essa noção para o exercício da liberdade, é dar segundo pertinência, de forma que compete ao destinatário a escolha do que concerne a ele. Assim, cabe à comunidade decidir o que concerne a ela e ao indivíduo o que lhe concerne. Diante do exposto, o discurso tendente a sustentar que a democracia oprime as liberdades individuais não se comprova pelos motivos que elencamos.

Grande parte dos juristas³⁴⁸ aponta uma necessária vinculatividade entre direitos fundamentais, Estado Constitucional de Direito e democracia,³⁴⁹ apresentando as noções de limitação do poder e liberdades, de expressões do Estado de lei e de conteúdo dos direitos humanos, como condições da democracia, cuja realização não é possível sem liberdades políticas e igualdade nas oportunidades. A validade do argumento reside num ponto de partida que, muitas vezes, é olvidado: na autonomia característica da liberdade e da democracia e, quando ingressa como conteúdo de norma, do Estado de direito. Autonomia individual é a liberdade em sua feição particularizada e condizente apenas com o indivíduo. A coletiva se expressa através da democracia.

Com efeito, a democracia constitucional é a positivação das escolhas coletivas, mediante princípios e valores consensualmente reconhecidos com fundamento na humanidade de determinada comunidade historicamente situada. Desta afirmativa, deduz-se a concepção objetivo-axiológica dos direitos fundamentais, os quais, em última análise, são os referenciais necessários para a definição do âmbito em que se realiza a liberdade juridicamente considerada.

³⁴⁸ Pode-se citar SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 67; CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999, p. 53; LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19), dentre outros.

³⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, defende a interdependência entre paz, direitos humanos e democracia.

Canotilho³⁵⁰ nos ensina que o elemento democrático não foi inserido na Constituição apenas para limitar o poder, função do Estado de direito, mas atende à necessidade de legitimação do poder. A legitimação do poder político, ancorada na soberania popular, a qual representa a autonomia coletiva, tem lugar na liberdade. O povo é soberano, porque o indivíduo é soberano e tem capacidade de se “dar as leis” que determinam a sua conduta. A pessoa é livre quando é autônoma para escolher e seguir as leis que determinam sua conduta. A comunidade é livre quando elabora as leis que dirigem a sua conduta coletiva. A soberania popular que justifica o poder não é outra coisa senão a liberdade. Um povo livre há que se organizar mediante o regime democrático.

³⁵⁰ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 100.

7 CONCLUSÃO

Com a finalidade de pôr um ponto nesta discussão, convém fazermos algumas considerações dos assuntos veiculados no decorrer deste texto.

A construção fragmentária do conceito de liberdade em sua dicotômica acepção negativa e positiva responde a um problema de disputa entre filosofia e política quanto ao ser da liberdade, em que a primeira corresponde aos ideais de liberdade liberal e a segunda aos ideais de liberdade democrática. Na verdade, nem a liberdade negativa corresponde à liberdade dos modernos, nem a positiva à liberdade dos antigos, pois a discussão entre uns e outros diz respeito à existência ou não de uma esfera privada em que cabe ao indivíduo decidir.

O quem decide, propugnado por Berlin, como liberdade positiva, antes de representar a liberdade dos antigos, está no cerne da disputa, porque os interesses particulares foram visualizados pelos liberais de maneira clara, percepção que a experiência histórica não permitiu aos Antigos. A área de atuação na qual está circunscrita essa esfera privada, no entanto, que é a temática da liberdade negativa sustentada por Berlin, é objeto de discussão entre liberais e comunitaristas, de vez que os primeiros querem ampliá-la ao máximo e os segundos desejam restringi-la em prol dos interesses da comunidade.

A inviabilidade de convivência entre liberalismo e democracia, denunciada pela experiência política, não autoriza à construção de dois conceitos de liberdade que podem apresentar incompatibilidades. Além do mais, o cerne da problemática é sempre o mesmo, ou seja, busca-se responder a quem cabe decidir, mas, na primeira polêmica, as esferas privada e coletiva estão bem delimitadas e, na segunda, não, já que a área que concerne a cada um depende dos valores compartilhados numa dada sociedade.

A fragmentação do conceito de liberdade em negativa e positiva não trouxe maiores problemas na positivação da liberdade, haja vista que o método de conhecimento, de aplicação e de solução dos conflitos, adotado pela dogmática jurídica, no

momento das declarações de direitos, primava pelo racionalismo jusnaturalista que informou a concepção de que o homem tem direitos naturais, inalienáveis e inerentes à sua condição humana dos quais não pode ser despojada a doutrina que propugnava pela adoção de método de verificação de validade dos postulados das ciências sociais, idêntico ao das ciências da natureza, ou seja, que condicionava a cientificidade à certeza e à universalidade que somente poderiam ser dadas pela razão, afastando-se os elementos empíricos.

Essa certeza foi depois buscada pela Jurisprudência dos Conceitos, agora sob orientação Escola Histórica de Savigny, que defendia a inclusão dos fatos da vida humana em conceitos abstratos e formais, com um grau de generalidade suficiente para contemplar de uma maneira universal todas as possibilidades de conduta. Assim, à dogmática jurídica não representou nenhuma opacidade ao conceito mecânico de liberdade trazido pelos modernos. Ao contrário, livre era o indivíduo que agia sem impedimento, sem a opressão do Absolutismo, sem interferência do Estado em sua vida privada, em seus negócios e em sua capacidade de produção, de trabalho, iniciativas etc. Nesta perspectiva, as escolhas foram inseridas num conceito positivo e político de liberdade, que nada tem a ver com a vida privada que subjaz às liberdades civis, sem que se indagasse como uma pessoa dotada de racionalidade poderia agir sem decidir.

A Revolução Francesa, sob a óptica do iluminismo, tinha mais de um pilar (liberdade, igualdade e fraternidade) e a ênfase maior a um ou outro resultou do jogo das forças políticas, econômicas e sociais, de forma que o realce à esfera privada criou irreduzibilidades com decisões, como se as escolhas coubessem a alguns e a ação, dentro desses limites que não atrapalham os interesses, desses poucos fosse amplamente permitida.

Desta forma, a liberdade negativa, que informa os direitos públicos fundamentais civis, estabelece que a pessoa é livre para usar *piercing* ou praticar qualquer ato na esfera privada que implique consumo e massificação e quanto a isso ninguém pode opor resistência, mas não se pode estender essa liberdade à escolha, pois somente a ação é permitida.

A questão é metodológica, pois deve, antes, passar pelo crivo da discussão acerca do ser da liberdade, que é filosófica e do conhecer do direito. O direito conhece, através de seus conceitos fundamentais, que, conforme dito, não tem que ser formais, tais como os seguintes: direito subjetivo, lícito, etc, mas são sobretudo as condições de possibilidade material e formal de conhecimento pelo direito de sua realidade. O ser da coisa direito, que é o seu conceito pertence também à filosofia e que indica o seu objeto de investigação será aqui analisado. Aí já se fixa seu conteúdo formal ou material, ou seja, se ele mira formas ou condutas, normas ou atividades humanas, posição que informará o método de conhecimento do seu objeto. Não se podem solucionar conflitos que envolvem valores fundamentais sem se perguntar de onde advém a certeza dos seus que constituem meios de concretização deles.

O conceito filosófico de liberdade, que pretende solucionar o impasse filosófico-político, não resolve os conflitos que se põem no nível dos direitos fundamentais, tanto quando a liberdade conflita com outra liberdade, quanto quando ela conflita com direitos de segunda e terceira gerações. Assim, para além do conceito que a filosofia oferece genuinamente à liberdade, que serve de fundamento do próprio direito, a dogmática, na aplicação de seus postulados, necessita de uma metódica de solução para os conflitos que se estabelecem entre os direitos fundamentais e que deve necessariamente passar pela construção de um conceito jurídico de liberdade, porque qualquer método de solução apresentado tem como ponto de partida os conceitos e os de chegada os dogmas ou valores, que são interpretados conforme o seu conteúdo que é dado pelo conceito.

A existência humana é o pressuposto de toda e qualquer ciência. Ao direito cabe regular a convivência, tendo como condição e existência de mais de uma pessoa. O homem se expressa através de atos aos quais subjazem escolhas destinadas a consecução de fins. A conduta humana revela, portanto, escolha que fixa fim. Pode-se dizer que o direito tem por objeto o fenômeno jurídico, que é o fato de relevância tal para a convivência que necessite ser regulado. Fatos e atos (condutas) jurídicos constituem o material que compõe o fenômeno. Os atos jurídicos, como atos da vida humana, importam também em escolhas. Cuida o direito para que o número de

restrições seja o menor possível no âmbito das escolhas. Para tanto, firma os valores fundamentais sobre os quais se assenta a convivência. Na consecução dos fins legitimados pelos valores fundamentais que informam a convivência, cabe ao direito garantir uma razoável amplitude de opções, afastando os obstáculos que se interpõem à realização da liberdade. Os obstáculos são de ordens diversas e, de acordo com a sua relevância ou segundo a possibilidade de interferência, são objeto de regulamentação jurídica.

Quando uma pessoa segue a religião da família, suspeita-se que a variedade de opções não foi tão grande, podendo-se deduzir que sua escolha não foi tão livre. Quando se fala de educação, pode-se dizer que o aluno é menos livre quando se lhe oculta algumas correntes do pensamento as quais poderiam fazê-lo ver a realidade de outra forma. Tais comentários servem para se constatar duas coisas: a primeira que nenhuma escolha é precedida de um número total, mas apenas possível de opções; e a segunda que, se assim não fosse, regressaríamos ao infinito sem qualquer ponto de partida e as decisões das quais se ocupam as escolhas exigem pontos de partida que são, em última análise, os limites da liberdade.

A Constituição de 1988, assim como tantas outras do ocidente consagraram a dicotomia e aceitaram a possibilidade de fragmentação do conceito, pois inseriu, no jurídico, de maneira distinta, a liberdade política e a liberdade da vida privada ou filosófica. A questão é saber se essa fragmentação trouxe dificuldades para a aplicação da liberdade como direito fundamental. É claro que sim, porque, quando ele foi construído juridicamente, pairavam os ares do jusnaturalismo racionalista que posteriormente desembocou na jurisprudência dos conceitos e que aceitou conceitos abstratos para ela, sem consideração do ser no mundo e dos valores. Enquanto os direitos fundamentais eram apenas os de liberdade, a equação matemático-jurídica que ser livre era não sofrer impedimento foi satisfatória até mesmo para a fixação de um fundamento jusnaturalista de que as liberdades eram apreendidas pela razão e se antepunham ao Estado.

Com a superação do Estado liberal, em que novos carecimentos surgiram e exigiram a consagração de direitos fundamentais sociais, a polêmica se instaurou de forma a

encarar-se, por fim, uma redução de liberdades e a convicção de que os direitos fundamentais são históricos ganhou força, pois não havia como se opor à evidência de que os sociais reduzem os individuais. A questão conceitual se impôs, mas já não se refletiu quanto a ela sob a perspectiva da inclusão de aspectos materiais sujeitos à correção ou à verdade.

Aceita-se que a verdade material seja discutida racionalmente nos tribunais, mas não nos conceitos porque se acredita que conceituar é abstrair de todo conteúdo, que é, em se tratando de ciências sociais, sujeito a variações subjetivas. Confunde-se, pois, concretizar com materializar. O conceito não tem que ser formal, apenas genérico, que sirva a todos sem concretizar as situações individuais (que devem ser resolvidas nos tribunais pelos métodos de concretização), porque os valores que o compõem estão sujeitos à justificação material, diferente das ciências da natureza, em que a posição avaliativa se impõe, guardadas algumas descobertas físicas que também discutem esse critério de verdade. Em se tratando de pessoas que não se repetem e de atitudes que não estão vinculadas a qualquer necessidade, o método de certeza há que ser diferente ou se nega qualquer laivo de cientificidade às práticas humanas sujeitas à normação.

Nesse sentido, convém lembrar que os conflitos que se dão entre as liberdades carecem de um conceito dela, bem como de sua especificidade (locomoção, expressão, etc é que deve ser construído através da prática, pois somente ela oferece meios de concretização ou particularização). Os conflitos envolvendo as dimensões, que, em última análise, subjazem à discussão entre liberais e comunitaristas, tendem à apresentação do problema na ordem de precedência de valores (ou seja, de pesos diferentes) ou de meios distintos de consecução de fins idênticos (a justiça somente é possível através da igualdade de ponto de partida – liberais – ou nos resultados – comunitaristas).

Alexy oferece uma metódica que não pergunta acerca do segundo problema, ou seja, parte da igualdade de princípios e da possibilidade de ponderação de todos eles. Aqui interessa saber, sob a óptica da liberdade, em que um conceito jurídico

menos abstrato poderia ser meio de solução de conflitos de direitos individuais ou entre dimensões.

Conceituar faz parte da metódica do compreender jurídico e, nesse sentido, nenhuma solução pode ser dada sem passar por essa etapa. Conceituar a liberdade sem lhe dar o conteúdo filosófico de autonomia ou de escolhas e de realização delas nas ações, ou seja, vê-la como ação desimpedida traz resultados diferentes na aplicação da solução de conflitos. Primeiro, porque ação desimpedida é formal e não questiona quais as escolhas possíveis (somente a partir dessa fixação é possível falar-se de impedimentos); segundo, não introduz um elemento importante que é a pertinência, de forma que as escolhas cabem aos destinatários da ação, conforme uma regra de pertinência que diz que, no que concerne ao indivíduo, somente ele pode escolher sua conduta (esfera privada) e que, no que concerne à sociedade, ela estabelece as regras, de forma que os valores fundamentais, os quais representam os fins dela e que constituem as escolhas jurídico-políticas, jurídico-sociais e jurídico-econômicas devem ser determinados pela coletividade.

Assim, para uma correta formulação de um conceito jurídico de liberdade, há que se inserir em seu núcleo os seguintes elementos: escolha, ação, pertinência e obstáculos/impedimentos (mediante consideração valorativa) como decorrência das categorias próprias do conhecer jurídico que são a humanidade (o homem se associa com vistas à sua preservação, à sua dignidade e a outros valores que são fixados por esta condição); referência a valores, de vez que o homem, quando escolhe, valora e como o conceito de liberdade está associado ao afastamento de obstáculos e impedimentos, a identificação deles passa por uma consideração valorativa; razoabilidade, que leva à ponderação dos juízos de valoração tendentes à realização das escolhas coletivas; racionalidade que dita a possibilidade dele dar-se leis ou fazer escolhas; exterioridade, que faz do fenômeno jurídico algo voltado para a coexistência; e a normatividade que é condição de seus enunciados.

8 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. 280 p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 608 p.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, S.A., 2004. 211 p.

_____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 115 p.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. 198 p.

APEL, Karl Otto. **Estudios éticos**. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1999. 223 p.

ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade**. Coimbra: Almedina, 2001. 1494 p.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. 350 p.

_____. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 352 p.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 347 p.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: rev. atual. e ampl. Saraiva, 2003. 379 p.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução de Wamberto

Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981. 205 p.

BERNARDES, Júlio. **Hobbes & a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. 78p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184 p

_____. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. 96 p.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003. 192 p.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990. 163 p.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 222 p.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 240 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 231 p.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2004. 806 p.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1997. 1504 p.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1999. 81 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 2000. 546 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 813 p.

CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. 225 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 295 p.

CONSTANT, Benjamin. **Sobre el espíritu de conquista**: sobre la libertad en los antiguos y en los modernos. Tradução de Marcial Antonio López e M. Magdalena Truyol Wintrich. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. 94 p.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Tradução de Daniel E. Herrendorf. Buenos Aires: Depalma, 1987. 223 p.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. 432 p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2000. 246 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2003. 284 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

DESCARTES, René. **O discurso sobre o método**. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Bauru: Edipro, 1996. 70 p.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 393 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 420 p.

FABRIZ, Dauri César. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 248 p.

_____. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003. 398 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002. 286 p.

_____. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 189 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Liberdades públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978. 537 p.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. 188 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989. 314 p.

GARCIA, Elio A. Gallego. **Fundamentos para una teoría del derecho**. Madrid: Dykinson, 2003. 173 p.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. 288p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 526 p.

_____. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 376 p.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**: de John Locke a Robert Nozick. Tradução de Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000. 180 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. 253 p.

GUITIÁN, Elena García. **El pensamiento político de Isaiah Berlin**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales. 2001. 253 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 232 p.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. 240 p.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991. 34 p.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Tradução de Manuel Entenza. Granada: ed. Comares, 1999. 98 p.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de Los Ríos

Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000. 790 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 421 p.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 141 p.

_____. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. 336 p.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. 182 p.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. 656 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 378 p.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980. 148 p.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das letras, 1988. 406 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 730 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 38 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**. São Paulo: LTR, 2001. 248 p.

_____. **Diretos metaindividuais**. São Paulo: LTR, 2004. 255 p.

LEITE, Flamarion Tavares. **O conceito de direito em Kant:** na metafísica dos costumes – primeira parte. São Paulo: Ícone, 1996. 93 p.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei.** Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 301 p.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância:** segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Alex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 350 p.

LUIGI, Ferrajoli, **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta S.A., 2001. 391 p.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. **Los derechos fundamentales.** 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984. 233 p.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 17. ed. São Paulo: Editora brasiliense, 2003. 91 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 246 p.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo.** 4. ed. México: Distribuciones Fontamara, S. A., 2002. 178 p.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. 720 p.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 273 p.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade.** Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. 158 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. V. 4. 564 p.

MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Editora Gráfica Ltda, 2003. 297 p.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis II**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 561 p.

NOGUEIRA, Alberto. **Liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 468 p.

_____. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 521p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 587 p.

PAINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Tradução de Jaime A Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989. 203 p.

PLATÃO. **Diálogos**: o Banquete – Fédon – Sofista – Político. Tradução de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1972. 270 p.

PRADO JÚNIOR, Caio. **O que é liberdade**: capitalismo x socialismo. São Paulo: Brasiliense, 1999. 62 p.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ed. Ática, 2000. 430 p.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martis Fontes, 2000. 283 p.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado editor, 1979. 430 p.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 350 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ensaio sobre a origem das línguas. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. 1336 p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Trad. 6. ed. italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, Vol.1. 576 p.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004. 221 p.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. 372 p.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.82, p.15-70, jan.1996

_____. Prefácio. In: GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ, Vázquez Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. 302 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989. 176 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 453 p.

_____. Os direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista diálogo Jurídico**, Salvador, n.1, ano I, n. 1, abril 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris Ltda, 2002. 220 p.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza editorial S.A., 1982. 377 p.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970. 717 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 80 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. 756 p.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: TORRES, Roberto Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.197-242.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1999. 116 p.

_____. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: 1996. 724p.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. 362 p.

SOUZA, Paulo Clinger de. **A dialética da liberdade em Locke**. Londrina: Editora UEL, 2003. 150 p.

TEIXEIRA, J. Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 786 p.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 562 p.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Curi. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. 533 p.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Derecho y filosofía**. 3. ed. México: Distribuciones

Fontamara S.A., 1999. 216 p.

VANCOURT, Raymond. **Kant**. Tradução de António Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2000. 106 p.

VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofia del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VILANOVA, José M. **El concepto de derecho: estudios iuspositivistas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1993. 193 p.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 1999. 91 p.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 464 p.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999. 148 p.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart. Mill, Marx**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1999. V. 2. 278 p.

_____. **Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002. V.1. 287 p.

WINTTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Ed. Nova Cultura Ltda, 1996. 207 p.