XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

T314
TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho, Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-991-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Teorias da democracia. 3. Direitos políticos. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

O XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU, realizado na Universidad de La República Uruguay, entre os dias 18 a 20 de setembro de 2024, apresentou como temática central “Estado de Derecho, Investigación Jurídica e Innovación”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que ocorreram na cidade de Montevidéu-Uruguai.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho “TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I”, realizado no dia 19 de setembro de 2024, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem, com temas que reforçam a diversidade cultural e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo da participação de mulheres na vida pública, democracia na América Latina, movimentos sociais e processo eleitoral, bem como a discussão a respeito do constitucionalismo Latino-Americano.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

José Filomeno de Moraes Filho

Yuri Nathan da Costa Lannes - Faculdade de Direito de Franca

O DIREITO DE LIBERDADE, UMA FICÇÃO JURÍDICA

THE RIGHT TO FREEDOM, A LEGAL FICTION

Rita de Cássia Pinho de Carvalho [1]
Bertoldo Klinger Barros Rêgo Neto

Resumo

Este artigo tem como objetivo verificar se o direito de liberdade é efetivamente um direito fundamental e inalienável do cidadão, haja vista as restrições e garantias impostas pelo Estado de Direito, objetivando a ordem social. Ao longo do texto são discutidas questões como: que é a liberdade? Ser livre é poder fazer tudo o que se quer? Pode o homem ser livre dentro das relações sociais? A liberdade do homem tão cultuada pelo Direito é realmente a verdadeira liberdade? O direito de liberdade pode ser oponível? É ele um direito inalienável e restituível? Os procedimentos metodológicos adotados envolveram a pesquisa bibliográfica e o emprego do método hipotético-dedutivo. Os dados foram coletados da doutrina, pensamentos, leis e jurisprudências. Concluiu-se que o direito limita a liberdade para a garantia do convívio social; desse modo, a liberdade cultuada pelo direito é uma fantasia jurídica necessária, criada pelo homem como uma espécie de realidade, pois o homem somente pode ser realmente livre quando sonha, porque no sonho cria as versões da sua própria realidade, em situações nas quais pode realizar os seus desejos, solta a sua verdade, pois não está sob a censura do juízo ético moral ou legal, podendo viver a liberdade na sua verdadeira essência.

Palavras-chave: Direito, Liberdade, Ficção, Fantasia jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to verify whether the right to freedom is effectively a fundamental and inalienable right of the citizen, given the restrictions and guarantees imposed by the Rule of Law, aiming at social order. Throughout the text, questions such as: what is freedom? Is being free being able to do whatever one wants? Can man be free within social relations? Is the freedom of man so worshipped by Law really true freedom? Can the right to freedom be opposable? Is it an inalienable and restorable right? The methodological procedures adopted involved bibliographical research and the use of the hypothetical-deductive method. Data were collected from doctrine, thoughts, laws and jurisprudence. It was concluded that the law limits freedom to guarantee social coexistence; In this way, the freedom worshipped by law is a necessary legal fantasy, created by man as a kind of reality, because man can only be

[1] Mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

truly free when he dreams, because in his dreams he creates versions of his own reality, in situations in which he can realize his desires, release his truth, because he is not under the censorship of ethical, moral or legal judgment, and can live freedom in its true essence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Freedom, Fiction, Legal fantasy

1 INTRODUÇÃO

O homem nasce 100% livre e o Direito cultua essa liberdade com a edição de normas que a tutela como um dos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 declara que todo homem tem direito à liberdade; e o direito de liberdade não se restringe somente ao de locomoção, mas também ao de crença, pensamento, expressão e criação (Bezerra, 2023).

Deve-se observar, contudo, que à medida que o homem evolui e se torna civilizado a sua liberdade sofre limitações de cunho ético, moral e legal; pois, sendo um ser social que necessita viver em sociedade, é a sociedade um meio indispensável para o seu desenvolvimento ético-psíquico-cultural, a sua sobrevivência e o seu progresso.

Como um ente eminentemente gregário, haja vista ser incapaz de sobreviver sozinho, e ainda, por ser ente racional, o homem necessita pautar a sua conduta dentro das regras sociais das quais nascem as normas do Direito, porquanto, da busca pelo homem dos meios necessários à sua sobrevivência, desenvolvimento e aperfeiçoamento surgem os conflitos de interesses e a necessidade de limitação do seu comportamento individual para adequação ao interesse do bem-estar social.

Daí emergem as regras jurídicas disciplinadoras das relações sociais, nascendo o Direito como resultado espontâneo de toda sociedade organizada, e que se torna dinâmico à medida que essa sociedade evolui, de acordo com o *Zeitgeist* (ambiente intelectual e cultural ou o espírito da época), sofrendo influência de forças externas que dão forma a sua natureza e direção (Schultz; Schultz, 2019). Sem Direito não há ordem e sem ordem não há sociedade. Diante disso, levanta-se o seguinte questionamento: A liberdade do homem, tão cultuada pelo Direito, é realmente a verdadeira liberdade?

Tanto no âmbito filosófico quanto no jurídico, vários filósofos e doutrinadores têm se manifestado: alguns defendendo a hipótese da inexistência da liberdade em razão dos limites ditados pela consciência ética e pela lei; outros, aduzindo que a liberdade se externaliza através do Direito, pois ela se origina a partir da vontade que é característica do homem racional e que se realiza através do desejo, seguindo uma regulação do arbítrio, porquanto o exercício da liberdade está condicionado pelo pensar e por isso não segue os seus próprios impulsos, mas critérios éticos, o que pode gerar desconforto, havendo assim a necessidade do direito em formular determinações para a vontade.

Assim, o objetivo geral deste trabalho foi verificar se o direito de liberdade é efetivamente um direito fundamental e inalienável do cidadão, haja vista as restrições e garantias impostas pelo Estado de Direito, objetivando a ordem social. Os objetivos específicos delineados foram: identificar os tipos mais singulares de liberdade amparados pelo Direito para compreender as suas limitações; e, conhecer as formas pelas quais o sistema jurídico brasileiro garante o exercício do Direito de liberdade.

Justifica-se este estudo pela sua relevância: social, porque a investigação pode contribuir para esclarecer que dentro do Estado Democrático de Direito a liberdade é o estado no qual se supõe estar livre de limitações ou coação, sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com princípios éticos e legais cristalizados dentro da sociedade; profissional, porque conscientizará os profissionais do Direito de que o exercício do Direito de liberdade, por ser limitado, é uma ilusão, contudo uma ilusão necessária a ser tida como verdade dentro da realidade jurídica, por consistir na garantia do pacto social; e, científica, porque pode contribuir para o conhecimento mais aprofundado sobre esse direito fundamental cuja existência e exercício é tão polemizado.

Quanto aos procedimentos metodológicos adotados, o método utilizado para a realização deste trabalho foi o hipotético-dedutivo. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica na qual foram utilizadas como fontes de informação: doutrina, pensamentos, leis e jurisprudências.

Assim, incluindo-se a introdução, este trabalho se desenvolve em 6 seções. Na segunda, trata-se sobre o direito à liberdade e sua tutela legal no direito brasileiro. Na terceira seção abordam-se as formas de oposição à liberdade ou estados de dominação. Na quarta seção, apresentam-se remédios processuais restauradores do direito de liberdade no direito brasileiro, fazendo-se uma breve menção aos limites ao direito de liberdade. A quinta seção mostra a liberdade por meio da visão filosófica de autores como Hegel, Kant e Foucault, fazendo-se breves considerações sobre esses dois últimos e uma análise da crítica hegeliana à concepção liberal de “liberdade”. Nas considerações finais são apresentados os objetivos alcançados, esperando-se que as conclusões obtidas possam efetivamente trazer contribuições sociais, profissionais e científicas, bem como ampliar o conhecimento nos campos dos Direitos Penal, Processual Penal e Constitucional, e, ainda, no campo da Filosofia.

2 O DIREITO À LIBERDADE E SUA TUTELA LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

O homem é um ser social em sua essência e, por viver em sociedade, suas ações podem interferir na vida de outras pessoas. A fim de que esta interferência ocorresse de forma construtiva, foram sendo criadas ao longo do tempo regras e normas de comportamento, visando à preservação da paz nesse contexto. Esse conjunto de regras tornou-se um grupo que hoje é chamado de Direito (Gross; Silva, 2019).

Nesse sentido, o direito à liberdade passou a ser citado nas mais variadas formas, sempre colocando o indivíduo como elemento de um conjunto, no qual exerce influência e ao mesmo tempo é influenciado, ou seja, para existir o convívio harmonioso entre estas pessoas, tornou-se, de fato, indispensável que fossem definidas regras claras, apresentadas sob qualquer forma. Pode-se observar, então, que comentar sobre o direito à liberdade implica esclarecer alguns conceitos e entre eles, o de liberdade.

Inicialmente, considera-se a liberdade como um estado no qual as pessoas se supõem livres de coações ou limitações, desde que se esteja agindo de forma lícita, pautada por princípios legais e éticos cristalizados no seio da sociedade. Mas, de um modo geral, a expressão "liberdade" denota a condição de uma pessoa não ser submetida ao domínio de outra e, por esse motivo, ter absoluto poder sobre ela mesma e sobre suas ações.

É, portanto, o raciocínio e a capacidade de valorizar de modo inteligente tudo o que o cerca, que dá ao indivíduo o senso da liberdade compreendida como plena manifestação da vontade humana. Destarte, são muitas as teorias políticas e filosóficas, de várias épocas, que tentaram conceituar a liberdade sob vários aspectos. Nesta seção buscou-se apresentar alguns conceitos e tipos de liberdade bem como a tipologia que lhe é inerente, observando que se trata de conceitos complexos e apreendidos em diversos níveis da realidade.

A questão da liberdade influencia as controvérsias práticas de cada época através de sua presença latente, e, é possível que venha a ser reconhecida como a questão vital do futuro. De certo modo, ela tem dividido a humanidade a partir de eras remotas, mas no estágio de progresso no qual as partes mais civilizadas da espécie humana se encontram agora, ela se apresenta sob novas condições e, por isso, requer um tratamento diferente, mas fundamental. O pensamento atual é de que nenhuma sociedade na qual a liberdade, em todas as suas formas de expressão, não seja respeitada, é livre, qualquer que seja a sua forma de governo; e nenhuma será completamente livre se não houver liberdade absoluta e irrestrita (Silva, 2019).

Para Renée Descartes (2006) somente a decisão do próprio homem o torna livre, sendo desse modo a liberdade uma causa espontânea. Immanuel Kant (2002, p. 96) defende que ser livre é dar a si mesmo as regras a serem seguidas racionalmente e, Shopenhauer (1982, p. 87) sustenta que “por não possuir, o homem, a liberdade de ação, uma vez que não é livre para

deliberar sobre a sua vontade, não escolhe, ele o que deseja e, portanto, não é livre". Jean Paul Sartre (1996, p. 241) afirma que o homem só não é livre para não ser livre; isto quer dizer "que a responsabilidade de suas escolhas é tão grande que ele próprio aliena a sua liberdade".

Segundo Bobbio (1992, p. 52), a liberdade é "o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída". É, portanto, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou simplesmente, uma autonomia. Nessa esteira, cada um pode buscar o seu próprio bem, à sua própria maneira, contanto que não tente privar os outros do seu, ou impedir seus esforços em consegui-lo. Daí inferir-se que uma coisa é ser livre e outra é exercer a liberdade. Nenhum servo pode libertar-se, mas quem é livre pode servir.

Saliente-se que a liberdade se opõe ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular (Silva, 2020). Daí inferir-se que toda lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, ou seja, consentida por aqueles cuja liberdade restringe.

Por esse raciocínio, a liberdade só tem sentido se for exercida dentro da ordem, da hierarquia e da disciplina, pois do contrário, se cada um fizesse o que quisesse em detrimento do bem comum o resultado seria uma anarquia que só traria prejuízos para a coletividade. Diante disso, pode-se afirmar que os direitos de liberdade são relativos e limitados, o que é corroborado por Hume (2007, p. 112) quando declara que "em nenhum lugar do universo há contingência, nem indiferença e nem liberdade".

Vale citar aqui o que Silva (2020, p. 205) chama de "liberdade do querer". Para o referido autor, isso equivale a dizer que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo. Ele argumenta que, internamente, é sempre possível escolher entre alternativas contrárias, se tiver conhecimento objetivo e correto de ambas, de modo a conseguir atuar no sentido da escolha feita. A isso, o autor chama de liberdade externa ou objetiva, é a expressão externa do querer individual.

É exatamente no sentido de liberdade objetiva que se admite o uso do termo no plural, pois são expressões externas. Falar em "liberdades" é falar em suas várias formas. Baseando-se nesta afirmação e afastando-se discussões específicas, considera-se, a liberdade como um somatório de diversos tipos de liberdades específicas, tais como: liberdade ambulatorial ou de locomoção; liberdade de pensamento e expressão; e, liberdade de criação.

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, constituindo-se no cerne da liberdade da pessoa física, haja vista a escravidão já ter sido abolida. Na Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito à livre locomoção no território nacional em

tempo de paz está consagrado no artigo 5º, inciso XV. Logo, a noção essencial da liberdade de locomoção envolve o poder que todos têm de coordenar e dirigir suas atividades e de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem (Silva, 2020, p. 231).

A liberdade de pensamento compreende a liberdade de imprensa e o direito à privacidade. A liberdade de imprensa consiste na liberdade de informar e de ser informado. Saliente-se que isso inclui o cuidado de informar os acontecimentos à coletividade de forma objetiva sem distorcer a verdade ou tirar-lhe o sentido original. A liberdade de informação e expressão sem censuras, conforme consagram os textos constitucionais, caracterizam as sociedades democráticas contemporâneas. Todavia, essa liberdade só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial.

A liberdade de criação consiste no fato de que todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulgá-las, sem censuras e sem licença de quem quer que seja. Determinadas expressões artísticas, como as das artes plásticas, a música e a literatura, gozam de ampla liberdade. Contudo, algumas manifestações artísticas sujeitam-se a uma regulamentação especial, consoante prevê o artigo 220, § 3º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual compete à lei federal:

> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Deve-se observar que a liberdade de criação implica o reconhecimento do criador de sua responsabilidade frente ao mundo. O que faz com que a arte não seja pura abstração é o fato de ela ser também um imperativo moral. Todo o exposto permite observar que liberdade é uma condição na qual o indivíduo se encontra detentor de plenos poderes, podendo usá-los de várias formas; todavia, quando bem entendida, criará, por si só, regras e limites que deverão possibilitar a fraterna e produtiva convivência entre as pessoas.

Partindo do pressuposto de que todos nascem livres e iguais perante a lei, com obrigações e direitos, pode-se fazer uso do direito à liberdade para o lado positivo tanto quanto o negativo, de forma consciente. Pelo que, todo aquele que confundir liberdade com licenciosidade, certamente, será cobrado pela sociedade.

Importa ressaltar ainda que, no Brasil, no que tange o Direito Civil, em particular, as pessoas devem se conduzir conforme suas normas, procurando não ferir seus artigos e estatutos. Todos os grupos sociais possuem um código que legisla sobre este assunto. Especificamente no Brasil, a liberdade civil se norteia pelo Código Civil de 2002, escrito originalmente na década de 1960.

Não obstante a existência das leis, vale observar que as sociedades constroem características, as quais muitas vezes estabelecem diferenças criadoras de desigualdades entre os seres. Nesse caso, a composição da identidade do sujeito supõe a existência de outro sujeito desigual, acentuando-se disparidades entre as pessoas em seu sentido mais abrangente. Essas assimetrias se instauram como estados de dominação, sobre o que se discorre na seção a seguir.

3 FORMAS DE OPOSIÇÃO À LIBERDADE OU ESTADOS DE DOMINAÇÃO

A doutrina dos direitos humanos já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações e limitações. Foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá voltar atrás. Não obstante, a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, por ser utópica, ainda não foi alcançada.

No campo dos direitos sociais, só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos direitos fundamentais: do trabalho, da educação e da saúde; ao contrário, todos são iguais no gozo das liberdades negativas. Isso porque, segundo Bobbio (1992, p. 71), “na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir indivíduos de outros”. Logo, igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme o tipo de direito que esteja em questão. A liberdade da pessoa física se constitui na primeira forma de liberdade que o homem tem que conquistar, a qual se opõe ao estado de escravidão e de prisão.

A escravidão é uma forma compulsória de extrair a força de trabalho de um indivíduo ou grupos de indivíduos. Muitas foram as lutas que contribuíram de forma essencial para a eliminação de práticas aversivas tais como as do regime da escravidão. O regime escravista no Brasil, segundo Pinsky (2000, p. 17), antes de vitimar os negros, já havia alcançado o indígena, cujo aprisionamento e escravidão foram legitimados pela Coroa Portuguesa.

Motivos como: a fraca densidade demográfica da população indígena; o fato de as tribos tornarem-se arredias com a percepção do interesse dos brancos em escravizá-las; a dizimação dos indígenas por meio da superexploração de sua força de trabalho, entre outros,

voltaram o interesse da Coroa Portuguesa para o comércio dos negros africanos e seu consequente cativeiro (Pinsky, 2000, p. 20).

Presos, os negros deviam obedecer aos seus senhores, servindo-os bem e até a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1988, tiveram sua força de trabalho explorada sem nenhuma remuneração (Schwartz, 1999, p. 214), à exceção daqueles que eram alforriados e escolhiam permanecer vinculados aos antigos senhores. Com base em Castro (2000, p. 16), no início do século XVIII, cerca de 1/3 da população brasileira era de homens livres.

Os fatos relatados mostram atos ofensivos a outros, no sentido de invadir seus direitos, impingir-lhes sofrimento por perdas e danos não justificados, pela falsidade ou fingimento ao lidar com elas, e pelo uso injusto ou mesquinho de vantagem sobre elas. Todos estes objetos são próprios de reprovação moral, e em casos graves, devem ser punidos com castigos e punições morais, entre as quais a pena de privação de liberdade, aqui representada pela prisão.

Cabe somente à lei explicitar as várias hipóteses nas quais é lícito decretar a privação da liberdade do cidadão. A Carta Maior veda terminantemente qualquer prisão ou detenção cuja ordem não provenha da Autoridade Judiciária competente, havendo ressalvas apenas para as transgressões ou crimes militares e para o flagrante. Cabe, pois, à lei ordinária dizer quais hipóteses em que se permite a prisão, quais as formalidades da ordem escrita.

Configuram-se em exceções à necessidade de ordem escrita para a efetivação da prisão: casos de prisão em flagrante; detenções de ébrios e insanos mentais autorizados nos regulamentos policiais; recaptura de réu evadido; prisão cautelar de natureza constitucional (art. 139, II, CF/88)[1]; e, sempre que no ato da captura a ordem esteja na mão do captor (Tourinho Filho, 2007, p. 437).

O mesmo autor relaciona os casos determinados em lei para os quais haverá sempre indeclinável necessidade da ordem escrita (mandado de prisão) da Autoridade Judiciária competente para efetuar a prisão, tais sejam: prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível; prisão preventiva *stricto sensu*; prisão resultante de pronúncia já prevista no art. 282; prisão compulsória decretada pelo juízo cível; prisão compulsória decretada pelo juízo cível na hipótese prevista no art. 885, parágrafo único do CPC; prisão do alimentante inadimplente; prisão disciplinar; prisão temporária; e, finalmente, a prisão cautelar.

Entre as cautelas penais, a prisão cautelar é considerada como a mais comum. Como leciona Gomes Filho (1991, p. 57) “ela antecede historicamente a própria pena privativa de liberdade”. Existem várias espécies de prisão processual cautelar, tais sejam: prisão

[1] Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...] II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns.

temporária; prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; e, condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia (Nucci, 2007). Para atender aos objetivos deste trabalho será explicada apenas a prisão em flagrante.

Prisão em flagrante delito é a prisão daquele que é surpreendido exatamente no instante da consumação da infração penal. Hoje, a prisão em flagrante justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria, pois, uma das formas mais claras de evidência probatória no processo penal encontra-se na denominada flagrância do delito (Tourinho Filho, 2007, p. 429).

Contudo, atualmente, apesar da prisão em flagrante se tratar de certeza visual do crime, não é encarada com excessivo rigor, sobretudo em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível. Assim, preso em flagrante o cidadão pela prática de uma das infrações referidas no art. 321 do CPP, lavrado o auto de prisão, será posto imediatamente em liberdade.

Já se sabe que a prisão cautelar, adéqua ao princípio da presunção de inocência, vez que seu lastro não é a suposição de que o denunciado será condenado, ou, no mesmo sentido, de que seja culpado, mesmo porque, se assim fosse, seria dispensável a formação de culpa, por meio do devido processo legal. Portanto, preso o cidadão em flagrante delito, após a lavratura do respectivo auto, será posto em liberdade, ou porque a infração permita livrar-se solto, ou porque admita fiança. Outrossim, por não existir prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, é que se garante a todo indivíduo preso em flagrante, a possibilidade de concessão da liberdade provisória, mediante condições estabelecidas em lei.

A prisão por sentença transitada em julgado é considerada como definitiva. Neste tipo de prisão, denominado prisão-pena, o réu permanece sob a custódia do Estado até o seu livramento. Realizável após o trânsito em julgado da sentença, trata-se de prisão para o fim de cumprimento da pena. Diz-se que “é a prisão preparatória para a execução da pena” (Marchi Júnior; Pinto, 2008, p. 116).

Coagir é obrigar uma pessoa a fazer ou deixar de fazer, algo contra a sua vontade. Quando a coação é feita por meio de ameaças, humilhação ou privação emocional, diz-se que ela é psicológica (Guerra, 1986, p. 47). Esse pressuposto opõe-se à liberdade entendida por Mill (2006, p. 10) como poder fazer o que se deseja. A liberdade, nesse caso, é uma posse.

A pessoa deve destruir ou fugir do poder do agente de controle a fim de se sentir livre e a partir daí, conforme Skinner (2000, p. 49) permanecer em vigilância incessante para que o controle não volte a ser assumido. Devem-se mencionar neste ponto as teorias relativas da

prevenção, mais especificamente da prevenção geral, a qual se volta para a sociedade, porque esta ainda não delinquiu em sua totalidade. Quando se aplica uma pena a determinado infrator espera-se que a sociedade sinta o impacto, sob a ameaça de um eventual castigo.

Trata-se, portanto, de uma coação psicológica, um aspecto evidentemente negativo da pena (sanção), que se espera possa ser suficiente para impedir a ocorrência delitiva. Por isso, deve-se observar que a lei penal atua objetivando a garantia pessoal, e não o limite da liberdade (Prado, 2003).

Salienta-se que certos tipos de coação têm a capacidade de modelar as pessoas em certas direções pelo poder da ameaça. Se a mera ameaça de dor física pode apavorar, a dor moral, originada de um imperativo social, impele os indivíduos a um intenso estado de dependência volitiva. Por consequência, aniquila, modifica a personalidade, humilha, acovarda, deprime e muitas vezes sufoca a certeza moral. É, então, objetivando a proteção dos direitos fundamentais que a Constituição colocou à disposição dos indivíduos os chamados remédios legais, examinados na sequência.

4 REMÉDIOS PROCESSUAIS RESTAURADORES DO DIREITO DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Os remédios constitucionais "são meios postos à disposição dos indivíduos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais" (Silva, 2020, p. 445). São garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos.

Tais remédios atuam com função saneadora quando as limitações e vedações não forem suficientes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. Esta seção se propõe a discorrer sobre o remédio constitucional *habeas corpus*, bem como sobre a liberdade provisória e o recurso em sentido estrito.

Conforme Capez (2023, p. 519), a expressão *habeas corpus* quer dizer: "que tomes o corpo e o apresentes". A Constituição brasileira de 1988 consagrou essa ação penal popular incluindo-a no rol de garantias individuais do artigo 5º, inciso LXVIII, com interpretação restritiva. Para Oliveira (2008, p. 735), o *habeas corpus* desempenha o papel de proteger a liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir e vir, sempre que ocorrer qualquer dos casos elencados no artigo 648 do Código de Processo Penal brasileiro, tais sejam:

> Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

> I - quando não houver justa causa;
> II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
> III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
> IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
> V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
> VI - quando o processo for manifestamente nulo;
> VII - quando extinta a punibilidade.

Nas hipóteses previstas nos supramencionados incisos II, III, IV e V, assume a função de verdadeira ação penal cautelar. Nos incisos VI e VII, funciona como ação rescisória (constitutiva negativa), se a sentença já tiver transitado em julgado, ou com ação declaratória, se o processo estiver em andamento. No inciso I, pode-se ter ação cautelar, declaratória ou constitutiva, dependendo do caso.

Embora inserido no Código de Processo Penal entre os recursos, trata-se de verdadeira ação autônoma, cuja tramitação pode ocorrer antes mesmo do início da ação penal propriamente dita (a condenatória). Quanto à legitimidade ativa, pode ser impetrante qualquer pessoa física ou jurídica. No que tange a legitimidade passiva, prevalece o entendimento de que pode ser impetrado *habeas corpus* contra ato de particular, pois além de falar em coação por abuso de poder, a Constituição brasileira também menciona ilegalidade. Além disso, o impetrante e o paciente, muitas vezes, são a mesma pessoa, que ingressa com a ação em seu próprio favor (Capez, 2023, p. 520).

O mesmo autor descreve as espécies de *habeas corpus*, tais sejam: liberatório ou repressivo, quando se destina a afastar constrangimento ilegal à efetiva liberdade de locomoção; preventivo, quando tem a finalidade de afastar uma ameaça ao direito de ir e vir; caso no qual expede-se salvo-conduto; ou, de ofício, quando é concedido pela autoridade judicial, sem pedido, após verificação no curso de um processo de que alguém esteja sofrendo ou na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

Cumpre informar ainda que, tendo em vista que o referido instrumento constitucional deve ter rito célere, a fim de permitir o socorro imediato à liberdade de locomoção atingida ou ameaçada, impõe-se, como regra, que toda a matéria de prova nele suscitada já acompanhe a petição que o veicula. Se a prova da ilegalidade não se encontrar ao alcance do impetrante por ocasião do ajuizamento da ação, o juiz ou o tribunal poderão requisitar a documentação, se plausível e fundada a alegação (Oliveira, 2008, p. 735). Portanto, o *habeas corpus* deve apresentar prova pré-constituída, para imediato conhecimento da matéria alegada e apreciação da ilegalidade ou coação ao direito de liberdade de locomoção.

Passando à liberdade provisória, trata-se da prisão que antecede àquela resultante de um decreto condenatório do órgão jurisdicional. É sempre medida excepcional, extrema, ditada exclusivamente por um estado de necessidade em prol da própria administração da Justiça. Por isso mesmo esta deve ser decretada dentro dos limites do indispensável, do necessário, como se fosse uma medida de segurança de natureza processual.

Liberdade provisória é, portanto, a liberdade concedida ao indiciado ou réu, preso em flagrante, que não necessitando ficar custodiado, de forma provisória, em face ao princípio da presunção de inocência, deva ser liberado, sob determinadas condições. Seu fundamento constitucional reside no art. 5º, LXVI (Nucci, 2007, p. 583).

Ou seja, quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que a segregação do réu é desnecessária para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, ou mesmo que não haverá nenhum inconveniente para a instrução criminal permitir-lhe ficar solto, poderá conceder-lhe liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Corroborando esta afirmação, Capez (2023, p. 134) diz que é um instituto de natureza processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o seu trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, em face do descumprimento das condições impostas.

No entanto, segundo lições de Fernandes (2002, p. 319), se é verdade que tal expressão não é adequada, apesar de consagrada constitucionalmente e no Código de Processo Penal (artigo 282 e seguintes), por trazer a ideia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar, também é inegável que toda pessoa submetida a processo criminal tem uma liberdade que não deixa de ser provisória, pois poderá ser preso em virtude de uma prisão preventiva decretada pela autoridade judiciária, por exemplo.

Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado, dando a garantia de que cumprirá as obrigações fixadas pela lei, atenderá às notificações para os atos do inquérito, da instrução criminal e do julgamento, sujeitar-se-á à execução da condenação, se lhe for imposta, e satisfará as obrigações pecuniárias, cuja responsabilidade, em tal caso, lhe for atribuída. A essa modalidade, pela sua característica, se denomina liberdade provisória mediante fiança. Nesse caso, o indiciado, além de prestar caução fica vinculado ao cumprimento das referidas obrigações, por isso fala-se em liberdade provisória vinculada.

Em numerosas hipóteses, ainda que em princípio a infração não comporte fiança, pode o juiz, e somente ele, conceder a liberdade provisória, sem qualquer garantia de natureza

pecuniária, exigindo, apenas, do indiciado ou réu, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Logo, a liberdade provisória sem fiança trata-se de uma liberdade vinculada aos escopos do processo.

Deve-se salientar que a revogação se refere ao descumprimento da exigência de comparecimento a todos os atos do processo, o qual poderá ter como consequência a decretação da prisão do indiciado ou do acusado, porquanto passível de enquadramento nas hipóteses do artigo 312 do CPP brasileiro (Oliveira, 2008, p. 448).

Em alguns casos, levando em consideração a minimidade da pena cominada à infração, a liberdade provisória é obrigatória, sem que o indiciado ou réu seja obrigado a prestar fiança ou mesmo que se sujeite a qualquer obrigação. Tais casos dizem respeito a liberdade não vinculada, possível apenas em determinadas hipóteses do Código de Processo Penal brasileiro. Como se vê, o acusado fica solto durante o correr do processo, sem risco de prisão porque a ele foi atribuída a prática de infração não punível com prisão ou com pena máxima não superior a três meses.

O recurso em sentido estrito foi elaborado para aplicação restrita, ou seja, estritamente nos casos assinalados em lei. E isso porque se cuida de recurso previsto para a impugnação de apenas algumas decisões interlocutórias. Do despacho que julgar cassada a fiança caberá recurso em sentido restrito, nos termos do artigo 581, V, do CPP brasileiro. Conforme proclama o artigo 582 do mesmo Código, tal recurso nem sempre é dirigido ao Tribunal (Tribunal de Justiça - TJ ou Tribunal Regional Federal – TRF). O dispositivo, todavia, não diz nem quer dizer, que o recurso não possa ser dirigido a um daqueles Tribunais, mas exclui, apenas, que o seja sempre.

Nos Estados-Membros, onde houver órgão jurisdicional hierarquicamente inferior ao Juiz de Direito, poderá aquele cassar a fiança e eventual recurso, dirigido e apreciado por este. Por outro lado, segundo observa Tourinho Filho (2007, p. 600), a autoridade policial não pode cassar a fiança.

Até aqui, foi visto que o legislador ordinário intervém para regular o direito de liberdade conferido. Algumas normas constitucionais, conferidoras de liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora (artigo 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (artigo 5º, XVI: reunir-se pacificamente sem armas; XVII: fins lícitos e vedação de caráter paramilitar, para associações, são conceitos limitadores; artigos 136, § 1º e 139: restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio).

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via de atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. De outro modo, é só arbítrio.

5 A VISÃO FILOSÓFICA DA LIBERDADE

Entende-se que não é possível compreender um fenômeno jurídico sem a obtenção de conhecimentos de origem filosófica. O Direito caminha junto com a Filosofia na medida em que, quando se está diante do primeiro, necessita-se saber a serventia de tal fenômeno e sua forma de utilização. É, então, a Filosofia que dirá *quid ratio iuris*[2], pois como se sabe, sem a razão, e sem o seu uso e finalidade, não se conhecerá a finalidade do direito.

A filosofia busca as causas do direito e as interpreta à luz da realidade, dos acontecimentos da vida humana. Todavia, não se pode olvidar que é no dia-a-dia que os fatos se revelam e a concretude desses fatos é bem mais forte que a ficção jurídica. Daí entender-se que a filosofia se encarrega da análise dos fatos, do questionamento sobre a razão do direito e do auxílio ao fenômeno jurídico no que tange a persecução do ideal da justiça. É por esse entendimento que, além da visão jurídica, se buscou na Filosofia a visão de liberdade.

A liberdade de que se fala, se pensa e se teoriza é a liberdade humana. Essa liberdade contém a especulação que é para Hegel (1990) o único procedimento gnosiológico reservado à filosofia. O referido filósofo considera liberdade o núcleo espiritual onde germina toda racionalidade ética.

Nesse sentido, tanto para Foucault quanto para Kant "a ética é a forma deliberada que toma a liberdade". Não obstante, opondo-se a Kant, Foucault considera esta liberdade como histórica e não, suprassensível, pois é oriunda de “uma república racional de sujeitos autônomos, mas procede de um questionamento incessante dos fatos históricos da identidade” (Rajchman, 1989, p. 7-8).

Mas partindo de Hegel (1990), é possível considerar que, se o direito à liberdade concreta for a origem da organização humana, torna-se necessária uma Teoria Social que integre Ética, Política, Direito e Economia no estado objetivo ético, que este autor denomina eticidade. O referido estado se efetiva em três momentos básicos: na família, na sociedade civil e no estado nos quais a dialética do conceito de liberdade realiza a eticidade.

[2] Qual a razão do direito.

No referido momento, o exercício da autonomia, ou livre-arbítrio, se reduz ao interesse individual pressuposto no mundo finito das possibilidades de escolha. Portanto, o exercício de livre-arbítrio da liberdade singular prevista dentro de um universo sem limites de possibilidades coletivas no momento Estado ético não se efetiva com a autonomia. Daí, segundo Hegel, a grande dificuldade de se distinguir no Estado liberal, o que pertence ao direito público e o que pertence ao direito privado, haja vista a precedência da natureza privada da sociedade civil. O Estado liberal, por priorizar a ordem do interesse particular, torna-se, então, anti-Estado em sentido público porque sucumbe à dinâmica privada da *sociedade civil*.

> Dir-se-ia que, atualmente, é nas questões que se referem ao Estado que se encontra a mais forte raiz daquelas representações segundo as quais a prova de que um pensamento é livre seria o inconformismo e até a hostilidade contra os valores publicamente reconhecidos e, por conseguinte, uma filosofia do Estado deveria ser especialmente formulada para inventar e expor mais uma teoria, mas, bem entendido, uma teoria nova e particular (Hegel, 1990, p. 4).

De formulações como a acima mencionada, submissas a uma ciência filosófica do direito, se infere a necessidade de um Estado, enquanto instituição, garantidor da liberdade individual e coletiva das pessoas. Esta é, para o supracitado autor, o único modo de possibilitar aos indivíduos a conquista da liberdade e seu efetivo exercício individual.

Nessa esteira, a liberdade não será influenciada por elementos externos ou moldada por qualquer motivação egoísta, porém terá que seguir sempre uma tendência universal nas relações individuais e coletivas que possam causar qualquer consequência externa a outrem. Hegel (1990), em sua filosofia do direito, apresenta a progressiva determinação do direito que se concretizará de forma plena no Estado, com a finalidade de garantir a sua eficácia e validade. Por meio desta instituição, serão regulados os impulsos particulares de cada pessoa de forma a propiciar a real e apropriada satisfação dos impulsos.

Isso permitiria que a liberdade individual acontecesse conforme um conjunto organizado de direitos e deveres, apresentando a retidão como virtude, e se concretizando plenamente em um Estado. Para o Instituto Friedrich Naumann (s.d., *on line*):

> Somente um Estado baseado no Estado de Direito pode preencher suas tarefas essenciais, as quais, do ponto de vista dos liberais, são responsabilidade do Estado: proteger a liberdade, segurança e propriedade de todas as pessoas. Somente tal Estado é capaz de garantir que todas as regras sejam aplicadas a todos e possam, efetivamente, ser implementadas. Assim, ele oferece mecanismos para resolver conflitos pacificamente, sem arbitrariedade. Somente um Estado governado pelo preceito do Estado de Direito pode criar um ambiente permanentemente estável em que o indivíduo possa agir com responsabilidade. Somente tal Estado pode salvaguardar a autonomia e santidade da esfera privada e os direitos das pessoas contra a interferência do Estado.

Ressalte-se que a responsabilidade de que se fala tem por supedâneo a consciência, o entendimento. A liberdade provinda desse entendimento é o livre-arbítrio, cuja natureza é abstrata, ou seja, é construída como o atributo da escolha livre.

> Mas o homem pensa e é no pensamento que procura a sua liberdade e o princípio da sua moralidade. Este direito, por mais nobre e divino que seja, logo se transforma em injustiça se o pensamento só a si mesmo reconhece e apenas se sente livre quando se afasta dos valores universalmente reconhecidos, imaginando descobrir algo que lhe seja próprio (Hegel, 1990, p. 4).

Infere-se desse pensamento que não se pode produzir a liberdade a partir do entendimento sem que ela seja concretamente suprimida, pois, este entendimento pensa algo real somente por meio do que representa o intelecto. Assim, a liberdade que se pensa por meio do intelecto não é concreta e sim, idealizada pelo intelecto.

Mas conforme o pensamento de Hegel (1990), a liberdade só é real quando as pessoas produzem suas próprias vontades. Isto equivale a dizer que a liberdade é o movimento concreto e livre da vontade que, ao se realizar, constitui o que o autor denomina determinate. E, na vontade livre, a condição indissociável da liberdade é o direito inato, no qual o indivíduo permanece em contínua criação.

A vontade livre caracteriza o ser humano posto que contém racionalidade. Ela se transforma em liberdade a partir do desejo por uma determinada coisa. Essa determinação se origina na própria vontade, no desejo pela coisa singular e na realização do desejo. Contudo, a liberdade, enquanto contingência da vontade, será regulada pelo arbítrio, posto que o pensar condiciona o exercício da liberdade. É aí que surge uma contradição, pois a ação seguirá os critérios éticos, não seus impulsos. Isso significa que haverá algum momento em que a pessoa deverá escolher algo singular, gerando-lhe desconforto.

Por isso, é necessário que o direito formule determinações para a vontade. De outro modo, todos os homens seriam como escravos sem vontade, ignorantes da sua infinitude e desprovidos do pensar. Pelo exposto, o direito torna-se um fator importante, pois é por seu intermédio que se externaliza a liberdade. Mas nem todos os indivíduos pensam dessa maneira. Segundo Hegel (1990, p. 7):

> [...] O direito, a moralidade e a realidade jurídica e moral concebem-se através de pensamentos, adquirem a forma racional, isto é: universal e determinada, por meio de pensamento. É isso o que constitui a lei, e esta sentimentalidade que se arroga o arbitrário, que faz consistir o direito na convicção subjetiva, tem bons motivos para considerar a lei como o seu pior inimigo. A forma que o direito assume no dever e na lei aparece-lhe como letra morta e fria, como uma prisão. Nela não se pode reconhecer, nela não se pode encontrar a sua liberdade, pois a lei é a razão em cada coisa e não permite que o sentimento se exalte na sua própria particularidade.

Logo, dos pensamentos de Hegel (1990) e de sua Filosofia do Direito, infere-se que o livre arbítrio só pode ser entendido no contexto social das relações, da propriedade privada, dos compromissos morais, da vida familiar, entre outras. Em outras palavras, ninguém é verdadeiramente livre, a menos que participe de todos estes aspectos da vida do Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se estudar o direito à liberdade e sua tutela legal no direito brasileiro viu-se que, por ser o homem um ser social, todas as suas atitudes interferem na vida de outrem, e foi justamente para controlar essa interferência impondo-lhe caráter positivo que foram criadas pelo direito as normas de comportamento.

No tocante aos conceitos de liberdade, constatou-se que filósofos e pensadores a definem como um estado no qual cada um é responsável único por suas escolhas, pois aquele que não pode escolher, não é realmente livre. Também ficou claro que exercitar a liberdade e ser livre não significa uma mesma coisa, porquanto exercitar a liberdade é apenas fazer aquilo que lhe é permitido enquanto que ser livre é poder escolher o que se vai fazer.

Acordou-se que a liberdade não teria sentido se todos fossem livres para fazerem o que quisessem, sem ordem nem hierarquia, em detrimento do bem comum. Por isso, são necessárias as restrições às quais se chama de violência externa. Constatou-se que a liberdade é um conjunto formado por diversos tipos de liberdades específicas tais como: a liberdade ambulatorial ou de locomoção; a liberdade de pensamento e expressão; a liberdade de criação, entre outras. Todas elas devem respeitar as medidas impostas pela lei.

Abordando-se as formas de oposição à liberdade, denominadas estados de dominação, verificou-se o grande avanço da doutrina no que tange o gozo dos direitos de liberdade, haja vista que sistemas degradantes como a escravidão, por exemplo, já não existem. Todavia, constatou-se também que ainda existem diferenças discrepantes entre indivíduos ou grupos de indivíduos, as quais permitem afirmar todos são iguais no gozo das liberdades negativas, ou seja, nem todos têm direito à saúde, à educação, enfim, a uma vida digna, o que leva a questionar a universalidade da Declaração dos Direitos Humanos.

Observou-se que, não obstante a liberdade seja um direito constitucional, a prisão é admitida no sistema penal brasileiro como garantia de manutenção da ordem, para assegurar os direitos da coletividade. Foi possível entrever no sistema prisional, a pena como castigo, pois só esse nome pode ter a privação da liberdade, a segregação, o afastamento do convívio

social como retribuição por um mal cometido; e, ainda como uma forma de coação, pois aqueles que ainda não delinquiram, podem deixar de fazê-lo por medo.

Ao se tratar dos remédios processuais restauradores do direito de liberdade no direito brasileiro, pôde-se perceber que esses instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados exercem um papel limitativo da atuação do Poder Público a fim de impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. Não obstante, todos eles apresentam uma série de peculiaridades e entraves, muitas vezes favorecendo somente àqueles com condições financeiras de arcar com as despesas de advogados, o que acaba por lhes tirar a eficácia.

Notou-se que a intervenção do legislador no sentido de restringir o direito de liberdade constitucionalmente conferido esbarra no princípio de que esse bem não pode ser extirpado por nenhuma via, por isso ele deve sempre prevalecer, sob pena de incorrer em arbítrio.

Apreciando-se a visão filosófica da liberdade verificou-se a íntima relação entre a filosofia e o direito, pois através da primeira se pode conhecer a finalidade deste último. Desse modo, buscou-se compreender a visão Hegeliana de liberdade, segundo a qual esta, dentro de um universo ilimitado, não se efetiva com a autonomia. Ele defende a necessidade de um Estado que garanta a liberdade individual e coletiva das pessoas como única maneira de possibilitar aos indivíduos a conquista da liberdade e seu efetivo exercício individual, o que implica na contenção dos impulsos decorrentes da vontade. Percebeu-se que, na visão de Hegel, o próprio homem se aprisiona quando deixa de exercitar a sua liberdade, suprimindo um desejo em função da sua responsabilidade pelo bem comum.

Ante o exposto pode-se concluir que a liberdade do homem, cultuada pelo Direito, é uma liberdade idealizada, mas não verdadeira, já que as pessoas são livres desde que obedeçam às restrições e garantias impostas pelo Estado de Direito, objetivando a ordem social.

Considera-se, então, alcançado o objetivo geral do estudo, afirmando-se que o Direito limita a liberdade para a garantia do convívio social; logo, a liberdade cultuada pelo direito é uma fantasia jurídica necessária, criada pelo homem como uma espécie de realidade, pois o homem somente pode ser realmente livre quando sonha, porque no sonho cria as versões da sua própria realidade, em situações nas quais pode realizar os seus desejos, solta a sua verdade, pois não está sob a censura do juízo ético moral ou legal, podendo viver a liberdade na sua verdadeira essência.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. **Direitos Humanos**. Toda Matéria, 2023. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/direitos-humanos/. Acesso em: 19 dez. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

CASTRO, Hebe Maria Mattos de. **Escravidão e cidadania no Brasil monárquico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DESCARTES, René. **O discurso do Método**. Buenos Aires: Gradfico, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Violência de pais contra filhos: algumas indagações. In: STEINER, Maria Helena Figueiredo. **Quando a criança não tem vez**: violência e desamor. São Paulo: Pioneira, 1986, p. 47-53.

GROSS, Léia Lediane; SILVA, André Luiz. **Serviço Social e Direito**: um debate sobre liberdade. Curitiba: Appris, 2019.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 4. ed. Contagem-MG: Guimarães, 1990.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2007.

INSTITUTO FRIEDRICH NAUMANN. **Liberdade e estado de direito**. Disponível em: http://ffn-brasil.org.br/novo/Temas%202008-2011/Tema3-2008.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. **Execução Penal - Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá, 2008.

MILL, John. Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PINSKY, Jaime. **A escravidão no Brasil**. 17. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003

RAJCHMAN, John. Foucalt: a ética e a obra. **Colóquio *Rencontre Internationale***. *Michel Foucault Philosophe.* 1989. Disponível em: http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/art03.html#_ftn2. Acesso em: 20 dez. 2023.

SARTRE, Jean Paul. **O imaginário**: psicologia fenomenológica da imaginação. São Paulo: Ática, 1996.

SCHOPENHAUER Artur. O livre arbítrio. In: Roterdã, Erasmo de; SCHOPENHAUER, Artur. **O elogio da Loucura - O livre arbítrio**. Coleção Os Grandes Clássicos da Literatura. São Paulo: Novo Brasil, 1982, v. III.

SCHWARTZ, Stuart B. **Segredos internos**: engenhos e escravos na sociedade colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHULTZ, Duane; SCHULTZ, Sydney. **História da Psicologia moderna**. 11. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

SILVA, Márcio Luiz. O conceito de liberdade em Aristóteles, Hegel e Sartre: implicações sobre ética, política e ontologia. **Aufklärung**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p.141-160, mai.-ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Juspodivm e Malheiros, 2020.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Para além da liberdade e da dignidade**. São Paulo: 70 Brasil, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.