# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## HISTÓRIA DO DIREITO

**DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS**

**FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI**

**LUCIENE DAL RI**

Copyright © 2022 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** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**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** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Fabio Fernandes Neves Benfatti; Luciene Dal Ri.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-612-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. História do direito. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




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

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## HISTÓRIA DO DIREITO

## Apresentação

Apresentação.

O Grupo de Trabalho História do Direito I teve seus trabalhos apresentados no dia 9 de dezembro presencialmente, após as 15h30min, durante o XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 7 até 9 de dezembro de 2022 em Balneraio Camboriú - SC.

Segue abaixo alguns elementos dos artigos apresentados. Iniciamos as apresentwcoes com AS BASES JURIDICO-FILOSÓFICAS DO CULTURALISMO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS INFLUÊNCIAS DA ESCOLA DO RECIFE, de Alberto de Moraes Papaléo Paes, Diego Fonseca Mascarenhas e Frederico Antonio Lima de Oliveira. O artigo discute sobre as bases jurídico-filosóficas do Culturalismo Jurídico da Escola do Recife. Tomou-se por ponto de partida as distinções apresentadas por Adeodato (2003) no que tange aos autores e teorias que fundamentam o pensamento dos expoentes da Escola do Recife, sendo possível catalogar seus principais aspectos e expô-los de modo conciso. Discute-se, portanto, a contribuição do pensamento de autores como Rudolf Von Ihering, Hermann Post, Auguste Comte, Litré, Noiré, Heackel, entre outros. Partiu-se da pergunta sobre a avaliação qualitativa do processo de recepção das teses estrangeiras no âmbito do debate brasileiro como forma de construção de uma identidade cultural do movimento. Como conclusão é possível perceber que a Escola do Recife foi a porta de entrada de diversas teses estrangeiras e, ao mesmo tempo, um movimento crítico no ato de recepcionar as teses estudadas, configurando um tipo de contribuição original por parte de seus participantes e de seus diversos seguidores.

O artigo POR DENTRO DA ESCOLA DO RECIFE: UMA ANÁLISE DOS PRINCIPAIS EXPOENTES DO MOVIMENTO, de Alberto de Moraes Papaléo Paes, Diego Fonseca Mascarenhas e Jeferson Antonio Fernandes Bacelar apresenta os principais expoentes do movimento da Escola do Recife. O grande objetivo do texto é resgatar, a partir de uma análise qualitativa, o conteúdo, a dimensão e o impacto dessas obras na construção da tradição jurídica brasileira (não apenas como uma questão histórica, mas como um elemento de compreensão da atualidade). Nesse diapasão, a partir de Antônio Paim, dissertaram sobre a vida, obra e a influência das teses na formação desse movimento de Origininalidade e

Brasilidade denominado Surto de Novas Ideias. São autores presentes em nossa exposição: Tobias Barreto, Sylvio Romero, Clóvis Beviláqcua, Artur Orlando, Martins Júnior e Faelante da Câmara. Como conclusão destaca-se a importância do resgate do pensamento desta época como fundamento para compreensão do atual estágio em que se encontra o pensamento jurídico sendo possível encontrar diversos aspectos que se conectam diretamente com eles ainda em nosso tempo.

O artigo "CASAMENTO À BRASILEIRA": ARRANJOS CONTRATUAIS E AMPARO SOCIAL E PATRIMONIAL ÀS MULHERES NO BRASIL (1950 – 1977) de Maria Cristina Cardoso Pereira, com base em elementos históricos, jurisprudenciais, doutrinários e sociais traz a tensão estabelecida entre a regulamentação civil do casamento e as formas costumeiras de união adotadas por casais no Brasil entre 1950 a 1977, denominadas popularmente "casamento à brasileira". Toma-se como referência os estudos de E.P. Thompson para justificar as escolhas metodológicas e apresentar similitudes e divergências com o "divórcio britânico" do século XIX. O artigo parte das constatações de Thompson de que havia evidências de que setores sociais subalternizados realizavam escolhas morais racionais e dialogavam com a institucionalidade, apresentando argumentos de ordem social, econômica e moral, além de soluções criativas para os constrangimentos legais. O período analisado justifica-se porque corresponde a uma guinada da jurisprudência e doutrina no Brasil, que passam a ponderar acerca de questões patrimoniais relativas aos direitos da esposa e da concubina. O artigo apresenta achados relativos a uniões civis no Centro Oeste brasileiro, com especial atenção a formas contratuais originais registradas por juízes de paz, delegados, advogados e oficiais de cartório. Ao final, sugere-se que os contratos que buscavam dissolver uniões prévias e regular novas uniões informais correspondiam ao desejo de garantia patrimonial e proteção às mulheres e seus filhos, além do reconhecimento social frente à comunidade em que os casais se encontravam inseridos.

A IDEIA DE LIBERDADE EM BENJAMIN CONSTANT E SUA NATUREZA DÚPLICE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DE PERSONALIDADE, de Ana Elisa Silva Fernandes Vieira e Dirceu Pereira Siqueira apresenta uma retomada histórica da ideia de liberdade a partir da obra de Benjamin Constant, e, por objetivos específicos, investiga as origens históricas da ideia de liberdade e sua colocação atual como um direito fundamental e de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, na primeira seção aprofunda nas origens históricas e jurídicas da liberdade e a segunda seção demonstra sua colocação como um direito fundamental e de personalidade. Ao final, após a análise da ideia do pensador francês sobre a liberdade dos antigos e dos modernos, conclui-se que a liberdade hoje, mais próxima a dos modernos, é protegida por duas classes de direitos subjetivos: o direito fundamental e o direito de personalidade.

O ACERTO DE CONTAS COM O PASSADO SOB A ÓTICA DOS VENCIDOS NA REVOLTA DA CABANAGEM de Ricardo Evandro Santos Martins e de Luis Fernando Pantoja Lopes realiza uma análise da revolução social da Cabanagem, que estourou de 1835 a 1840 na Província do Grão-Pará durante o período regencial. A Cabanagem mostrou-se como o movimento de maior expressão de modo que englobou escravos, lavradores, indígenas, pobres e até mesmo a própria elite. A revolta representa a luta de uma população em condições precárias contra o imperialismo, bem como contra os absurdos oriundos do poder central sediado no Rio de Janeiro. Aliado a isto, o texto também buscará expor a necessidade de quebrar com a tradição de uma narrativa dos vencedores e assim buscar contar a história no sentido contrário, isto é, a contrapelo com o objetivo de assegurar a versão daqueles que foram deixados no limbo, que foram oprimidos pela história tradicional permanente.

"CORPUS IURIS CIVILIS": DAS COMPILAÇÕES PRÉ-JUSTINIANÉIAS À COMPILAÇÃO DE JUSTINIANO, de Alexandre Naoki Nishioki, Flavio Gomes Jacinto Junior e Kaio Henrique Zanin Vieira disserta acerca dos aspectos basilares concernentes ao desenvolvimento de compilações jurídicas ao longo da antiguidade, tendo sido analisado o ínterim dentre as compilações pré-justinianéias e a compilação de Justiniano. Para isso, estudaram-se os fundamentos históricos do período do dominato, bem como as fontes de direito desta época, notadamente as "leges" e os "iura", essenciais para a exata compreensão do processo das compilações. Além disso, observou-se que o "Corpus Iuris Civilis" exerceu notável influência sobre o direito moderno, porém, para melhor compreendê-lo, foi necessário entender as produções das compilações jurídicas anteriores, denominadas compilações pré-justinianéias. Por outro lado, em razão de considerável parcela das fontes terem sido perdidas ao longo da história, o "Corpus Iuris Civilis" de Justiniano cuida-se de verdadeira fonte de cognição do direito romano, especialmente do período clássico, mediante o "Digesto", e do período pós-clássico, "ex vi" do "Codex", das "Novellae" e das "Institutiones". Evidenciou-se ter sido a obra de Justiniano fruto não apenas de sua apreciação pelo direito, mas resultado de grande admiração e reverência pela cultura romana. Também, analisou-se o método de compilação do "Digesto", empreendido pela comissão liderada pelo "quaestor sacri palatii" Triboniano, tratando-se da teoria das "massae" proposta por Friedrich Bluhme. Por fim, estudou-se a teoria de Antonio Guarino acerca do método de compilação do "Digesto", a qual, embora não seja capaz de refutar as massas bluhmianas, acrescenta argumentos razoáveis à discussão.

Já A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO: DA ANTIGUIDADE À CONTEMPORANEIDADE, de Renato Passos Ornelas, Jamile Gonçalves Calissin e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro realiza um estudo sobre a formação do direito enquanto

resultado direto da evolução da sociedade, e fenômeno já embrionariamente existente antes da atual formação legal. O conhecimento da história também permite um olhar sobre o desenvolvimento do Direito, desde os tempos anteriores à escrita, quando era baseado em costumes e normas aceitas pelo grupo social, até o Direito positivo e suas vertentes existentes nos dias de hoje, quando a Lei escrita não é mais um ponto de chegada, mas sim um ponto de partida para ser aplicada ao caso concreto. O escopo do estudo da história do Direito tanto para o estudante desta ciência como para os interessados, é dar a compreensão da sociedade que envolveu a elaboração das leis. Não se trata de conhecer tão somente as leis do passado, mas a maneira como o Direito evoluiu de forma lenta, porém gradual e segura, assumindo a forma que tem atualmente, ainda que com consideráveis diferenças, nos diversos países.

O MUNICÍPIO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE SUA FORMAÇÃO ATÉ O RECONHECIMENTO COMO ENTE FEDERADO de Jorge Heleno Costa, e de Lucas Augusto Tomé Kannoa Vieira visa aprofundar a compreensão acerca dos contornos históricos da formação identitária do município como ente federado no Brasil, desde sua formação, baseando-se em fatos históricos e, também, na análise histórica dos textos das Constituições brasileiras a partir de 1824 até 1988. O artigo se propões a fazer uma breve incursão nas bases históricas do processo de formação do Município Brasileiro e dos motivos que possivelmente levaram os constituintes de 1988 a inserirem o município como ente federado, ao lado da União e Estados-membros. Tendo como hipótese a ideia de que o município não foi criado por uma Constituição específica, mas sim formou-se a partir da modelagem portuguesa desde o “descobrimento”, a qual, por sua vez, teve influência romana, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar como os arranjos locais, existentes antes da chegada dos portugueses em 1500, foram fortemente influenciados pela cultura jurídica lusitana e deram forma ao município, mesmo antes da primeira Constituição, de 1824, e foi se consolidando ao longo do tempo, até chegar a ser considerado ente federado em 1988.

O EXERCÍCIO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO IMPÉRIO DO BRASIL: PRINCIPAIS ASPECTOS NO FINAL DO SÉCULO XIX, de Lucas Baffi Ferreira Pinto, Valter da Silva Pinto e Fernando Rangel Alvarez dos Santos, tem como pano de fundo o estudo da cidadania no Brasil. O artigo versa sobre o exercício dos direitos civis e políticos e tem como marco temporal a segunda metade do século XIX. Investiga os principais aspectos que giravam em torno de tais direitos, identificando as peculiaridades e os entraves no ambiente político do Império. O caminho percorrido envolveu a investigação da regulamentação existente, a fim de compreender a legislação vigente. Além disso, o estudo pretendeu investigar de que forma as discussões envolvendo as tentativas de mudanças foram conduzidas do debate público, além de refletir sobre os principais entraves e tensões decorrentes das divergências entre Estado e Igreja.

Encerrando as apresentações “PLUTARCO MARANHENSE DO SÉCULO XX”: ESCRITA, PODER E LEGITIMAÇÃO NA TRAJETÓRIA DO DESEMBARGADOR MÍLSON DE SOUSA COUTINHO, de Diogo Guagliardo Neves e de Mílson de Sousa Coutinho construiu sua trajetória a partir de um padrão local de consagração cuja origem está no Oitocentos. Um dos elementos caracterizadores é a profícua produção escrita não especializada e de cunho biográfico. Essa ampla produção se relaciona ao acesso a cargos eletivos, administrativos e judiciais, formando o perfil do “intelectual” local. Essa “erudição” tem como base modelos europeus adaptados ao contexto de periferização do Maranhão. Além de desembargador, era também nomeado como “advogado”, “jornalista”, “acadêmico” ou “historiador”, conforme as instâncias que estava inserto e de acordo com os livros que publicava a elas relacionados. No processo de conurbação de lugares culturais e profissionais, a titulação acadêmica e a escrita especializada perdem importância, vez que outras estratégias são socialmente mais lucrativas. Nomeado como o “Plutarco Maranhense do século XX”, seus diversos investimentos culminaram na entrada e permanência em várias posições de poder e reconhecimento, notadamente as de natureza política e jurídica. Sua notabilização está diretamente vinculada ao pertencimento a institutos culturais locais, conferindo-lhe ampla consagração. Seu esforço em biografar agentes relacionados às profissões do Direito se comunica com o que seria a “intelectualidade maranhense”, cuja representação está na “Athenas Brasileira”, composta por “vultos” postos de forma organizada e sem contradições, isso de acordo com as projeções e usos dessas imagens sociais pelo autor.

Daniela Silva Fontoura de Barcellos. Universidade Federal do Rio de Janeiro

Fabio Fernandes Neves Benfatti. Universidade do Estado de Minas Gerais.

Luciene Dal Ri. Universidade do Vale do Itajaí.

# A IDEIA DE LIBERDADE EM BENJAMIN CONSTANT E SUA NATUREZA DÚPLICE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DE PERSONALIDADE

# THE IDEA OF FREEDOM IN BENJAMIN CONSTANT AND ITS DUBLIC NATURE AS A FUNDAMENTAL AND PERSONALITY RIGHT

**Ana Elisa Silva Fernandes Vieira [1]**
**Dirceu Pereira Siqueira [2]**

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo geral realizar uma retomada histórica da ideia de liberdade a partir da obra de Benjamin Constant, e por objetivos específicos investigar as origens históricas da ideia de liberdade e sua colocação atual como um direito fundamental e de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, o artigo está dividido em duas seções (sem considerar introdução e conclusão) e cada uma correspondendo a cada um dos objetivos específicos. Assim, na primeira seção aprofunda nas origens históricas e jurídicas da liberdade e a segunda seção demonstra sua colocação como um direito fundamental e de personalidade. Como método de abordagem, utiliza o método dedutivo e como técnica de investigação emprega a revisão bibliográfica não sistemática nacional em artigos, livros, físicos e eletrônicos disponíveis nas bases de dados Google Acadêmico e Ebsco sobre os temas em discussão na pesquisa: Liberdade, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade. Ao final, após a análise da ideia do pensador francês sobre a liberdade dos antigos e dos modernos, conclui-se que a liberdade hoje, mais próxima a dos modernos, é protegida por duas classes de direitos subjetivos: o direito fundamental e o direito de personalidade.

**Palavras-chave:** Direito à liberdade, Benjamin constant, Liberdade dos antigos e dos modernos, Direito fundamental, Direito de personalidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present article has as general objective to carry out a historical resumption of the idea of freedom from the work of Benjamin Constant, and for specific objectives to investigate the historical origins of the idea of freedom and its current placement as a fundamental and personality right in the Brazilian legal system. . To this end, the article is divided into two sections (without considering introduction and conclusion) and each one corresponding to each of the specific objectives. Thus, the first section delves into the historical and legal origins of freedom and the second section demonstrates its placement as a fundamental and

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR.

[2] Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICESUMAR. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino.

personality right. As a method of approach, it uses the deductive method and as a research technique it uses the non-systematic national literature review in articles, books, physical and electronic available in the Google Scholar and Ebsco databases on the topics under discussion in the research: Freedom, Fundamental Rights and Personality Rights. In the end, after analyzing the French thinker's idea about the freedom of the ancients and the moderns, it is concluded that freedom today, closer to that of the moderns, is protected by two classes of subjective rights: the fundamental right and the right to personality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to liberty, Benjamin constant, Freedom of the ancients and the moderns, Fundamental right, Personality law

## INTRODUÇÃO

O direito à liberdade revela-se como um dos direitos mais essenciais à pessoa humana. Sem liberdade, não se exerce outros direitos tão essenciais quanto, como a vida, integridade psicofísica, desenvolvimento, convivência, alimentação, moradia, educação, enfim, direitos de personalidade e direitos fundamentais essenciais à manutenção de uma vida digna. Neste contexto, o objetivo geral da pesquisa consiste em realizar uma retomada histórica da ideia de liberdade a partir da obra de Benjamin Constant. Como objetivos específicos, propõe-se investigar as origens históricas da ideia de liberdade e a sua colocação atual dúplice no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental e um direito de personalidade.

Para tanto, o artigo está dividido em duas seções. Na primeira seção, aprofunda nas origens históricas da ideia de liberdade a partir da obra de Benjamin Constant, tendo em vista que suas reflexões acerca da liberdade são referência sobre o tema até hoje, o que justifica a escolha teórica. Na segunda e última seção analisa a dupla natureza do direito à liberdade, como um direito fundamental e um direito de personalidade, à luz da teoria geral dos direitos da personalidade.

O método de abordagem empregado é o dedutivo, e a técnica de investigação é a revisão bibliográfica não sistemática nacional e estrangeira não sistematizada em artigos em periódicos e livros disponíveis nas bases de dados Google Acadêmico e Ebsco.

Toda pessoa humana tem um direito a ser alcançado e resguardado em sua essencialidade, em suas mais diversas manifestações: o seu direito à liberdade. Em razão disso, os precedentes históricos e jurídicos devem ser conhecidos para a melhor compreensão do Direito em seu estado atual. Por isso a relevância deste texto em se descrever as origens do da ideia de liberdade, essencial a uma vida digna e ao desenvolvimento da personalidade. Ressalta-se, porém, que não se trata de uma tentativa de recuperação exaustiva dos conceitos de liberdade na história, mas uma reflexão sobre as mudanças por que passou a ideia de liberdade.

## 1 A IDEIA DE BENJAMIN CONSTANT SOBRE A LIBERDADE DOS ANTIGOS E A LIBERDADE DOS MODERNOS

A liberdade tem suas origens desde tempos antigos. É possível ‘rastreá-la’ desde muito antes da existência humana. A concepção de liberdade corresponde à noção que se concebe do homem em determinado momento histórico; e como a pessoa humana foi entendida de diversas formas (escravo/propriedade; cidadão livre da pólis; ser dotado de dignidade…), as concepções

de liberdade também são variadas na história. À medida que as relações entre pessoas vão se modificando, a ideia de liberdade também vai mudando. Apesar disso, a ideia de liberdade sempre esteve e está associada a uma relação que se estabelece com outrem; a liberdade sempre se estabelece a partir de uma relação com outro alguém ou coisa.

Diversos autores clássicos buscaram fundamentar e definir a ideia de liberdade. A título de exemplo: Rousseau (liberdade natural e liberdade civil), Locke (liberdade negativa), Montesquieu (liberdade política), Kant (liberdade interna e liberdade externa), Benjamin Constant (liberdade dos antigos e liberdade dos modernos) e Mill (liberdade individual). Neste trabalho, optou-se por partir das ideias de Benjamin Constant, pensador francês do século XIX, pois suas reflexões tornaram-se referência para o pensamento acerca da liberdade, pois demonstrou a essência dos direitos de participação política e dos direitos individuais, que passaram por intensas obstáculos na evolução da civilização ocidental, e estabeleceu a relação entre eles (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 10).

Benjamin Constant foi o pensador que consolidou a ideia de que existam duas perspectivas históricas diversas sobre a questão da liberdade: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos; em um discurso realizado no Athénée Royal de Paris, em 1819, em que aponta as diferenças entre a concepção de liberdade na Grécia antiga e em Roma e a das nações europeias do século XIX.

Em sua obra, Constant explica a existência de duas liberdades: uma é a liberdade, cujo exercício seria caro aos povos antigos; a outra, aquela cujo exercício refere-se às nações modernas (CONSTANT, 2015, p. 75).

A primeira liberdade, própria dos povos na antiguidade, permitia a livre participação de todos os cidadãos na vida da *pólis.* A concepção de liberdade que se tinha era de que ela correspondia a um atributo da cidade e não do indivíduo, sendo assim, para ser considerado livre era necessário que o indivíduo fosse considerado cidadão da *pólis*, o que demandava que a pessoa cumprisse determinados requisitos para ser-lhe atribuído à condição de cidadão.[1]

A liberdade dos antigos era uma condição atribuída ao sujeito considerado cidadão e era exercida coletivamente, mas de forma direta, para o exercício da soberania da pólis, como por exemplo, participar de deliberações em praça pública sobre guerra e paz, celebrar tratados de

[1] "Para ser cidadão, é preciso participar da administração da coisa pública, ou seja, fazer parte das assembleias que legislem ou governam a Cidade e administram a justiça. Consequentemente, nem o colono nem o membro de uma cidade conquistada podiam ser cidadãos. E nem mesmo os operários, embora livres (ou seja, mesmo não sendo cativos ou estrangeiros), poderiam ser cidadãos, porque faltava-lhes o 'tempo livre' necessário para participar da administração da coisa pública. Desse modo, os cidadãos revelam-se em número muito limitado, ao passo que todos os outros acabam, de alguma forma, sendo os meios que servem para satisfazer as necessidades dos primeiros." (REALE; ANTISERI, 1990, p. 208)

alianças com estrangeiros, votar leis, realizar julgamentos, praticar atos de gestão, dentre outros (CONSTANT, 2015, p. 78). Nesse sentido, a liberdade dos antigos consistia na partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; estavam totalmente sujeitos à autoridade do conjunto; valorizavam muito mais à vontade coletiva (CONSTANT, 2015, p. 78, 86). Ademais, segundo Constant (2015, p. 78), todas as relações e ações privadas estavam submetidas a uma vigilância coletiva severa.[2] Os cidadãos estavam a serviço do Estado, não o Estado a serviço dos cidadãos, e não tinham qualquer noção de direitos individuais; "Os homens não eram, por assim dizer, senão as máquinas que a lei regulava as molas e dirigia as rodagens." (CONSTANT, 2015, p. 80).

Como consequência dessa supervalorização do coletivo em detrimento do individual, na antiguidade, não se encontrava quase nenhum atributo de independência individual, quer sob o ponto de vista da liberdade, quer em relação à profissão ou religião[3].

Os antigos valorizavam a vontade coletiva e não reconheciam a existência de uma esfera individual que lhe fosse oponível, (CONSTANT, 2015, p. 86). Nas palavras do pensador francês, "o indivíduo, quase sempre soberano nos negócios públicos, é escravo em todas as suas relações privadas"[4] (CONSTANT, 2015, p. 79).

Assim, na antiguidade dos povos gregos e romanos, o cidadão não era concebido em sua individualidade, nem possuía direitos oponíveis ao Estado (com o qual mantinha uma relação de mera sujeição) (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 10).

O objetivo de Constant com essas considerações acerca da liberdade antiga foi a de demonstrar que aquele modelo já não tinha mais lugar no contexto político moderno que se consolidava na modernidade, sendo necessário pensar em uma nova liberdade que refletisse o progresso da história da humanidade, em que o indivíduo estivesse a salvo das arbitrariedades do poder e se considerasse a individualidade de cada um.

Sendo assim, a liberdade dos modernos seria aquela própria das sociedades posteriores às revoluções Francesa e Americana; tendo em vista que a ideia de liberdade foi incorporada ao Direito a partir dos séculos modernos (FERMENTÃO, 2009, p. 194).

---

[2] "A faculdade de escolher o próprio culto, faculdade que vemos como um dos nossos direitos mais preciosos, teria parecido crime ou sacrilégio para um antigo. Nas coisas que nos parecem mais fúteis, a autoridade do corpo social se interpõe e atrapalha a vontade dos indivíduos. [...] Em Roma, os censores têm um olho fiscalizador no interior das famílias. As leis regulam os costumes, e como existem costumes para tudo, não há nada que as leis não regulem." (CONSTANT, 2015, p. 78-79).

[3] Pois seguia-se a religião da família. Sobre isso: COULANGES, 2004. p. 35-42

[4] "Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, é circunscrito, observado, repri- mido em todos os seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, marca de morte seus magistrados ou seus superiores; como submisso ao corpo coletivo, ele pode, a seu turno, ser pri- vado do seu estado, despojado de suas dignidades, banido, condenado à morte, pela só vontade discricionária do con- junto de que faz parte." (CONSTANT, 2015, p. 79)

Constant (2015, p. 80 e seguintes) apresenta diversos fatores contribuíram para o advento de uma nova liberdade, como: a proeminência da esfera individual fruto do pensamento liberal; a mudança da relação dos Estados entre si e a diminuição de guerras; a importância política do cidadão; a abolição da escravidão que teve por consequência a menor participação na vida política; o progresso intelectual e moral da espécie humana; o crescimento do comércio dos modernos que estimulou a independência individual e diminuiu a dependência da autoridade e guerras entre Estados.

Outros movimentos históricos que demarcam o início da modernidade e que também contribuíram para a necessidade de se repensar a liberdade. Esse início da modernidade costuma ser identificado por mudanças sociais decorrentes de revoluções como a Reforma Protestante, a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, que romperam com as visões tradicionais impostas aos indivíduos pela Igreja, sistema econômico e pelo Estado. A modernidade constituiu uma nova relação destas instituições (religião, economia e Estado) com a sociedade (BITTAR, 2014, p. 29). É possível estabelecer essa relação porque o processo de surgimento da modernidade adveio de dois ideais: o anseio pela liberdade (comercial, intelectual, científica e religiosa, dentre outras) e a crença na razão, que revolucionou a forma de se enxergar a pessoa humana (ARENDT, 1995, p. 269-285; TAYLOR, 2000, p. 13-31; SANTOS, 2000, p. 60-68).

Além disso, o movimento intelectual Iluminista que surgiu na Europa no século XVIII teve bastante influência na modernidade, pois baseou-se em três pilares: razão, liberdade e o avanço da sociedade com o pensamento racional e à ciência. O Iluminismo contribuiu para a revisão crítica do Estado autoritário ao propor uma organização social democrática e política (FERMENTÃO, 2009, p. 71).

Como conta a história, os ideais iluministas foram pontos centrais na Revolução Francesa, de 1789. Os conceitos de igualdade, liberdade e fraternidade, desenvolvidos pelos iluministas, foram aplicados durante o processo revolucionário francês, e foram visualizados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Segundo Fermentão (2009, p. 71), neste período, o Direito à Liberdade estava sendo gerado para nascer como fruto desse movimento e da Revolução Francesa.

A Revolução Francesa é considerada a mais importante revolução da história para a liberdade humana, pois representou a luta do povo que não mais aceitava o modelo existente que mantinha os privilégios da nobreza e restrições à liberdade, além da luta pelos ideais de igualdade e fraternidade. A ascensão da burguesia e a luta por igualdade e liberdade estavam

no cerne da Revolução Francesa.[5] A Revolução surgiu a partir de ideias de autores como Rousseau e Voltaire que propagaram, dentre outros valores, a igualdade de todos perante a lei e a ausência de um direito, na lei da natureza, que justificasse a escravidão. (FERMENTÃO, 2009, p. 71).

A Revolução Francesa foi muito influenciada pelo liberalismo que advém das ideias republicanos e liberais do iluminismo. O liberalismo buscava limitar o poder estatal[6] e consolidar a necessidade de uma proteção da esfera jurídica individual a fim de se concretizar a felicidade individual. Essa felicidade individual seria alcançada na medida em que o Estado não opusesse obstáculos ao desenvolvimento dos instintos naturais de cada indivíduo. Daí a expressão "laisser faire, laisser passer". (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 20).

A palavra liberdade, uma das marcas da Revolução, significava: "propriedade de o alvedrio se determinar por sua própria energia, sem ser a vontade forçada a isso." (NASCENTES, 1981, p. 72-73), ou seja, a possibilidade de se agir por livre e espontânea vontade (BITTAR; ALMEIDA, 2022, posição 685).

O resultado da Revolução Francesa foi o reconhecimento da igualdade e liberdade; ideais foram consolidados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 26 de junho de 1789 que seguiu as concepções filosóficas da época e apregoou uma concepção individualista da sociedade, ao estabelecer: "todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; que o fim do poder é proteger esses direitos que são liberdade, propriedade e segurança. Que o poder existe, não no interesse dos que governam, mas no interesse dos governados. Que todo homem goza do direito de agir, de pensar e de escolher sua religião. A lei é igual para todos". (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, online).

Em harmonia com as concepções políticas e filosóficas da época, a Declaração buscou assegurar o máximo de independência da pessoa humana em sua coexistência social e impor limites ao exercício do poder estatal, o que denotava um rompimento com o paradigma absolutista, predominante até então (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 43).

[5] "O status quo era marcado pelo absolutismo no processo decisório e pelos privilégios outorgados às classes dominantes, o que se mostrava incompatível com a pretensão burguesa de participar da vida política e de ter um rol mínimo de direitos reconhecido." (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 41)

[6] Essa limitação pode ser contextualizada na plenitude do poder estatal ou em aspectos específicos que em determinadas circunstâncias de tempo e espaço, são considerados particularmente relevantes, como ocorre com a laicidade do Estado, que veda o intervencionismo religioso, ou a proscrição da censura, que valoriza a liberdade de expressão e permite o pleno desenvolvimento do ideal democrático. (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 20)

Veja-se então que essa Declaração representou um novo paradigma ao Direito[7], ao explicitar uma base de valores inerentes ao ambiente sociopolítico, reconhecendo a sua preexistência ao direito posto (BRITO In CONSTANT, 2015, p. 43)[8]. Esse paradigma foi fruto de lutas e enfrentamento à crise dominante da época e em prol da justiça, da igualdade e principalmente da liberdade (FERMENTÃO, 2009, p. 72-75).

O final do século XVIII é considerado um dos períodos mais importantes do pensamento político contemporâneo. Foi nesse período que o reconhecimento dos direitos humanos começou a disseminar-se e a sua observância deixou de ser vista como mera concessão do poder estatal. Ademais, tornou-se prevalecente no direito escrito, a concepção de que a lei encontra o seu fundamento de validade em uma norma superior, que direciona a sua elaboração e se sujeita a um processo diferenciado de modificação. Este foi o início do constitucionalismo. (GARCIA In CONSTANT, 2015, p. 34)

Constant como um pensador do século XIX não acompanhou as mudanças históricas e sociais vivenciadas no século XX e XXI. Apesar disso, é possível elucidar que o que foi e tem sido experienciado nestes períodos, corrobora com sua análise sobre a incompatibilidade da liberdade puramente negativa com o período moderno, e agora, pós-moderno.

Em razão destas e outras transformações, os modernos tinham uma liberdade bem distinta dos antigos. A segunda liberdade, conhecida pelos modernos, se constata do exercício 'pacífico da independência privada', pois o povo moderno estaria mais ligado aos prazeres da vida e consideravam a liberdade com proeminencia (CONSTANT, 2015, p. 90).

Benjamin Constant apresentou importante posicionamento sobre a liberdade dos modernos, em oposição à liberdade dos antigos. Em seu discurso, defendia que a independência individual é a primeira necessidade do homem moderno, a qual não se pode pedir que sacrifique em nome da liberdade política e que, por conseguinte, nenhuma das muitas instituições antigas, tão celebradas, opressoras da liberdade individual, poderia ser admitida nos tempos modernos (BRITO, 2013, p. 23). Nesse sentido, a liberdade dos modernos é entendida como a(s)

[7] "Os testemunhos da época e os historiadores do direito consideram que esse ato representou um momento decisivo, assinalando o fim de uma época e o início de outra, um marco, uma virada na história do gênero humano. Essa mudança de paradigma aconteceu como resultado da luta contra o paradigma dominante." (FERMENTÃO, 2009, p. 73).

[8] Vale mencionar que a Declaração francesa não se limitava à a enunciar a imperativa observância da liberdade individual. Segundo explica Brito (In CONSTANT, 2015, p. 43), também havia disposições sobre a organização do poder político, com o reconhecimento da soberania nacional (arts. 3º e 6º), da necessidade de existir uma força pública (art. 12) custeada pelos cida- dãos (art. 13), da imperativa aceitação dos tributos pela população (art. 14), da responsabilidade dos agentes públicos (art. 15), da lei enquanto expressão da vontade geral (16) e da separação dos poderes (art. 16).

garantia(s) concedidas pelas instituições para a segurança nos prazeres privados (CONSTANT, 2015, p. 85). Segundo Benjamin Constant, a palavra liberdade significava, em seus dias:

> É para cada um o direito de não ser submetido senão às leis, de não poder ser preso, detido, condenado à morte nem maltratado de maneira alguma pela só vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de manifestar sua opinião, de escolher sua profissão e de exercê-la; de dispor de sua propriedade ou mesmo de abusar dela; de ir e vir sem precisar de permissão e sem prestar contas dos seus motivos ou dos seus passos. É para cada um, o direito de reunir-se com outros indivíduos, seja para debater sobre seus interesses, seja para professar o culto preferido por ele e por seus companheiros; seja, simplesmente, para preencher seus dias e suas horas da maneira mais conforme às suas inclinações, às suas fantasias. Enfim, é o direito de cada um influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja pelas representações, petições e requerimentos que a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. (CONSTANT, 2015, p. 78)

A liberdade moderna seria propriamente a liberdade individual; e a liberdade política seria o que garantiria a liberdade individual, por isso, ainda indispensável na modernidade (CONSTANT, 2015, p. 96). A liberdade seria um salvo-conduto à expansão da personalidade individual, incluindo o direito de influir sobre a administração do governo, e um limitador à ação alheia, do Estado ou de terceiros" (GARCIA, In CONSTANT, 2015, p. 11).

Constant não pretendeu descartar a importância da vivência política dos cidadãos, tanto que afirmou que a liberdade política é o que garantiria a liberdade individual e não pode ser renunciada, sob o risco de se colocar em risco a própria liberdade individual.[9] O que ele defendeu é que a liberdade e o sistema político que serviram na antiguidade, não necessariamente servem aos tempos modernos (BRITO, 2013, p. 23).[10]

Dessa forma, os modernos reconhecem a importância da vontade coletiva, mas asseguram, de modo correlato, a existência de uma esfera jurídica individual imune à ação da maioria, o que seria fruto de um pensamento liberal[11]. (GARCIA, In CONSTANT, 2015, p.

[9] "Não é a garantia que é preciso diminuir, é o gozo que é preciso estender. Não é à liberdade política que quero renunciar; é a liberdade civil que reclamo com outras formas de liberdade política. Os governos não têm mais, como no passado, o direito de arrogar-se um poder ilegítimo. Mas os governos que partem de uma fonte legítima têm, menos que no passado, o direito de exercer sobre os indivíduos uma supremacia arbitrária. Possuímos ainda hoje os direitos que sempre tivemos, os direitos eternos a aprovar as leis, deliberar sobre nossos interesses, ser parte integrante do corpo social do qual somos membros. Mas os governos têm novos deveres. O progresso da civilização e as modificações operadas pelos séculos exigem da autoridade mais respeito pelos hábitos, pelas afeições, pela independência dos indivíduos." (CONSTANT, 2015, p. 97)

[10] "como a liberdade que precisamos é diferente daquela dos antigos, é necessário a essa liberdade uma organização diversa daquela que podia convir à liberdade antiga. Nesta última, quanto mais o homem consagra o tempo e as forças ao exercício dos seus direitos políticos, mais ele se imaginava livre. Na espécie de liberdade a que somos suscetíveis, mais exercício dos nossos direitos políticos nos deixará tempo para nossos interesses privados e mais a liberdade nos será preciosa." (CONSTANT, 2015, p. 99)

[11] "[a]lgebricamente falando: a democracia atribui ao indivíduo unicamente um valor finito; o liberalismo, um valor infinito. Para a democracia, portanto, o valor do indivíduo é multiplicável, o valor da maioria dos indivíduos

11). Ademais, para Constant, a modernidade exigiria um novo sistema político justamente para se assegurar a liberdade individual, e em seus escritos, esse sistema seria o sistema representativo. (CONSTANT, 2015, p. 99-100).

Conclui-se esta seção entendendo que enquanto a liberdade dos antigos limitava-se ao exercício de cidadania na pólis, sendo algo muito mais coletivo que individual; na modernidade, em razão de mudanças vivenciadas neste período histórico, entende-se a liberdade muito mais em um contexto individual e próprio de cada pessoa, do que coletivo, assegurando-se a existência da esfera jurídica de expansão da personalidade individual, que não pode ser violada por terceiros.

## 2 A LIBERDADE PÓS-MODERNA: COMPREENDENDO A DUPLA NATUREZA DO DIREITO À LIBERDADE

Garcia (In CONSTANT, 2015, p. 11), ao trazer uma explicação prévia do pensamento de Benjamin Constant, afirma que ainda que transcorridos mais de 200 anos da manifestação do filósoco, o mundo ainda permanece na mesma modernidade a que se referiu o pensador francês, pois a essência do seu pensamento político foi preservada; por isso é possível a análise da ideia de liberdade, no ordenamento jurídico nacional, a partir de suas contribuições.

Se na modernidade a liberdade assegurou o reconhecimento de direitos individuais, na pós-modernidade, entende-se que a liberdade assume novos contornos quanto a estes direitos; isto porque no século XX, a necessidade de se repensar a ideia de liberdade se agravou. O mundo vivenciou as duas grandes guerras mundiais e a liberdade de milhões de pessoas viu-se violada pelo poder do Estado, com aval e fundamento na legislação (alemã). Segundo Bittar (2014, p. 72-77), as duas guerras mundiais representaram o fracasso do projeto moderno, quando a humanidade vivenciou diversos o extermínio, indignidade e degradação da pessoa humana.

Sobre a pós-modernidade, entende-se que ela teve início no final do século XX, com as duas guerras mundiais. A crise da modernidade teria feito surgir um novo período, que alguns autores denominam de pós-modernidade. Para Bittar (2014, p. 72, 78) a pós-modernidade foi sendo produzida ao longo do século XX com cada fracasso e destruição que o abalo da modernidade; cada fator de desgaste do projeto moderno significou um passo em direção à pós-modernidade.

---

é superior ao da sua minoria; o valor individual infinito do liberalismo, ao contrário, por necessidade conceitual, é insuperável pelo conteúdo de valor de uma maioria, por maior que seja" (RADBRUCH, 2004, p. 99)

Em razão das atrocidades acometidas à pessoa humana, os países se despertaram para a urgente necessidade de se repensar, novamente, a ideia de liberdade e vinculá-la à noção de dignidade humana. Com o fim do conflito armado da segunda guerra, as nações lideradas pelos Estados Unidos da América, Rússia, Inglaterra, França, China e outras, em 1945, decidiram pela criação de um organismo internacional, a Organização das Nações Unidas, para promoção da paz entre as nações, deliberações quanto a segurança, diplomacia e cooperação internacionais, processos de negociações de paz ou na atenuação dos efeitos de conflitos armados em qualquer parte do mundo. Essa organização elaborou um documento, uma declaração de Direitos, com alcance universal a fim de guiar os povos nos princípios e valores básicos de respeito aos direitos humanos, fundada na dignidade da pessoa humana, dentre os quais está a liberdade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada em 1948; e entre os direitos protegidos está a liberdade[12].

A DUDH influenciou as Constituições de muitas nações. No Brasil, as Constituições federais acompanharam a evolução do Direito, mesmo tendo sofrido durante períodos de ditadura militar. Mas, diversos movimentos surgiram em prol do direito à liberdade, de escolha e proteção aos direitos fundamentais, o que culminou no movimento "Diretas Já" e resultou na promulgação da atual Constituição Federal de 1988. (FERMENTÃO, 2009, p. 76)

A Constituição de 1988 refletiu a ordem democrática e os valores extraídos da DUDH. Seu texto avivou os direitos e garantias individuais, como o direito à liberdade, as liberdades públicas clássicas e liberdades privadas, e estabeleceu o princípio da dignidade humana da pessoa humana como o fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Veja-se então que a ideia de liberdade na história moderna é fruto de uma longa construção e lutas jurídicas em prol do reconhecimento e preservação da pessoa humana e sua dignidade.

Nesse sentido, a pós-modernidade estabelece o seu projeto de progresso não mais em critérios materiais e econômicos, mas em fatores ligados à realização da dignidade humana (BITTAR, 2014, p. 74). Os movimentos histórico-sociais que conduziram à pós-modernidade são marcados por lutas e reivindicações menos políticas e mais existenciais, baseadas na liberdade do indivíduo, no reconhecimento de direitos humanos universais, acompanhado do

[12] Art. 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.
Art. 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.
Art. 4. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.
Art. 5. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.
Art. 6. Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. (NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, online).

avanço das ciências e das teorias psicanalíticas, a preocupação dos países com a proteção da pessoa humana e a inclusão da mulher no mercado de trabalho.

Reconhece-se que há muita diversidade, do ponto de vista acadêmico quanto à definição do que seja a pós-modernidade sendo diversas nomenclaturas, a partir de variados autores, atribuídas a esse período.[13] Nesta pesquisa, não serão aprofundadas estas concepções. Busca-se, tão somente, localizar a ideia de liberdade no contexto da pós-modernidade para demarcar uma diferenciação com a modernidade em si. Assim, não é objetivo específico verticalizar as ideias em torno da pós-modernidade, sendo apenas necessário entender que trata-se de um momento de mudança quanto aos ideais modernos; o que invariavelmente reflete na ideia de liberdade.

Constant já trazia a ideia de que a liberdade individual é uma marca do indivíduo moderno. Essa liberdade moderna seria a possibilidade de se fazer o que se quer, sem ingerências de poder; sendo as liberdades políticas, por meio de um sistema de representatividade, o instrumento de garantia da liberdade individual. É possível afirmar que os modernos iniciaram o processo de reconhecimento de direitos individuais, o que foi mais consolidado nos tempos atuais. Na pós-modernidade, a concepção individual tem ainda mais proeminência. E a liberdade também.

A questão central da liberdade no momento atual recai no problema: Qual é a solução para conciliar igual liberdade a todos? Como dar a todos a mesma liberdade? (BRITO, 2013). Constant (2015, p. 102) inclusive propõe em seu discurso que ao invés de renunciar a alguma das duas espécies de liberdades (política - dos antigos; e individual - dos modernos), é preciso, aprender a combinar uma com a outra.

Daí se estabelece a relação entre Direito e Liberdade. Cabe ao Direito instituir as restrições e impor limites para que todos possam ter e exercer a sua igual parte de liberdade. Fermentão (2009, p. 195, 199) explica que a liberdade jurídica corresponde a viver dentro dos limites[14] que o ordenamento jurídico lhe impõe, uma regra de autonomia.[15] Como a pessoa vive em sociedade, está sujeita a um ordenamento jurídico que impõe um limite para o exercício da

[13] Para alguns autores trata-se da 'modernidade tardia' (Anthony Giddens), 'supermodernidade' (Georges Balandier), 'modernidade reflexiva' (Ulrich Beck), 'modernidade líquida' (Zygmunt Bauman) e 'hipermodernidade' (Gilles Lipovetsky).

[14] "É precisamente este estabelecimento de limites, sobre o qual a vontade de todos pode chegar a acordo, que se verifica através do direito." (ZIPPELIUS, 2012, p. 267)

[15] "O exercício da liberdade deriva em uma regra de autonomia que importa a possibilidade de decidir sem condicionamentos externos. Não se trata de decidir sem limites, já que estes existem, e são derivados dos direitos dos outros e dos bens públicos. Trata-se que dentro do espaço de autonomia concedido pelo ordenamento jurídico o sujeito possa decidir por si mesmo" (LORENZETTI, 1998, p. 502).

liberdade[16]; e isso não significa limitação à liberdade. Essa delimitação existe em respeito aos outros membros da sociedade e aos bens públicos.[17]

Também entende Bobbio (2000, p. 118) que o Direito é um conjunto de limites às liberdades individuais para que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liberdade e também não lese a esfera da liberdade dos outros. O princípio e função do Direito são definidos como delimitação e regulação do exercício da liberdade juridicamente garantida (ZIPPELIUS, 2012, p. 267). Assim, o limite à liberdade é a norma jurídica, e sem esse limite, a liberdade não resistirá ao avanço em todas as direções.

O Direito tutela e estabelece limites à liberdade. Ao estabelecer esses limites, permite que a liberdade seja exercida por todas as pessoas. Essa tutela se dá, além de outros instrumentos, por meio dos direitos subjetivos.

Para se efetivar essa liberdade individual, foi reconhecida a categoria direitos subjetivos. O significado de direito subjetivo foi criado após o processo de individualização da liberdade a qual passou a ter um significado jurídico: liberdade é ter direitos efetivos e potenciais (BRITO, 2014, posição 24-25). Foi a proeminência da ideia de liberdade dos modernos, enquanto uma liberdade individual, que possibilitou a construção - e hoje o avanço - dos direitos subjetivos; e, atualmente, essa liberdade individual é protegida por meio dos desta categoria.

Entende-se por direito(s) subjetivo(s) o(s) direito(s) que relacionado(s) às "faculdades, poderes, permissões, discricionariedades ou a qualquer outro termo que queira se referir à possibilidade de escolha e decisão que se abre no horizonte do seu detentor." (OLIVIER, 2022, p. 38). Como todo direito subjetivo é produto da incidência de regra jurídica (um direito objetivo)[18], segundo Pontes de Miranda (1983, p. 232), ele corresponde a uma limitação à esfera de atividade de outro ou de outros possíveis sujeitos de direito.

O direito subjetivo é o "direito de negar a interferência externa em um campo próprio de ação (a própria vida, a própria propriedade, a própria disponibilidade) (FERRAZ JR., 2007,

[16] "Para preservação da liberdade de cada um e de todos, é imprescindível o respeito à lei, esta é a pedra angular de toda construção do moderno Estado de Direito." Ainda: "A lei é o parâmetro da conduta do cidadão. A limitação de sua liberdade só poderá ser condicionada por ela. [...] Em outras palavras, tão somente a lei poderá obrigar a execução de um dever, ou impedir a execução de determinado ato." (BITTAR; ALMEIDA, 2022, p. 469).

[17] "O direito equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações. Por esse modo, existe um limite para o exercício da liberdade." (FERMENTÃO, 2009, p. 198). Vicente Rao (1999, p. 53), ensina: "(...) o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes direitos são respeitados, por força dos deveres, que lhes correspondem".

[18] "o direito subjetivo e o direito objetivo, embora distintos, formam uma unidade que é a do próprio direito: Distintos, embora, quanto à natureza específica, o direito objetivo e o direito subjetivo, contudo, se juntam, formam uma unidade, que é a do próprio direito, em razão do fim que ambos tendem a realizar, qual seja a disciplina e o desenvolvimento da convivência, ou da ordem social, mediante a coexistência harmônica dos poderes de ação que às pessoas, desse modo, são reconhecidos, conferidos e assegurados" (RÁO, 1999, p. 537).

p. 9); direito de pretender a omissão de interferência indevida.". O direito subjetivo corresponde à faculdade que toda pessoa tem de agir em defesa dos seus direitos e para isso o direito objetivo deve tutelar essa faculdade de agir (HEINZMANN; FACHIN, 2010, p. 226).

O direito subjetivo pode ser público ou privado. O direito subjetivo público decorre de situações ou de relações jurídicas relacionados direta ou indiretamente com o Estado; em que o Estado se apresenta como sujeito ativo (titular), dotado de prerrogativas ou poderes, ou como sujeito passivo, sendo titulares os cidadãos e estrangeiros que se encontram em território nacional. (GUSMÃO, 2003. p. 264)

A Constituição Federal de 1988 acolheu essa distinção entre direitos subjetivos públicos (art. 5º, IV, VI, IX, XII, XX, XXIX) e direitos subjetivos privados (art. 5º, V e X) (DIREITO, 2002). Como exemplo de direitos subjetivos públicos cita-se os direitos de natureza política, direitos de caráter social e direitos de natureza estritamente jurídica, ou então, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos (AMARAL, 2002, p. 190).

A liberdade dos modernos, como vista, consiste na liberdade individual; e a esfera da liberdade individual deve ser resguardada ao indivíduo sob pena de se despojar completamente de valor a sua personalidade. Entre os direitos subjetivos que a resguardam há um que além de constituir uma posição imprescindível de liberdade, tem por objetivo de referência e objeto, a própria liberdade: é o direito à liberdade.[19] Esse direito à liberdade corresponde à "indiscriminada ausência de obstáculos ao exercício de sua atividade, apta a satisfazer aquilo que, na linguagem corrente, pode chamar-se a necessidade de fazer o que melhor lhe parece e lhe agradar". (DE CUPIS, 2008, p. 104)

Enquanto direito subjetivo, o direito à liberdade é protegido na categoria de direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, um direito individual de primeira geração, que limita a atuação do Estado e a interferência de qualquer outro terceiro naquilo que é a esfera mais íntima de proteção humana e consiste em um valor fundante da ordem jurídica. O bem jurídico deste direito é a própria liberdade, que pode ser definida como "a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune" (BITTAR, 2015, p. 167), o que pode ser entedida como a liberdade individual de Constant.

Já os direitos subjetivos privados correspondem aos demais direitos que têm por fonte o direito privado, como os direitos de personalidade. Nesse contexto, além de direito fundamental, a liberdade também está resguardada como direito de personalidade. Essas

[19] "A liberdade não se limita, então, a caracterizar a força jurídica que reveste um determinado bem, mas assume ela mesma a dignidade de bem sobre o qual incide a força jurídica do sujeito." (DE CUPIS, 2008, p. 104)

categorias se relacionam, pois, a construção da teoria dos direitos de personalidade se confunde com o processo de consagração dos direitos fundamentais, na medida em que ambas ganharam com o estabelecimento da pessoa humana como referencial nos ordenamentos jurídicos e da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos (CANTALI, 2009, p. 61).

Por algum tempo a doutrina clássica questionou a colocação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos sob o argumento de que a personalidade seria apenas um pressuposto de outros direitos, a capacidade para ter direitos e obrigações, e não poderia ser o *objeto* de uma categoria de direitos (CANTALI, 2009, p. 66). Ademais, no século XIX, o vínculo patrimonial representava expressão da própria personalidade do ser humano e não se admitia que o direito pudesse ter por objeto valores ou bens sem expressão patrimonial, não sendo a tutela da pessoa em si o suficiente." (CANTALI, 2009, p. 69). Ocorre que há dois sentidos de personalidade. Segundo San Tiago Dantas:

> A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em direitos de personalidade, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como a personalidade. (SAN TIAGO DANTAS, 2001, p. 192).

No século XX, com a afirmação da dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica e social e a valorização dos interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais, a categoria dos direitos subjetivos foi repensada e ocupou-se também das relações que envolvem interesses extrapatrimoniais. Além disso, houve o alargamento do conceito de bem jurídico, que passou a englobar bens extrapatrimoniais; o bem jurídico passou a incorporar a totalidade dos bens corpóreos e incorpóreos.[20] E afirmaram-se os direitos de personalidade como direitos subjetivos. (CANTALI, 2009, p. 67-69).

Sendo assim, é possível que os direitos de personalidade sejam enquadrados como direitos subjetivos na medida em que a personalidade não é considerada apenas como capacidade de adquirir direitos e deveres, mas também como um valor. Explica Cantali (2009, p 69) que os direitos de personalidade, previstos e tutelados pelo direito objetivo, são direitos

[20] "O objeto da relação jurídica pode ser uma coisa nas relações de direitos reais, pode ser uma ação humana nas relações de direitos obrigacionais e pode ser também um atributo da própria pessoa que são os direitos de personalidade." (CANTALI, 2009, p. 68)

subjetivos não patrimoniais, vinculados à ideia de proteção do homem naquilo que lhe é de mais íntimo, ou seja, seu livre desenvolvimento enquanto ser.[21]

Os direitos de personalidade são os direitos subjetivos - na medida em que estabelecem um dever jurídico de não lesar esses atributos da pessoa humana - que têm por objeto os atributos da personalidade humana, como a vida, a honra, a imagem, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade, dentre outros. Isto é, os diversos aspectos da pessoa, suas emanações e prolongamentos. Borges (2007, p. 20) explica que o objeto destes direitos são as projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais essenciais.

No Brasil, a proteção dos direitos da personalidade se dá tanto por meio de um direito geral para se tutelar de forma global a personalidade humana quanto por meio de direitos específicos tipificados no ordenamento jurídico. Juntas, estas normas proporcionam uma tutela mais eficaz da personalidade (ZANINI; ODETE, 2021, p. 26-28).

Neste contexto, além de um direito fundamental, o direito à liberdade também é um direito de personalidade. Explica-se. O direito à liberdade corresponde à ausência de obstáculos ao exercício da atividade pessoal, e o bem jurídico protegido nada mais é do que a não ingerência no modo de ser da pessoa, tanto físico como moral. De Cupis (2008, p. 108) explica que essa bem jurídico, deriva da norma jurídica que limita o ordenamento jurídico próprio do Estado moderno.

Para De Cupis (2008, p. 108-109), essa norma geral visa excluir qualquer outra limitação à liberdade, acima daquelas estabelecidas no ordenamento jurídico; e corresponde a uma correlativa obrigação da parte de todos os outros sujeitos. Essa norma é o princípio da legalidade, que estabelece que a pessoa tem de fazer tudo o que se queira no âmbito das limitações fixadas pelo ordenamento jurídico.[22] Nesse sentido, o Estado moderno inspira-se no princípio do arbítrio individual, e não pode sofrer limitações que não sejam aquelas já fixadas pelo ordenamento jurídico; o que impõe a existência de uma norma complementar: o direito à liberdade.

[21] "[...] embora se reconheça nos direitos da personalidade uma certa imprecisão, o que torna difícil integrá-los nas categorias dogmáticas estabelecidas, é de consenso considerá-los direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual. Da natureza do próprio objeto, vale dizer, da sua importância, decorre uma tutela jurídica "mais reforçada" do que a generalidade dos demais direitos subjetivos, já que se distribui nas esferas de ordem constitucional, civil e penal." (AMARAL, 2002, p. 249).

[22] "A liberdade é, assim, base pressuposta do direito. Se o próprio Estado está submetido à ordem jurídica, então a subordinação do indivíduo ao Estado deve estar limitada àquilo que a ordem prescreve. Ora, aquilo que resta ao indivíduo, subtraídas todas as limitações jurídicas estabelecidas para a ação individual, isto constitui sua esfera de liberdade." (FERRAZ JR., 2007, p. 9-10)

É possível relacionar o direito à liberdade com o direito de personalidade na medida em que cada uma das manifestações de liberdade, como liberdade de ir e vir, religiosa, de pensamento e expressão, sexual, negocial, dentre outras, decorrem de prolongações da personalidade humana. O direito à liberdade impõe que em todas estas e outras expressões da liberdade, inexista qualquer obstáculo ao desenvolvimento da atividade[23]. Nesse sentido, Capelo de Sousa (2011, p. 256) afirma que a proteção juscivilística do bem da liberdade humana decorre do direito geral de personalidade.

Para Mota Pinto (1999, p. 152), a liberdade é a base do desenvolvimento da pessoa que se pauta-se na concepção do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. E afirma que a forma de realização da personalidade humana não é algo pré-determinado, mas trata-se, antes, de algo que se auto institui ou constrói, segundo o seu próprio projeto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autônoma. Logo, a base deste desenvolvimento da personalidade encontra-se justamente na liberdade.

É possível concluir que a liberdade, enquanto tutelada pelo Direito, atualmente tem dupla natureza: além de ser um direito fundamental, é também um direito de personalidade. Neste contexto, entende-se que o processo de evolução histórico-jurídico é um caminhar em avanços e retrocessos quanto à conquista e efetivação da liberdade.

## CONCLUSÃO

Este artigo teve por objetivo geral realizar uma retomada histórica da ideia de liberdade a partir da obra de Benjamin Constant, e como objetivos específicos, investigar as origens históricas da ideia de liberdade e a sua colocação atual dúplice no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental e um direito de personalidade.

Nesse sentido, na primeira seção, analisou-se as ideias de Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Constatou-se que a liberdade dos antigos limitava-se ao exercício de cidadania na *pólis*, sendo algo muito mais coletivo que individual. Já a liberdade dos modernos, em razão de mudanças vivenciadas, refere-se muito mais a um contexto individual e próprio de cada pessoa e busca assegurar a existência da esfera jurídica de expansão da personalidade individual, que não pode ser violada por terceiros.

[23] "tal atividade pode assumir diferentes formas e aspectos, ou seja, pode seguir em várias direções, segundo as diversas atitudes naturais do homem; e podem configurar-se outras tantas especificações do mesmo fundamental direito à liberdade, correspondentes às direções que pode assumir a atividade humana." (DE CUPIS, 2008, p. 110).

Diante deste contexto, na segunda e última seção, analisou-se a liberdade hoje e sua colocação como dois direitos subjetivos: como direito fundamental e como direito de personalidade. E, concluiu-se que a liberdade individual no período atual é protegida por duas categorias de direitos subjetivos: os direitos fundamentais e os direitos de personalidade. Em ambos os casos, o bem jurídico tutelado é a autonomia humana, o modo de ser da pessoa, colocando-o a salvo de obstáculos e ingerências tanto de terceiros quanto do próprio Estado.

## REFERÊNCIAS


AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C B.; ALMEIDA, Guilherme Assis D. **Curso de Filosofia do Direito.** 16. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022. E-book.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** 2 ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRITO, Laura Souza Lima E. **Liberdade e direitos humanos:** fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade.** 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Tradução: Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação. **Revista de Direito Renovar,** Rio de Janeiro, v. 23, p. 31-42, maio/ago. 2002.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade:** por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O futuro do direito. **Revista USP**, São Paulo, n. 74, p. 6-21, jun./ago. 2007. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/13599/15417/16574. Acesso em: 1 out. 2022.

GARCIA, Emerson In CONSTANT, Benjamin**. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Tradução: Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 33. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003.

HEINZMANN, Clara; FACHIN, Zulmar. Os direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado,** v. 10, n. 1, p. 217-234, jan./jun. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** Tradução: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado:** parte geral. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo V.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito.** Universidade de Coimbra: Portugal-Brasil, Coimbra, 1999, p. 149-246.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 26 set. 2022.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário de sinônimos.** 3. ed. 1981.

OLIVIER, André. A linguagem dos direitos subjetivos e as liberdades individuais: entre permissões, poderes e imunidades. **Revista Opinião Jurídica,** Fortaleza, v. 20, n. 33, p. 31-59, jan. 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia:** Antiguidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; ODETE, Novais Carneiro Queiroz. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **civilistica.com**, v. 10, n. 2, p. 1-28, 19 set. 2021.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito.** Série IDP – Linha direito comparado. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book.