

CONGRESSO DE DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

**MARILU APARECIDA DICHER VIEIRA DA CUNHA REIMÃO
CURRALADAS**

YNES DA SILVA FÉLIX

A532

Anais do Congresso de Direitos Humanos [Recurso eletrônico on-line] Congresso de Direitos Humanos: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Livia Gaigher Bósio Campello e Elisaide Trevisam – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-879-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Acesso à justiça e promoção dos direitos humanos e fundamentais.

1. Direitos humanos. 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Acesso à justiça. I. Congresso de Direitos Humanos (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



CONGRESSO DE DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e o Observatório de direitos humanos, desenvolvimento sustentável e acesso à justiça realizou entre os dias 18 e 20 de outubro de 2023 o Congresso de Direitos Humanos, de forma híbrida e com o tema central “Acesso à justiça e promoção dos direitos humanos e fundamentais”, em parceria e apoio da Rede brasileira de pesquisa jurídica em direitos humanos (RBPJDH), do Instituto de Desenvolvimento Humano Global (IDHG), do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

O Congresso de Direitos Humanos, em sua primeira edição abrangeu todas as regiões do Brasil, além da submissão de trabalhos diretamente da Europa e América do Sul. Contou com a participação de docentes, graduandos, graduados, especializando, especialistas, mestrando, mestres, doutorandos e doutores de diversas instituições apresentando suas pesquisas em grupos de trabalho, além de palestras e conferências, promovendo, assim, discussões e debates enriquecedores para a consolidação da pesquisa científica internacional e brasileira.

Contemplando áreas vinculadas aos direitos humanos, foram submetidos mais de 150 artigos científicos, dos quais 100 foram aprovados para apresentação. Esses trabalhos passaram por um processo de submissão e avaliação às cegas por pares. Eles foram distribuídos em 6 Grupos de Trabalho na modalidade online, abrangendo diversas áreas do direito. Além disso, mais de 100 acadêmicos se inscreveram como ouvintes para participar do evento.

Resultado de um esforço em conjunto, o evento promoveu contribuições científicas valiosas na área de Direitos Humanos entre os participantes do evento, palestrantes e docentes notáveis na comunidade acadêmica. As pesquisas apresentadas durante o Congresso demonstram a importância do debate e estudo das temáticas pertinentes à sociedade contemporânea.

É com grande satisfação que apresentamos os Anais que podem ser prontamente classificados como elementos de significativa importância no conjunto de publicações dos eventos científicos. Isso ocorre devido à sua capacidade de documentar conhecimentos que,

no futuro, servirão como referência para direcionar novas investigações, tanto a nível nacional quanto internacional, revelando avanços notáveis dos temas centrais que constituem o cerne dos estudos na área jurídica.

Desejamos uma excelente leitura.

Vladmir Oliveira da Silveira

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

Elisaide Trevisam

Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Vice-Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE LIBERDADE: LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA

REFLECTIONS ON THE RIGHT TO FREEDOM: POSITIVE AND NEGATIVE FREEDOM

Tatiana Dias de Oliveira Said ¹
Maria Paula Zanchet de Camargo ²
Elisaide Trevisam ³

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o conceito de liberdade como direito humano e sua proteção jurídica no Brasil. A metodologia utilizada será dedutiva e qualitativa, com caráter exploratório e documental por meio de revisão bibliográfica. Na primeira etapa será realizada uma análise sobre o direito de liberdade como direito humano, na etapa seguinte discorre-se sobre os conceitos de liberdade positiva e negativa e, por fim, será abordada a proteção jurídica do direito de liberdade. Conclui-se que o direito de liberdade, tanto de forma positiva quanto negativa, precisa ser garantido e efetivado para o exercício de uma vida digna

Palavras-chave: Direito de liberdade, Liberdade positiva e negativa, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to analyze the concept of freedom as a human right and its legal protection in Brazil. The methodology used will be deductive and qualitative, with an exploratory and documental character through a bibliographic review. In the first stage, an analysis of the right to freedom as a human right will be carried out, in the next step, the concepts of positive and negative freedom will be discussed and, finally, the legal protection of the right to freedom will be addressed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to freedom, Positive freedom and negative, Human rights

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD/UFMS)

² Mestranda em Direito pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), com financiamento pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

³ Orientadora. Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Os direitos e liberdades são frutos de conquistas árduas no decorrer da história e se baseiam no modelo ocidental, que se expressa como um sistema complexo, interdependente e dinâmico, com diversos posicionamentos ideológicos, filosóficos, textos normativos e instituições.

Desde a Antiguidade Clássica, até os documentos mais recentes, formam um corpo jurídico de instituições e normas de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional.

Devido a característica de historicidade, que compõe os direitos humanos, o conceito da palavra “liberdade” sofreu diversas mutações, ao longo do tempo, desde a antiguidade clássica, idade média, idade moderna, e principalmente, nos marcos históricos fundamentais, como o Iluminismo, Revolução Francesa e Segunda Guerra Mundial.

Diversos estudiosos, historiadores, filósofos e juristas, centrados na temática, conceituaram o termo liberdade, que está relacionado a diversos outros valores e com a própria noção de Direito, fundamentando-se, reciprocamente, considerando que não existe liberdade sem Direito, assim como, não há direito sem liberdade. Trata-se de um valor supremo, fundamental e inerente à condição humana.

A presente pesquisa apresenta como objetivo analisar alguns conceitos de liberdade formulados por estudos científicos, dentro dos períodos históricos, assim como, analisar o ideal de liberdade como direito humano e sua inserção no conteúdo do Direito Fundamental, em diplomas legais internacionais, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Para alcançar o resultado pretendido, a metodologia da presente pesquisa será por meio da abordagem dedutiva e qualitativa, a partir da técnica exploratória e documental e com a aplicação do método de revisão bibliográfica.

1 DIREITO DE LIBERDADE COMO DIREITO HUMANO

No decorrer dos séculos diversos filósofos, pensadores, historiadores e juristas discorreram sobre os direitos humanos.

Thomas Hobbes (2015), um dos principais expoentes do pensamento contratualista na Filosofia Política (Leviatã - 1651), considerado por uns como um jusnaturalista, e por outros,

um juspositivista, foi um dos primeiros que versou claramente sobre o direito do homem – colocando-os como absolutos, em razão da própria natureza.

Para Maria Mendez Rocasolano e Vladimir Oliveira da Silveira (2010), de forma generalizada, a sociedade entende “direitos humanos” como o conjunto dos direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade, e dado seu caráter histórico, o significado de seu conceito, pode ser alterado, a depender de vários fatores, consideráveis, em determinado grupo social.

Essas ideias demonstram que os Direitos Humanos concernem a um acervo de liberdades e garantias básicas pertencentes a todos os seres humanos.

Esse direitos não dependem de etnia, religião orientação sexual, gênero, origem social, ou qualquer classificação, e incluem liberdades civis e políticas, como liberdade de associação, reunião pacífica, liberdade de expressão, além dos direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito à saúde, à segurança, à alimentação, à educação, ao trabalho, e ao lazer.

A bibliografia científica dispõe de várias designações sobre o tema direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais.

Verifica-se que não há um rol taxativo elencando os direitos humanos, diante da própria historicidade que os caracteriza, fazendo com que se modifiquem ao longo do tempo, bem como, diante das necessidades que vão surgindo na sociedade.

Ramos (2017, p 21) apresenta a seguinte classificação dos direitos humanos: “direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam obrigações do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência”.

No tocante ao direito de liberdade, seu conceito, assim como os demais, sofreu mudanças, principalmente nos marcos históricos fundamentais: Iluminismo, Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial. Para Norberto Bobbio (1997, p. 708):

O conceito de liberdade, tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usado para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica.

Bonavides (2007, p. 563-564) explica que:

São considerados direitos de primeira geração ou dimensão, que tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Para Alexy (2008, p. 218),

Liberdade é um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros que existe, e o cerne do conceito de liberdade se encontra na ausência de obstáculos, restrições e embaraços. O conceito de liberdade tem uma conotação emotiva positiva, que conduz a uma extensa filosofia jurídica, social e moral.

Seguindo o mesmo raciocínio, sobre a variedade de conceitos que a palavra liberdade contém, Bittar (2003) explana que a definição da liberdade pode variar amplamente.

Para algumas pessoas, alegar exercer sua liberdade pode ser usado como desculpa para a prática de arbitrariedades. Enquanto isso, outros encaram como princípio fundamental na formação do contrato social (Bittar, 2003).

Por isso, existem diversas concepções de liberdade, o que por si só já traduz o altíssimo interesse que o termo possui para as investigações filosóficas e para as perspectivas da vida humana.

A ressignificação do conceito da palavra liberdade foi influenciada, sobretudo, diante da participação do homem na sociedade e diante dos conflitos históricos, que permearam o decorrer dos séculos, desde a antiguidade, até a era contemporânea.

Na Antiguidade, para Aristóteles, citado por Rabuske (1999, p. 89): “A liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”. Para o filósofo, o homem livre era aquele que tinha a faculdade de agir ou não agir, conforme sua vontade.

No século XVI, o contexto que se apresentava no ocidente, principalmente na Europa, era o de guerras e intolerância religiosa, especialmente entre católicos e protestantes, no qual a Inglaterra dos séculos XVI e XVII, apresentava-se como palco de violentos conflitos, que ocasionaram perseguições e mortes.

Nesse contexto de guerras religiosas, marcado por divergências, perseguições e intolerância, John Locke (1632-1704), escreveu uma das principais obras sobre o tema,

intitulada de “Carta sobre a tolerância”, escrita em 1685, e editada em 1689, que à época, defendeu a separação entre o Estado e a Igreja, na qual se abordava os limites do poder político, para que não houvesse a elaboração de leis, baseadas em preceitos religiosos, a fim de se evitar, também, perseguições religiosas, violência e totalitarismo.

Para Locke, qualquer forma de governo só será legítima se fundamentada no consentimento livre dos homens - a única condição de um estado de paz entre os indivíduos é a segurança no estado civil.

Para Nodari (2014, p. 53): “Locke parte do estado de natureza, onde os homens já são dotados de razão e desfrutam dos direitos à vida, à saúde, à liberdade e aos bens, para fundamentar, pela mediação do contrato social, a passagem para o estado civil”

Durante os séculos XVI a XVIII, ocorreram três grandes revoluções que deram início ao Estado liberal: 1. Revolução inglesa (1688) - afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional. 2. Revolução americana (1776) - Declaração de Independência e Declaração de Direitos, 1791 3. Revolução francesa (1789) - advento do Estado liberal, e finalmente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com caráter universal, que exprimiu os direitos individuais e coletivos dos homens.

No século XIX, Stuart Mill (1806-1873) propagava que o cidadão era livre para buscar o próprio bem, e que o desenvolvimento e bem-estar da sociedade, dependiam do bem-estar do indivíduo.

Clodoaldo Meneguello Cardoso (2003, pp. 55) explica o pensamento do filósofo liberal, que significou um avanços, a partir do pensamento de Locke e Voltaire, em relação a liberdade e tolerância: “Stuart Mill, no século XIX, ampliou essa discussão, abordando a questão da liberdade para toda a conduta social. Ele procurou fundamentar a liberdade civil equacionando os limites entre a autonomia individual e o controle social”.

Nessa linha de evolução, no século XX, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispondo sobre o ideal comum de uma sociedade baseada na igualdade, liberdade e fraternidade, e que atualmente representa o instrumento jurídico mais relevante na proteção dos direitos humanos, que estabelece, em seu art. 2:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...].

Verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos elencou diversos direitos e liberdades, imprescindíveis para o exercício da soberania. Seguindo esse raciocínio, que o direito de liberdade equivale ao livre-arbítrio, consistente na capacidade de decidir, em conjunto seu futuro comum, ou da nação a que pertencem, Bittar (2003) explana o pensamento de Hannah Arendt:

Quando a liberdade se tornou livre-arbítrio. Desde então, a liberdade tem sido um problema filosófico de primeiro plano, e, como tal, foi aplicada ao âmbito político, tornando-se assim, também, um problema político. Devido ao desvio filosófico da ação para a força de vontade, da liberdade como um estado de ser manifesto na ação para o *liberum arbitrium*, o ideal de liberdade deixou de ser o virtuosismo, no sentido que mencionamos anteriormente, tornando-se a soberania, o ideal de um livre arbítrio, independentemente dos outros e eventualmente prevalecendo sobre os outros (BITTAR, 2003, s/p).

Diante dessas considerações, em sentido amplo, pode-se conceituar a instituição liberdade como a possibilidade de fazer e não fazer tudo o que seja licitamente permitido.

Segundo Mattos Junior (2009,

Ressalta-se que, o enfoque teórico – filosófico e científico – deverá imprescindivelmente estar atento à realidade histórica da sociedade, a fim de que se alcance a efetiva concretização dos direitos fundamentais considerados de maior relevância pública, na esfera do conflito de interesses, sem se macular o primoroso ideal dos direitos humanos fundamentais.

A liberdade constitui, portanto, o direito de toda pessoa em conformidade com a lei, de organizar e reger sua vida individual e social de acordo com as suas convicções pessoais, políticas e religiosas, caracterizando-se na responsabilidade do indivíduo por seus próprios atos, e o envolvimento da consciência de cada pessoa, com o poder, dever e identidade individual.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE LIBERDADE

Os Direitos Humanos são dotados de historicidade e diversos documentos representaram a formação e reconhecimento das liberdades, dentre os mais significativos, a Magna Carta (Inglaterra, 1215); Petition of Rights (Inglaterra, 1628); Habeas Corpus Act (Inglaterra, 1679); Bill of Rights (Inglaterra, 1689); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789); e Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Conforme José Afonso da Silva, (2003, p. 232)

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. [...] Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está inserido no artigo 5º, inciso II, que estabelece: “Art. 5º: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Frente aos acontecimentos históricos, e diante desse raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é considerada o pilar internacional dos direitos humanos a serem resguardados por todos os Estados, e o mais importante documento que rege a matéria, deve ser contextualizada, historicamente, à época de sua proclamação, em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, durante o período de surgimento de regimes autoritários em que se fez o uso exagerado da força, para reprimir as insurgências políticas, assim como, as atrocidades cometidas, e a intensa violação dos direitos.

O direito de liberdade vem exposto, nos dispositivos da DHUD, que segue em seu art. 18: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular”, complementando o artigo 19 “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Para Mattos Junior (2009):

Os direitos fundamentais apresentam sua gênese na concepção humana de que a liberdade é o bem mais precioso à existência digna da vida. Deve-se ter em mente que a ideia de liberdade não representa, tão somente, a condição individual do ser humano de poder se locomover, resumindo-se a liberdade ao direito de ir e vir. A liberdade é expressão bastante ampla. É gênero que comporta diversas espécies. Observa-se que, com a evolução histórica da humanidade, a liberdade era restrita em relação ao homem e à sociedade. Com o tempo, esta sociedade primitiva se consagra em Estado e, a liberdade passa a ser combatida pelo indivíduo em relação ao Estado.

No tocante à Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), verifica-se que o referido diploma legal adota diversos termos em relação à designação do tema. Primeiramente, o termo direito humano, apresenta-se no art. 4º, II, e posteriormente, no Título II, concebe-se como direitos e garantias fundamentais.

A expressão direitos e liberdades fundamentais, encontra-se disposta no art. 5º, XLI, da CF, enquanto o inciso LXXI sustenta a locução direitos e liberdades constitucionais, e o art. art. 5º, § 1º, menciona direitos e garantias fundamentais. No art, 17, emprega-se a expressão direitos fundamentais da pessoa, enquanto o art. 34, VII, “b”, prevê a nomenclatura: direitos da pessoa (art. 34, VII, b). Por fim, no Ato das Disposições Transitórias, utiliza-se, novamente, a denominação “direitos humanos”.

Para Ramos (2017), no direito- liberdade há a ausência de agir do Estado, diante de uma liberdade individual. Ou seja, o Estado não pode interferir na esfera privada do indivíduo, ao exercer uma liberdade individual, como por exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento, prevista no art. 5, IV, da CF.

Na Carta Magna brasileira, as liberdades permeiam a maioria dos incisos do artigo 5º, sendo protegidas, mais especificamente, nos incisos IV (Livre Manifestação do Pensamento), VI (Liberdade Religiosa), XV (Liberdade de Locomoção) e XVII (Liberdade de Associação), caracterizando-se o “ser livre de,” como uma liberdade das restrições da sociedade, o “ser livre para”, uma liberdade para fazer o que queremos fazer.

E finalmente, “ser livre para ser”, uma liberdade não apenas para fazer o que se quer, mas para o que se quer ser. Trata-se de uma cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: as pessoas têm o direito de autodeterminação, se não houver uma lei que proíba ou imponha um dado comportamento.

Logo, só a lei pode restringir a liberdade individual, e a Constituição prevê ainda, um acervo identificado como liberdades públicas, que consistem em espaços da esfera individuais insuscetíveis de ingerência pelo Estado, que se encontra previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5 da Constituição, em cujo caput se garante “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

A Constituição Federal Brasileira não apenas consagrou o direito à liberdade em suas várias manifestações, mas também estabeleceu salvaguardas contra a intervenção do legislador e dos agentes públicos encarregados da execução das leis.

Essas salvaguardas se materializam por meio das garantias materiais, que compreendem normas que restringem os tipos de condutas que podem ser criminalizadas, proíbem a tipificação de certos comportamentos e limitam o poder estatal de privar um indivíduo de sua liberdade.

Isso é alcançado por intermédio do princípio geral da legalidade, que, quando aplicado ao direito penal, se desdobra no princípio específico da reserva legal, como expressamente estabelecido no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Nesse viés, a Carta Magna brasileira elencou as garantias constitucionais processuais ao direito de liberdade através de instrumentos jurídicos que garantam o exercício do direito de liberdade do indivíduo e sua proteção contra ações do Estado ou de terceiros,

Cita-se como exemplo o habeas corpus, disposto no inciso LXVIII do art. 5: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” e o mandado de segurança, previsto no inciso LXIX do art. 5, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Portanto, não basta que o direito de liberdade esteja previsto nos ordenamentos pátrios, mas também, que haja meios e garantias, para efetivá-los.

Conforme elucida Bittar (2003), é da própria natureza do Estado de Direito escolher a lei como garante e protetora da liberdade individual. A garantia e a proteção da liberdade serão realizadas de diversas formas, dependendo da especificidade de cada ramo do Direito.

De acordo com Thadeu Weber (2015),

É importante frisar que o conceito de liberdade substancial não está desvinculado das liberdades individuais. Falar, pois, do universal do Estado significa apontar para as instâncias mediadoras que o constituem. A liberdade, em suas possibilidades e limites, precisa ser situada no contexto destas instâncias. A condição do seu efetivo exercício requer o mútuo reconhecimento das vontades particulares nas suas relações institucionais.

Entretanto, é um princípio consolidado no sistema jurídico brasileiro que nenhum direito estabelecido na Constituição pode ser considerado absoluto. Isso ocorre porque os direitos são sujeitos a limitações impostas por outros direitos ou mesmo por valores consagrados na própria Constituição.

Com o direito de liberdade não é diferente, especialmente, à liberdade de informação, que encontra limites no próprio texto constitucional, que dispõe no art. 220: “1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

O direito à liberdade de informação, para dar um exemplo, encontra restrições nos direitos da personalidade. Essas restrições são igualmente protegidas como direitos fundamentais, o que pode resultar em um conflito de princípios fundamentais.

Isso se baseia na abordagem de Alexy (2008), que implica na relativização dos princípios e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. O objetivo é avaliar a ponderação de cada um deles em uma situação concreta e determinar qual deles terá maior peso.

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula "dentro das possibilidades jurídicas", aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos (ALEXY, 2008, p. 167-168).

De acordo com a perspectiva de Alexy (2008), a técnica de sopesamento ou balanceamento, que foi desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, busca estabelecer que todos os princípios têm igual relevância em termos abstratos.

Em situações em que esses princípios entram em conflito, a análise das circunstâncias factuais e legais do caso concreto se torna essencial para determinar qual deles deve prevalecer no desfecho final.

3 DIREITO DE LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA

Diante do até aqui exposto, verifica-se que o conceito de liberdade, principalmente, quando se analisa a efetivação desse direito, é tarefa árdua, pois remete a algo ilimitado, dado a conotação emotiva e filosófica que contém a palavra.

Todavia, mostra-se necessária a ampliação dos conceitos apresentados, para a efetivação da liberdade, que para ser exercida em sua plenitude, pelo indivíduo, depende de outras condições.

Assim, não obstante as conotações filosóficas, sociais e ideológicas, o presente trabalho visa, contudo, analisar a liberdade jurídica, especialmente, em suas definições positiva e negativa. Alexy (2008, p. 223-224) apresenta as distinções, entre os dois tipos de liberdade jurídica:

De acordo com o que foi até agora afirmado, a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda ele consiste em uma alternativa de ação. Esses conceitos de liberdades positiva e negativa não coincidem sob todos os aspectos com seu uso na linguagem corrente. O conceito de liberdade negativa aqui fixado é mais amplo que o habitual, enquanto o conceito de liberdade positiva é mais restrito.

Uma nova interpretação do conceito de liberdade foi trazida por Isaiah Berlin (1909-1997), que em sua obra *Two Concepts of Liberty* (1958), examinou a diferenciação entre liberdade positiva e liberdade negativa, aplicando a definição no contexto social.

De acordo com o pensamento de Berlin (2002), a liberdade negativa seria a ausência de obstáculos, pelo Estado, ou por terceiros, para que o indivíduo possa exercer seus direitos, enquanto, a liberdade positiva consistiria na presença de condições para que o indivíduo, possa agir, conforme suas vontades a fim de atingir seus objetivos.

Para Berlin, a liberdade negativa seria uma “área” que caberia a todo indivíduo, de fazer ou deixar de fazer algo, sem obstrução ou ingerência, ou coação do Estado ou de terceiros. Salienta-se que “Coagir um homem é privá-lo da liberdade – liberdade de que?” (Berlin, 2002, p. 03).

A liberdade é elogiada por quase todos filósofos e juristas da história humana, atribuída ao critério de bondade e felicidade, com um irresistível apelo romântico da palavra. O homem

é considerado livre, quando nenhum outro homem, ou o Estado interfira em suas atividades. Nesse sentido, Liberdade Política,

É simplesmente a área em que cada homem pode agir desobstruído por outros. Se sou impedido por outros de fazer algo que eu poderia, caso contrário, fazer, sou naquele grau sem liberdade; e se essa área é contraída por outro homem além de um certo mínimo, posso ser descrito como sendo coagido, ou, talvez, escravizado (BERLIN, 2002, p. 03).

Todavia, só haverá ausência de liberdade política, se houver impedimento por parte de outro homem, do ser humano atingir seus objetivos, no entanto, se houver incapacidade de se atingir um objetivo, haverá ausência de liberdade econômica ou escravidão econômica.

Para Berlin (2002, p. 03), “é discutido, muito plausivelmente, que se um homem é muito pobre para obter algo em que não haja banimento legal – pão, uma viagem ao redor do mundo, recurso à corte legal”, isso implica que “ele é tão livre para ter tais coisas quanto seria se elas fossem proibidas a ele pela lei.”. O homem é vítima de escravidão ou opressão, quando se constata que não tem acesso a determinadas coisas, porque outro ser humano adotou providências em nome dele.

Se a falta de bens materiais afeta a capacidade física ou mental do homem, ele não é somente privado de bens econômicos, mas também, da sua liberdade, e quanto maior a “área”, que o homem não sofra interferência, maior sua liberdade, critério esse que foi fruto de divergências pelos políticos ingleses clássicos. A liberdade “natural”

Supunham que a área não podia, como as coisas eram, ser ilimitada, por que se fosse, entrar-se-ia num estado no qual os homens poderiam, sem limites, interferir com outros homens; e esse tipo de liberdade ‘natural’ levaria ao caos social no qual as mínimas necessidades dos homens não seriam satisfeitas; ou então a liberdade dos fracos seria suprimida pelos fortes (BERLIN, 2002, p.04).

E continua o autor:

É verdade que para oferecer direitos políticos, ou proteção contra a intervenção do Estado, para homens meio-vestidos, iletrados, desnutridos ou doentes é uma zombaria de sua condição; eles precisam de ajuda médica ou educação antes que possam entender, ou fazer uso de um aumento em suas liberdades. O que é liberdade para aqueles que não podem utilizá-la? Sem condições adequadas para o uso de liberdade, qual o valor dela? (BERLIN, 2002, p. 04).

Ser o seu próprio mestre, não ser escravo de ninguém, exercer seu autodomínio, é o cerne da liberdade positiva. Mas quais são os tipos de escravidão que aprisionam os homens?

Sou meu próprio mestre'; 'Não sou escravo dos homens'; Mas posso eu (como os Platonistas ou Hegelianos tendem a dizer) não ser escravo da natureza? Ou das minhas próprias paixões desenfreadas? Não são essas muitas espécies de 'escravo' – alguns políticos ou legais, outros morais ou espirituais? (BERLIN, 2002, p. 09).

Há uma contradição em estabelecer o que é bom ou ruim, para determinado homem, se o próprio não sabe ou ignora seus desejos, para seu próprio bem, e outra é dizer que ele assim o fez, diferente em dizer que ele escolheu algo, não conscientemente.

É uma coisa dizer que eu posso ser coagido para meu próprio bem, que sou muito cego para enxergar: isso pode, na ocasião ser para meu benefício; na verdade, pode alargar o âmbito de minha liberdade. Outra é dizer que se é para meu bem, então não estou sendo coagido, pois eu havia desejado isso, independente se eu sabia ou não (BERLIN, 2002, p. 10).

Não há direito absoluto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco a liberdade. Sobre o direito geral de liberdade, previsto na corte alemã, como um direito geral de ação (art. 2o, § 1º, da Constituição Alemã).

Conclui-se, através da análise da colisão de princípios, pela relativização dos princípios e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, com o objetivo de examinar o peso de cada um no caso concreto e escolher qual deles alcançará posição preferente, no caso de conflitos (ALEXY, 2008).

Para Rousseau (1978, s/p), “a liberdade ‘negativa’ não deveria sofrer interferência em uma área definida, mas a posse por todos, e não apenas por alguns, dos membros qualificados de uma sociedade a participar do poder público que tem direito de interferir com todos os aspectos da vida de cada cidadão”. Berlin (2002, p. 34) explica que:

Os liberais da primeira metade do século XIX previram corretamente que a liberdade em seu sentido ‘positivo’ poderia facilmente destruir muitas liberdades ‘negativas’ que eles consideravam sagradas. Apontaram que a soberania dos povos podia facilmente destruir a dos indivíduos.

Para Berlin (2002, p. 233-236), as duas acepções:

São a liberdade em seu sentido positivo, caracterizada como “autodomínio”, e a liberdade em seu sentido negativo, concebida como “não interferência”.

Inicialmente, poderíamos resumir as diferenças entre as duas concepções da seguinte forma: a liberdade negativa corresponderia a “estar livre de”, enquanto a liberdade positiva corresponderia a “estar livre para”. Enquanto a noção negativa está preocupada em evitar interferência nas ações dos indivíduos, a noção positiva preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder.

Ou seja, “a liberdade negativa é caracterizada pela ausência de algo: ausência de obstáculos, de interferência, enquanto a liberdade positiva caracteriza-se pela presença da ação”, isso caracteriza “ter o poder e os recursos para cumprir as suas próprias potencialidades e para controlar e determinar as suas próprias ações e destino” (Berlin, 2002, p. 233-236).

Portanto, “é a noção de liberdade como autorrealização, participação na tomada de decisões, da autodeterminação; “o sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor” (Berlin 2002, p. 233-236).

A partir da premissa estabelecida por Berlin, como mecanismo de efetivação do direito fundamental de liberdade, percebe-se, não só a preocupação no tocante a ausência de interferências ou obstáculos, por parte do Estado, ou de terceiros, mas a presença de uma série de condições e acessos que permitam o indivíduo ser quem ele deseja ser, sob pena de uma liberdade (negativa), tornar-se dispensável, caso o indivíduo não disponha de recursos e meios de ser realmente livre (liberdade positiva).

CONCLUSÃO

A palavra liberdade sofreu uma ampliação conceitual, considerando os diversos marcos históricos fundamentais, e a própria posição de quem detinha o poder, e poderia ser considerado “livre”, a depender da época.

As conquistas humanas foram precedidas de lutas e conflitos, no decorrer dos séculos, e atualmente, os direitos humanos compõem um sistema multifacetado, interdependente e dinâmico, com diversas posições ideológicas, filosóficas, textos normativos e instituições.

Desde a Antiguidade Clássica até os documentos mais contemporâneos, caracterizam um acervo jurídico de leis de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional, e garantias para que os indivíduos, não só exerçam seus direitos livremente, mas que também, possam se valer de ingerências e arbitrariedades, por parte do Estado, ou de terceiros.

No decorrer da pesquisa, analisou-se o direito de liberdade sob o viés de um direito humano fundamental de primeira geração ou dimensão, que, contudo, precisa ser garantido e efetivado, não só por diversos diplomas legais que tratam sobre a matéria, mas também, através dos direitos de segunda geração (sociais), como possibilidade de uma vida digna em um Estado livre.

Se o debate sobre o tema da liberdade focar apenas na distinção entre uma concepção positiva versus uma concepção negativa de liberdade, poderá haver distorções sobre os conceitos.

A diferenciação apresentada por Berlin (2002) é útil, pois articula os dois conceitos e reflete diferentes concepções sobre os valores políticos e a vida em sociedade. Reflete-se, assim, sobre a liberdade do indivíduo, não num sentido individualista, mas num sentido comunitário, e como mecanismo de efetivação desse direito fundamental.

A eleição das alternativas de decisão implica a restrição da liberdade, e somente há dignidade se houver essa concepção negativa de liberdade (ALEXY, 2008).

Conclui-se, desse modo, que a liberdade de uns não deve depender da miséria de outros, num sistema injusto, mas pode ser diminuída, para garantir a liberdade de outros, num sistema democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São paulo: Editora Malheiros. 2008.

BERLIN, Isaiah. Os dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (Orgs.). **Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: UNESP, 2003.

FRANÇA. **Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. 1789.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 1. ed. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Nova Cultural, 2015. 495 p.

INGLATERRA. **Bill of Rights**. 1689. Londres: Parliamentary Archives. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

INGLATERRA. **Habeas Corpus Act 1679 (31 Cha. II., c. 2.)**. 1679. Londres: Parliamentary Archives.

INGLATERRA. Library British. **Magna Carta**. 1215. Londres: Parliamentary Archives.

INGLATERRA. **The Petition of Right**. 1628. Londres: Parliamentary Archives.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. Direitos fundamentais e direito de liberdade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 6, 2009.

NODARI, Paulo César. **Ética direito e política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 1948.

RABUSKE, E. A. **Antropologia filosófica** 7 ed. Petrópolis: Vozes, 1999

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2010.

Weber, Thadeu. Liberdade, direito e reconhecimento na Filosofia do Direito de Hegel. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, setembro-dezembro 2015.