

Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades

João dos Passos Martins Neto*

Sumário: 1. Da liberdade com um poder fático de agir; 2. Da liberdade como um poder jurídico de agir; 3. Das liberdades como direitos coercíveis; 4. Das liberdades como direitos incoercíveis; Referências.

Resumo: Este artigo apresenta considerações preliminares sobre os direitos de liberdade, argumentando inicialmente que o conceito de liberdade em sentido jurídico é distinto do conceito de liberdade em sentido fático. A idéia central é a de que a liberdade em sentido jurídico consiste numa autorização normativa de agir, enquanto a liberdade em sentido fático caracteriza-se como uma capacidade efetiva de agir. A distinção é considerada importante para compreender que nem sempre uma liberdade de direito coincide com uma liberdade de fato. Por isso, o artigo pretende distinguir as situações em que o poder judicial é competente para impor coativamente o respeito a uma liberdade juridicamente assegurada daquelas situações em que só a intervenção do poder legislativo pode corrigir a falta de correspondência entre os direitos e a realidade.

Palavras-chave: Direitos de liberdade; Liberdade de fato; Liberdade de direito.

Abstract: This article presents preliminary considerations on liberty rights, arguing initially that the concept of freedom in the legal sense is distinct from the concept of freedom in the actual sense. The central idea is that freedom in the legal sense consists of a normative authorization to act, while freedom in the actual sense is characterized as an effective capacity to act. The distinction is considered important to understand that not always a law based freedom coincides with a *de facto* freedom. Therefore, the article intends to distinguish the situations where the judicial power is entitled to enforce the respect for a freedom assured by law from those situations where the intervention of the legislative power only may correct the lack of correspondence between rights and reality.

Keywords: Liberty rights; *De facto* freedom; Law based freedom.

1 Da liberdade como um poder fático de agir

Uma primeira aproximação ao conceito de liberdade conduz à idéia de ausência de oposição ou de impedimentos físicos ao movimento das coisas e seres. No *Leviatã*,

*Bacharel em Direito e Jornalismo; Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Procurador do Estado de Santa Catarina; autor dos livros **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos** (São Paulo: RT, 2003) e **Introdução à filosofia política de Thomas Hobbes** (Florianópolis, OAB/SC Editora, 2. ed., 2006).

Hobbes¹ invoca esse sentido preliminar ao introduzir o capítulo em que trata da “liberdade dos súditos”. Segundo o filósofo, “de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além”. Hobbes ilustra a afirmação mencionando “todas as criaturas vivas, quando se encontram presas por paredes ou cadeias”, bem como “as águas, quando são contidas por diques ou canais”.

Neste contexto semântico, diz-se livre tudo que, capaz de movimento próprio, não se encontra impedido, contra a vontade, instinto ou fluxo natural, de deslocar-se, como normalmente poderia, para além de certo limite especial em razão de um obstáculo externo de ordem material. Trata-se aqui de um conceito de liberdade em sentido puramente físico e, a partir dele, poder-se-ia afirmar, através de enunciados de tipo descritivo, que não são livres o tigre na jaula, o canário na gaiola, o córrego interrompido pelo aterro e o carcereiro refém de presos amotinados. O tigre, o canário, o córrego e o carcereiro, embora aptos a mover-se por conta própria, estão cerceados na possibilidade de o fazer em função da jaula, da gaiola, do aterro e da retenção, que são impedimentos externos e físicos ao livre movimento.

Impedimentos desse tipo são impedimentos de caráter fático, no sentido de que são causados por situações de fato. Mas impõe-se desde logo observar que, em relação ao homem, os impedimentos de caráter fático não se esgotam em obstáculos externos puramente físicos ao movimento. Um homem pode ficar impossibilitado de empreender uma viagem ao estrangeiro ou de reformar a casa, conforme pretendia e planejara, em razão do confisco pelo governo do dinheiro que guardava no banco. Ou pode ficar impossibilitado de publicar uma reportagem sobre crimes de corrupção porque os envolvidos ameaçam matar o seu filho. Impossibilidades econômicas e psicológicas, como nas hipóteses referidas, são também espécies de impedimentos externos de caráter fático à liberdade de ação humana.

Em contrapartida, sob a ótica da realidade meramente factual, pode-se concluir que livre é quem tem aptidão para fazer o que e conforme deseja em determinada circunstância em razão da ausência de impedimentos externos de caráter fático, sejam físicos, econômicos ou psicológicos, entre outras formas possíveis de constrangimento. Por isso, nesse sentido fático, enquanto a não-liberdade caracteriza-se como um não-poder de fato, a liberdade qualifica-se como um poder de fato, que se expressa pela capacidade efetiva do homem de agir de acordo com as determinações de sua vontade.

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 3. ed., 1983, p. 129.

Contudo, é importante notar que as ações humanas, quando faticamente efetivadas, podem ser consideradas lícitas ou ilícitas segundo as leis da comunidade. A doação que o adúltero faz à amante revela o exercício de uma liberdade de fato, mas é um ato proibido segundo o nosso direito civil, vale dizer, é um ato que não corresponde a uma liberdade juridicamente reconhecida. Já a doação que o fiel faz à igreja constitui uma conduta em geral permitida. Trata-se, pois, de um ato que, realizado no plano fático, de qualquer modo coincide com uma liberdade juridicamente reconhecida.

Por isso, se é verdade que a doação do adúltero configura um ato de liberdade, ou seja, a prática de uma ação conforme a sua intenção e a sua capacidade, consumada diante da inexistência de impedimentos externos de caráter fático, também é certo que ele não tinha a liberdade de fazer o que fez, isto é, não estava autorizado pelo direito a dispor de seus bens a título gratuito em favor de sua cúmplice. Portanto, tal conduta implica o exercício de uma liberdade de fato, mas não o exercício de uma liberdade de direito, distinção que logo põe em evidência a conclusão de que o conceito de liberdade em sentido jurídico é algo diverso do conceito de liberdade em sentido fático. A liberdade em sentido jurídico não se confunde com a efetiva capacidade de agir, não é um mero poder de fato.

2 Da liberdade como um poder jurídico de agir

Em sentido jurídico, liberdade suscita, em primeiro lugar, a idéia de ausência de obrigação de conduta ou, em termos mais rigorosos, ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento. Com efeito, as normas jurídicas proibitivas impõem obrigações de não-fazer ou deveres negativos de conduta, ao passo que as normas jurídicas mandamentais impõem obrigações de fazer ou deveres positivos de conduta. A norma que proíbe uma ação não autoriza a sua prática; a norma que ordena uma ação não autoriza a sua omissão. Nas duas situações, verifica-se que não existe autorização para adoção de uma conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) contrária à imposta, isto é, que não existe liberdade, em sentido jurídico, para agir de modo diverso ao imposto.

A liberdade, portanto, em sentido jurídico, apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos. A teoria jurídica de Kelsen parece concluir nessa direção. Para Kelsen,² dizer que uma conduta está permitida ou autorizada

² KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 123.

“significa que esta conduta não é nem proibida nem imposta”, ou mais precisamente, “que não vale nenhuma norma que impõe ou proíbe essa conduta”, e “nessas hipóteses, diz-se também que a conduta é ‘livre’”. A liberdade, assim entendida, é deduzida negativamente. Há liberdade aonde não houver obrigação de conduta, de modo que a liberdade vigora no silêncio da lei.

Entretanto, a liberdade, como um “estar autorizado”, pode ser também afirmada através de uma norma permissiva. Normas permissivas são aquelas que têm em vista atribuir ao sujeito certos poderes ou faculdades de ação, tais como aquelas que, nas Constituições, visam a garantir as liberdades de expressão, de reunião ou de profissão. Nesses casos, a liberdade decorre diretamente da norma, que já indica a conduta autorizada, oferecendo a opção de que seja ou não realizada pelo titular. Por isso, diante de normas permissivas, a liberdade não deflui indiretamente da ausência de proibições e mandamentos que impõem obrigações de conduta que frustram ou eliminam a opção pela adoção de uma conduta contrária. A liberdade, assim entendida, é agora deduzida positivamente: há liberdade onde houver autorização de conduta, de modo que a liberdade vigora na eloquência da lei.

A liberdade, pois, em sentido jurídico, pode ter um sentido negativo e um sentido positivo. Essa distinção tem grande importância para a compreensão das liberdades constitucionais sob a perspectiva dogmática. Por hora, todavia, dada a natureza estritamente teórica da exposição em curso, o que importa assinalar é que a liberdade, em sentido jurídico, caracteriza-se não como um poder de fato, mas como um poder *de direito*, que se exprime por meio de uma autorização normativa de agir, seja para agir conforme melhor aprouver no espaço em branco deixado pela ausência de normas proibitivas e mandamentais impondo conduta diversa (liberdade jurídico-negativa), seja para agir (ou deixar de agir) de um modo coincidente ao admitido por normas permissivas (liberdade jurídico-positiva).

3 Das liberdades como direitos coercíveis

Assim como uma liberdade de fato pode não corresponder a uma liberdade de direito, a uma liberdade de direito pode não corresponder uma liberdade de fato. O carcereiro refém de presos amotinados é titular do direito de ir e vir livremente, mas enquanto perdurar a retenção indevida, não tem a capacidade real de locomover-se. Aqui, percebe-se um poder de fato violando um poder de direito. Por isso, pode haver quem desdenhe da liberdade em sentido jurídico, isto é, enquanto um poder jurídico de agir cujo sentido é um mero e formal “estar autorizado”. Porém, é de bom tom estar advertido que a afirmação da liberdade como um direito no plano jurídico-formal é justamente o pressuposto que legitima o uso oficial de meios coativos para tentar torná-la o mais efetiva quanto possível no plano fático-real.

Segundo Dabin,³ o conceito de direito subjetivo evoca a idéia de um bem ou valor pertencente a uma pessoa, “de sorte que essa pessoa pode dizer que esse bem ou valor é seu”. As liberdades são direitos subjetivos e, como tais, têm como objeto um poder de agir, no sentido de um “estar autorizado”, que justamente equivale ao bem ou valor que o ordenamento jurídico reconhece como estando atribuído aos seus titulares. Além disso, é incontroverso que à atribuição desse poder de agir corresponde inevitavelmente um dever de respeito, que veda aos outros a prática de qualquer ação ou omissão que ameace ou impeça o exercício pelo titular. É que o direito, conforme já frisava Del Vecchio,⁴ enquanto cria uma possibilidade em favor de um sujeito, aos outros impõe uma necessidade. E outro não é o sentido da lição de Maynez,⁵ quando afirma que “a regulação jurídica é uma conexão de dois juízos, reciprocamente fundados, um imperativo e outro atributivo”.

Mas decisivo é perceber que o que faz da liberdade um direito em sentido próprio é o fato de estar ela indissolúvelmente ligada à possibilidade de emprego de meios de coação contra o ofensor, nos casos em que o correspondente dever de respeito restar violado ou ameaçado. Com efeito, segundo o magistério de Kelsen,⁶ a coercibilidade é elemento constitutivo de todo dever que se pretenda jurídico, porque uma conduta considera-se juridicamente imposta (por exemplo, o dever de respeito às liberdades juridicamente reconhecidas) somente e precisamente porque à conduta oposta está ligada a previsão de um ato de coação como sanção. A propósito, a mútua implicação entre a liberdade como direito e a coação já era nitidamente admitida por Kant,⁷ segundo quem “todo direito em sentido estrito (*ius strictum*) está unido à faculdade de exercer a coação”.

Meios de coação ou coerção são atos destinados a evitar ou anular a conduta contrária à devida ou a eliminar ou compensar seus malefícios, mesmo contra a vontade do transgressor e, se necessário, com o uso de força física, de acordo com sanções previamente estabelecidas pela ordem jurídica. Entre tais atos estão incluídas desde uma ordem de *habeas corpus* para fazer cessar a detenção arbitrária de um inimputável, entre outras providências judiciais não específicas, até uma operação policial para libertar a vítima de um seqüestro.

³ DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 100.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 363.

⁵ MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del derecho**. 27. ed. México: Editorial Porrúa, 1977, p. 17.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 123.

⁷ KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 46, 47, 48 e 51.

Ferrajoli,⁸ procurando afirmar a natureza jurídica dos direitos humanos proclamados nas declarações internacionais não recepcionadas por um ordenamento nacional, postula que os direitos subjetivos (aí obviamente incluídas as liberdades) independem da coação para seu reconhecimento. No entanto, a própria idéia de atribuição jurídica de um poder de agir a alguém pressupõe necessariamente o reconhecimento da possibilidade de se tentar fazer valer ou garantir coativamente a atribuição nos casos de violação ou ameaça. Sem embargo, o correto não está em sustentar que existem direitos não coercíveis, mas antes que, se de direito se trata, então este é necessariamente coercível. Um direito não coercível, diria Ihering,⁹ “é um fogo que não queima, uma tocha que não brilha”.

Os direitos de liberdade, portanto, como poderes de ação decorrentes de autorizações normativas, não são meras declarações desprovidas de força impositiva. O elemento da coercibilidade é inerente à sua qualidade jurídica. Desse modo, consistem em poderes jurídicos garantidos por meios de coação, sobretudo de natureza jurisdicional, destinados a prevenir e reprimir violações, seja por particulares, seja por agentes públicos. Estão, assim, intrinsecamente preordenados à efetividade, ou seja, à realização no mundo fático. São mais que simples poderes autorizados, mas poderes autorizados e coercíveis.

4 Das liberdades como direitos incoercíveis

Uma importante ressalva a fazer é que, às vezes, uma liberdade de direito pode deixar de ser exercida de fato não em razão de uma violação por terceiros, como no caso do seqüestro de uma pessoa, mas em função de uma incapacidade inerente à condição do próprio titular. Por exemplo: o assalariado de baixa renda é, como quaisquer outros indivíduos, segundo o direito constitucional dos países de tradição liberal, titular do direito de abrir um estabelecimento comercial ou industrial (liberdade de iniciativa econômica), mas, enquanto não dispuser de recursos suficientes, não tem a capacidade real de instalar-se.

Nesse caso, o que se verifica não é a situação de um poder de fato (como o do seqüestrador) que viola um poder de direito (como o da vítima). O que se tem agora é, na verdade, uma situação de ausência de um poder de fato (a incapacidade econômica do próprio titular) que inviabiliza o potencial exercício do próprio direito. É possível distinguir as duas situações da seguinte forma: na hipótese de violação

⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Trotta: Madrid, 1999, p. 59-65.

⁹ IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho**. Trad. não indicada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 159.

por terceiros, há um obstáculo externo e ilícito ao exercício da liberdade; na hipótese de incapacidade inerente à condição em que encontra o próprio titular, há um obstáculo interno e lícito.

No caso do assalariado de baixa renda que, mesmo querendo, não tem a opção real de abrir seu negócio por falta de capacidade financeira pessoal, o obstáculo qualifica-se como interno no sentido que não há um fato de terceiro impedindo uma ação que de outro modo poderia ser realizada. A ação simplesmente não pode ser realizada, ainda que ninguém a esteja impedindo. E o obstáculo revela-se lícito no sentido de que, na perspectiva da ordem jurídica capitalista na qual a liberdade econômica se insere, por mais que a redução dos desníveis seja um objetivo político, as desigualdades de classe são admitidas como normais, porquanto fundadas em diferenças de educação, talento, motivação e esforço entre os homens que justificam, na lógica do sistema, o maior sucesso de uns do que de outros.

Bastante distintas são as situações de quem fica impossibilitado de voltar para o convívio da família porque está sob o domínio de seqüestradores, bem como de quem fica impossibilitado de reformar a casa em razão do confisco pelo governo do dinheiro (de origem legal) que para esse fim mantinha no banco, ou ainda de quem fica impossibilitado de publicar uma reportagem sobre corrupção porque os envolvidos ameaçam matar o seu filho. Em tais hipóteses, a liberdade de locomoção, o direito de propriedade e a liberdade de imprensa, à medida que juridicamente reconhecidas, estão obstaculizadas externa e ilicitamente. Externamente, porque a ação poderia ser realizada pelo titular não fosse o fato impeditivo de terceiros; ilicitamente, porque a razão do impedimento é, ao menos segundo o direito normalmente assentado nas democracias ocidentais, um fato proibido.

No caso do assalariado, como nem o governo nem os particulares estão obrigados a doar dinheiro para viabilizar o investimento pretendido, a frustração da liberdade de iniciativa econômica não decorre de uma ação ou de uma omissão que impliquem inobservância de um dever que, naqueles termos, lhes estivesse imposto. Mas, nas outras situações, o seqüestro, o confisco e a ameaça constituem atos que configuram ofensa, pelos seus autores, ao dever jurídico de respeito às liberdades alheias, ou seja, ao dever que lhes incumbe de absterem-se de justamente impedir a fruição livre dos direitos correlatos.

O emprego de meios de coação, tais como as medidas expedidas por autoridades judiciárias ou executadas por autoridades policiais, só tem cabimento quando se trata de reagir a violações da liberdade, ou seja, quando o exercício do direito de liberdade é impedido ou ameaçado por fatos de terceiros contrários ao direito, vale dizer, obstáculos externos e ilícitos. É que só nesses casos se constata que o constrangimento ao exercício da liberdade decorre da inobservância por outrem do correlativo dever de respeito, pressuposto que justifica colocar em marcha, contra

o transgressor, os mecanismos oficiais de coerção destinados a prevenir, fazer cessar ou reparar os danos associados à violação.

No caso de limitação econômica inerente à condição do próprio titular, não há violação em sentido próprio, mas, por assim dizer, uma auto-incapacidade de exercício. Tal situação não é, por isso, compatível com o recurso a atos de coerção, jurisdicionais ou policiais, até porque não há sequer contra quem dirigir uma pretensão coativa em razão da inexistência, no caso, de um agente coator, isto é, alguém de quem se possa dizer que está, por ação ou omissão, violando o dever correlativo de respeito ao direito de liberdade formalmente assegurado. Assim, salvo havendo válida imposição normativa nesse sentido, é certo que não poderia um juiz simplesmente ordenar, a pretexto de contornar a dificuldade, a oferta gratuita de recursos públicos ou particulares para viabilizar ao titular do direito de livre iniciativa a abertura e instalação de seu pretendido comércio ou de sua indústria.

As situações de auto-incapacidade reclamam, para efeitos de efetivação das liberdades, a adoção de providências de política legislativa, como a instituição legal, por exemplo, de programas sociais de facilitação do crédito. É que não estando em causa defender a liberdade contra ataques externos e ilícitos, o que é função típica do poder judicial segundo a generalidade das leis constitucionais contemporâneas, a viabilidade do exercício dos direitos tem de garantir-se por meio de decisões políticas de competência do legislador, destinadas a corrigir as disfunções sociais subjacentes às situações de auto-incapacidade. É o que em geral se procura fazer através da criação de mecanismos que possam de algum modo compensar as situações de fragilidade econômica, como são os chamados direitos sociais.

Referências

- DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, 387 p.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, 643 p.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías - La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999, 180 p.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 3. ed., 1983, 419 p.
- IHERING, Rudolf Von. **El fin en el derecho**. Trad. não indicada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, 280 p.

KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Marcial Pons, 1997, 159 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986, 509 p.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introduccion al estudio del derecho**. México: Editorial Porrúa, 27. ed., 1977, 444 p.