

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

SANDRO RENATO HELMANN

**OS SISTEMAS DE RESTRIÇÕES DAS LIBERDADES À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

CURITIBA

2007

SANDRO RENATO HELMANN

**OS SISTEMAS DE RESTRIÇÕES DAS LIBERDADES À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel,
Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientadora: Prof.^a Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2007

AGRADECIMENTOS

Foi graças à colaboração expressiva de pessoas e instituições, que ao longo dos últimos anos fizeram parte da minha existência, que este trabalho, por mais singelo que seja, pôde ser desenvolvido.

À comunidade, que possibilitou que eu ingressasse na Universidade Federal do Paraná, onde, de forma gratuita, tive acesso a ensino jurídico de alto nível.

Aos colegas e amigos do Curso de Direito que incentivaram meus estudos e a busca contínua por aprendizado.

Aos servidores e membros da Procuradoria da Justiça Militar em Curitiba, os quais, em especial no ano transato, foram como uma segunda família para mim, compreendendo meu ensimesmamento no período de estudos.

À professora Vera Karam de Chueiri, que dispôs de seu tempo para me orientar nesta monografia, ofertando-me parte do grande conhecimento que possui.

Aos membros da banca examinadora, pela atenção dedicada ao estudo do trabalho, bem como pelo apontamento de falhas e melhoramentos a ele.

Aos meus irmãos, Renata e Alexander, pela amizade e companheirismo.

Aos meus pais, pela educação recebida.

A Deus, fiel amigo sempre presente.

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	01
1. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE LIBERDADE	03
1.1. Sociedades Primitivas	03
1.2. Grécia e Roma	04
1.3. Idade Média e o Humanismo	05
1.4. Cartas e Declarações Inglesas	06
1.5. Revoluções Burguesas do Século XVIII	07
1.6. As Declarações de Direitos e a inserção da liberdade	08
1.7. Liberdade como direito fundamental de primeira dimensão	10
2. O DIREITO DE LIBERDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	12
2.1. Liberalismo, Independência e a Constituição de 1824	12
2.2. A Primeira República e a Constituição de 1891	13
2.3. A Revolução de 1930 e a Constituição de 1934	13
2.4. Estado Novo e a Constituição de 1937	14
2.5. Segunda Guerra Mundial, Redemocratização e a Constituição de 1946	15
2.6. Golpe de 1964 e a Constituição de 1967	15
2.7. Radicalização Política e a Emenda de 1969	16
2.8. A Redemocratização e a Constituição de 1988	16
3. LIBERDADE, LIBERDADES E SUA PROTEÇÃO	18
3.1. Liberdade e seus vários sentidos	18
3.2. Formas da liberdade na Constituição Federal de 1988	20
3.3. As disposições assecuratórias das liberdades na Constituição de 1988 ..	23
4. SISTEMA DE RESTRIÇÕES DAS LIBERDADES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
4.1. Constituição como sistema de regras e princípios	27
4.2. A eficácia das normas constitucionais sobre as liberdades	31
4.3. Tipos de restrições das liberdades	33
4.3.1. Limites ou restrições constitucionais imediatos	36

4.3.2. Limites ou restrições estabelecidos por lei	37
4.3.3. Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos	41
4.4. A atuação do Poder Legislativo e o poder de polícia	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	50

RESUMO

Este trabalho se propõe a estudar a formação histórica do direito da liberdade e seu tratamento constitucional no Brasil, enfatizando o funcionamento e possíveis desvios dos sistemas de restrições das liberdades adotados na Constituição Federal de 1988. O primeiro ponto analisa a formação histórica do direito de liberdade. O segundo ponto se concentra no tratamento dado à liberdade nas Constituições brasileiras. O terceiro ponto se preocupa com os vários sentidos e formas atribuídos à liberdade, bem como com as disposições assecuratórias na ordem constitucional vigente. O ponto quarto apresenta uma noção geral de regras e princípios e de eficácia da norma jurídica, para então analisar os sistemas de restrições que a Constituição Federal adota e avaliar como se aperfeiçoaria a atuação do Poder Legislativo e o poder de polícia, a fim de se evitar o abuso de poder.

Palavras-chave: Liberdade; formação histórica; Constituições brasileiras; norma constitucional; restrições.

INTRODUÇÃO

A liberdade constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Representa a realização dos direitos fundamentais do homem, ao proporcionar-lhe a possibilidade de agir conforme sua vontade.

É um termo de difícil conceituação, possuindo vários sentidos e significados, geralmente atrelados ao momento histórico pelo qual passa a sociedade. Trata-se, pois, de um valor em constante desenvolvimento e que tem presidido à evolução histórica da humanidade.

Foi através de revoluções que tal direito foi conquistado, e isso é evidente tanto quando se analisa a história do mundo como a do Brasil. Certo é que desde os povos antigos o termo é empregado, embora só recentemente, com as revoluções do século XVIII, tenha ganhado *status* de direito.

Na história das Constituições brasileiras, o direito de liberdade teve seus altos (1824, 1891, 1946 e 1988) e baixos (1937, 1967 e 1969), conforme a restrição que sofriam as liberdades. Na atual Constituição, além da valorização dos direitos individuais básicos, dentre os quais a liberdade, novas garantias apareceram, tornando mais factível associar o conceito de democracia ao de liberdade.

No entanto, sistemas de restrições das liberdades são necessários a fim de que não haja exercício desmedido desses direitos e que, segundo a doutrina dominante, podem aparecer no próprio texto constitucional, através de reserva de lei restritiva ou de forma não escrita, onde o reconhecimento dos limites se dará no contexto sistemático da Carta Magna. Essa classificação se coaduna com a estrutura adotada na Constituição Federal de 1988, o que abre espaço para a análise dos sistemas de restrições das liberdades.

É pela atuação do Poder Legislativo ou pelo poder de polícia, estabelecendo restrições às liberdades, que claramente ficam tais direitos em segundo plano. Certo é que o princípio da legalidade não é fundamento suficiente para que o Estado influa na liberdade do indivíduo, indicando a norma legal, tão-somente, como base para essa ingerência, que deve ser limitada e atender a padrões considerados necessários e suficientes.

Mostra-se importante saber se uma restrição não constitui afronta a outros direitos estabelecidos e revela abuso de poder, o que demanda a interpretação da norma, devendo-se realizar um cotejo entre regras e princípios e, secundariamente, observar-se a eficácia das normas constitucionais, já que somente as de eficácia contida estariam sujeitas a limitações, ainda que, por tratar-se a liberdade de princípio constitucional, tal análise seja insuficiente.

É nesse contexto que analisar a formação histórica do direito da liberdade e seu tratamento constitucional no Brasil, enfatizando o funcionamento e possíveis desvios dos sistemas de restrições das liberdades adotados na Constituição Federal de 1988, mostra-se fundamental, sendo sua análise relevante e oportuna no atual momento.

Para atingir os objetivos desta pesquisa, foi ela desenvolvida em quatro capítulos, quais sejam:

- 1) Formação histórica do direito de liberdade;
- 2) O direito de liberdade nas Constituições brasileiras;
- 3) Liberdade, liberdades e sua proteção;
- 4) Sistemas de restrições das liberdades na Constituição Federal de 1988.

A título de conclusão, algumas observações são expostas, sempre em correspondência ao problema de pesquisa desta monografia.

1. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE LIBERDADE

Em pleno século XXI, ao se olhar para a história dos direitos fundamentais, não há dúvidas de que desemboca ela no surgimento do Estado e do Constitucionalismo, quando se alcançou o reconhecimento e proteção desses direitos.

Como ensina Rudolf von Ihering (2001, p. 27), “todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; (...) todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por disposição ininterrupta para a luta”. Com o direito de liberdade não foi diferente, sendo esse também uma conquista humana, o que dá espaço para analisar, num contexto histórico, sua formação¹.

Deve-se ter em mente antes que, como revela a história, a liberdade, nascida, especialmente, das idéias de Aristóteles e desenvolvida juntamente com a burguesia, não alcançou, neste início de terceiro milênio, a maturidade democrática (BARROSO, 2002, p. 77). Trata-se, assim, de um conceito viajante, para utilizar a idéia de Canotilho (1993, pp. 13 e ss.), sujeita que está a mudanças e variantes.

1.1. Sociedades Primitivas

A questão da liberdade, a natureza e os limites do poder exercidos sobre o indivíduo, como afirma John Stuart Mill (1991, p. 45), está longe de ser nova, podendo-se dizer que vem ela dividindo a humanidade desde as mais remotas idades.

Certo é, no entanto, que o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem é algo recente. Nas sociedades gentílicas não se falava em poder dominante e não havia opressão social ou política, onde o homem buscava liberar-se da opressão do meio natural por meio de descobertas e invenções (SILVA, 2005, pp. 149-150).

Ainda assim, foi o mundo antigo que concebeu muitas das idéias que influenciaram o pensamento jusnaturalista.

¹ Por mais que se admita que, no que toca aos direitos fundamentais, as Declarações de Direitos do século XVIII simbolizam uma separação entre duas épocas, a não linearidade do processo histórico é latente, da onde surge a necessidade de um rápido levantamento dos principais momentos da evolução dos direitos do homem.

1.2. Grécia e Roma

O acúmulo de propriedade trouxe à tona a opressão dos que nada possuíam aos que detinham poder. Daí veio o advento da escravidão, muito presente nas sociedades antigas, e que deteriorava a situação dos trabalhadores livres, em virtude de a mão-de-obra escrava e de os tributos que nasciam estreitarem o espaço social e econômico dos camponeses. Ainda assim, no entanto, havia espaço para conquistas.

Na Grécia, no ano de 594 a.C., Sólon acabou com a escravidão por dívida, bem como livrou os camponeses das relações de dependência, embora a sociedade continuasse a ser organizada em classes. Com Clístenes permitiu-se que estrangeiros tornassem-se cidadãos e, sob o domínio de Péricles (462-429 a.C.), Atenas viverá um período de equilíbrio social com liberdade e igualdade, fixando-se a soberania no povo, porém com restrições (MOSSÉ, 1997, pp. 14 ss.).

Apesar de o homem já ser visto com individualidade frente ao Estado, a concepção de vida grega era eminentemente política, intelectual e filosófica. Não se fala aqui de garantias individuais, posto que “a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *‘polis’*, por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado” (GRECO FILHO, 1989, pp. 23-25).

Já em Roma é possível ver mais claramente alguns antecedentes das Declarações de Direitos, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios, a lei Valério Publicola, proibindo penas corporais contra cidadãos em certas ocasiões, até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do moderno *Habeas Corpus* (SILVA, 2005, p. 150).

Conceberam os romanos três estratos da ordem jurídica: *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*. Apesar dos avanços no tocante a direitos individuais, em especial pela valoração dada ao direito natural, o mecanismo judicial romano em nenhum momento se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador, corroborada no direito positivo.

Ainda assim, o *Digesto* indicava claramente que a liberdade é a faculdade natural de se fazer o que quiser, salvo proibição de força ou de lei.

1.3. Idade Média e o Humanismo

A propriedade feudal da Igreja Católica sobre as terras constituiu empecilho ao desenvolvimento das relações capitalistas de produção. Considerando que o advento do capitalismo confunde-se com o apogeu das idéias liberais, é de se compreender que, na Idade Média, as liberdades eram restritas e o povo era subjugado ao poderio eclesiástico (SALINAS, 1998, pp. 19-22).

No entanto, parece claro que a causa principal do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em favor do indivíduo é de ordem filosófico-religiosa. Uma grande contribuição é tributada ao Cristianismo, com a idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus.

A influência de Santo Agostinho (Escola Patrística) e de São Tomaz de Aquino (Escolástica) foi fundamental para o aprimoramento das liberdades, o primeiro concebendo a *Civitas Dei* (GRECO FILHO, 1989, p. 27) e o segundo buscando no homem a natureza associativa e a potencialidade da constituição de um Estado justo e aceitável.

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abririam o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens (CANOTILHO, 1993, p. 502).

De fato, foi na Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das Declarações de Direitos, tendo, para tal, contribuído a teoria do direito natural e o humanismo, representados nos pactos, forais e cartas de franquias dos séculos XII e seguintes, valorizando-se a pessoa humana.

As primeiras fissuras da “cidadela do poder monárquico” apareceram quando os reis passaram a fazer concessões a certos estamentos sociais (BASTOS, 2001, p. 174). Apesar disso, como mostra Vicente Greco Filho (1989, p. 28), não houve uma instrumentalização do mecanismo de proteção dos indivíduos, a qual viria somente mais tarde, com a inversão da fonte e origem do poder, de Deus para os próprios homens.

1.4. Cartas e Declarações Inglesas

Na Inglaterra, a partir do século XII, uma série de cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais foi elaborada.

A mais célebre destas Cartas, denominada em latim *Magna Carta Libertatum*, foi estabelecida entre a nobreza inglesa e o Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera.

Frise-se, no entanto, como descreve André Maurois (1959, pp. 98 ss.), que, quando João Sem Terra firmou a Carta, as modernas idéias de liberdade ainda não haviam sido formadas. No texto, “liberdades” aparecem como “privilégios” aos barões. Assim, a relevância da Magna Carta está em sujeitar também o rei aos seus ditames, não em estabelecer direitos individuais.

Aliás, no tocante à efetividade da igualdade jurídica no continente europeu, no decorrer do século XIII, as Constituições de Melfi foram mais significativas que a Magna Carta, ao impor um conjunto de leis que todos eram obrigados a respeitar, independentemente das condições sociais, da religião e dos privilégios (GRECO FILHO, 1989, pp. 31-33).

Destacam-se também a *Petition of Rights* (1628), imposta ao Rei Carlos I, o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), fruto da “afirmação do parlamento” e da “implantação de uma monarquia constitucional”, instituições sólidas “que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita” (BARROSO, 2002, p. 78). De certo modo, os reis reconheciam direitos de seus súditos em troca da conservação do poder.

Com a afirmação do Parlamento e a formação da *Common Law*, tais documentos foram suficientes para firmar o respeito pelos direitos fundamentais do homem. Sobre isso, afirma Pontes de Miranda (1962, p. 58):

As liberdades têm de ser exercidas. Daí o tríptico problema: o da conceituação científica (enunciado); o da assecuração (e.g. inclusão na Declaração de Direitos); o das garantias. A felicidade dos ingleses foi terem conseguido as três, de modo a completarem cedo a evolução política (1215-1679). E tê-las exigido antes dos outros povos europeus (...).

A unidade religiosa da cristandade já não existe, aparecendo as chamadas minorias religiosas. A partir disso, alguns autores, como G. JELLINEK, vão admitir que na luta pela liberdade de religião e crença é que se visualiza a origem dos direitos fundamentais, embora pareça que se tratava, mais propriamente, da idéia de tolerância religiosa e de proibição de o Estado impor uma religião oficial, não de um direito inalienável do homem (CANOTILHO, 1993, p. 503).

Apesar dos avanços verificados no século XVII, clara era a existência de certos arbítrios por parte das autoridades que, por não haver controle algum, manchavam os textos ingleses e os de outros povos europeus que os seguiram. Isso se evidencia na esfera penal, onde a desproporção entre delito e sanção era evidente, além de haver o emprego da tortura como meio de confissão e punição, como mostrado por Michel Foucault (1977, p. 35):

O suplício (...) em relação à vítima, deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima (...) E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo.

Cesare Beccaria (1997, p. 139), além de repudiar a desumanidade das penas, propõe como solução que a sanção “deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”, pensamento que em muito contribuirá para o avanço dos direitos e garantias individuais.

1.5. Revoluções Burguesas do Século XVIII

No século XVII, a partir da concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, elaborada por Hobbes (*Leviatã*) e Locke (*Tratado do governo civil*) e depois difundida por Rousseau (*Contrato social*), vê-se um antecedente próximo da idéia de Constituição. Também Montesquieu (*O Espírito das leis*) contribuiu para a difusão dessas novas idéias.

Influenciada pela ideologia iluminista, que pregava o liberalismo político e econômico, a prevalência da razão como guia da sabedoria e a igualdade perante a lei, em 1776 os Estados Unidos da América tornaram-se independentes, publicando sua Declaração a quatro de julho de 1776.

A eclosão da Revolução Francesa em 1789 fez florescer o Estado liberal. Significou a elevação da burguesia ao poder e a abolição do Absolutismo e do que restava das instituições medievais. É fato que ganhou caráter universal, não restando dúvidas que a influência dessa revolução na vida constitucional (tanto no ocidente como no oriente) representou um considerável progresso na história da asseveração dos valores fundamentais da pessoa humana.

Como afirma Gustavo Amaral (2001, pp. 50-51):

Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais. Teve-se, daí, a positivação, a generalização e, posteriormente, em especial após a 2ª Grande Guerra, a internacionalização dos direitos fundamentais.

Inicialmente, como mostra Norberto Bobbio (1992, p. 73), surgem os reclamos de uns poucos direitos decorrentes de um “estado de natureza”, o direito à vida e à sobrevivência, que incluem o direito à liberdade e à propriedade. Os direitos das liberdades revestem-se como negativos, como um limite à competência estatal.

1.6. As Declarações de Direitos e a inserção da liberdade

Conforme lição de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 21), foi no final do século XVIII, seja pelas revoluções (EUA e França), seja por formas mais brandas (Inglaterra), que a história da humanidade atingiu certo nível em que foi possível chegar a um consenso acerca da existência dos direitos fundamentais.

Desde a Revolução de 1789 as Declarações de Direitos são um dos traços do Constitucionalismo, sendo que a opressão absolutista, o advento do racionalismo e o crescimento econômico, entre outros pontos, aparecem como causas do surgimento dessas declarações (FERREIRA FILHO, 1992, p. 248).

Antes de destacar o aparecimento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cumpre realçar que, em 12 de janeiro de 1776, foi publicada a Declaração de Virgínia, que já consubstanciava que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes.

Em geral, costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de desenvolvimento das ideias de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais (CANOTILHO, 1993, p. 500).

Por mais curioso que pareça, a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787, não incluía, inicialmente, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), os quais só foram acrescentados ao texto com a aprovação de emendas, alguns anos depois.

O pensamento político, moral e social, representados especialmente pelos pensadores liberais, repercutiram em todas as Declarações do século XVIII e seguintes, inclusive nas que antecederam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais, caracterizado pelo intelectualismo, mundialismo e individualismo (SILVA, 2005, pp. 157-158).

Contra um possível individualismo extremo foram se reconhecendo direitos em favor dos grupos sociais, o que não se fazia nas primeiras declarações, passando-se a reconhecer, paralelamente, o direito de associação, inclusive como garantia da própria liberdade individual. As manifestações dessa nova concepção ocorreram nas primeiras constituições republicanas, como a alemã, de 1919 (Weimar), a espanhola, de 1931, e a Constituição Mexicana, de 1917.

Em 1948 apareceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nessa Carta, vê-se uma grande preocupação por parte das ONU pela proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, representando a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais.

1.7. Liberdade como direito fundamental de primeira geração

O aparecimento das declarações de direitos trouxe uma importante modificação no eixo das relações sociais da época em que surgiram, onde os direitos hoje denominados de primeira geração foram alcançados, em um sistema de garantias em que vigorava a doutrina do liberalismo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem coroa a evolução dos direitos fundamentais, inscrevendo lado a lado os direitos ditos de primeira geração – as liberdades – os de segunda geração – direitos sociais – e os de terceira geração – direitos de solidariedade².

De certo modo, cada dimensão de direitos representa a conquista pelo homem de um dos postulados da Revolução Francesa de 1789. A primeira geração, dos direitos individuais e políticos, corresponde ao ideal da liberdade; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade; e a terceira geração, a classe dos direitos de grupos de pessoas coletivamente consideradas, corresponde ao postulado da fraternidade, ou, melhor, “direitos fundamentais do homem solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano” (SILVA, 2005, p. 184)

É possível a co-existência das liberdades clássicas com os demais direitos. As novas modalidades protetoras do homem, antes de prejudicarem as liberdades individuais, atuam como garantias complementares. Não se deve falar em exclusão de direitos de uma geração pelos de uma geração seguinte, posto que a palavra de ordem é acumulação ao tratar-se das classificações de direitos.

Como mostra Paulo Bonavides (1996, p. 517):

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

² Frise-se que os direitos fundamentais podem ser estudados e concebidos das mais diferentes formas. Dentre essas formas, pode-se estudar os referidos direitos dividindo-os em dimensões, em gerações, ou classificar e estudar conforme são arrolados na Constituição, segundo a conveniência do autor.

A liberdade aparece como direito fundamental de primeira geração, correspondendo a limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um não fazer do Estado em prol do cidadão. Constitui a expressão das lutas da burguesia, então revolucionária, baseada na filosofia iluminista, contra os déspotas dos antigos Estados absolutistas.

A consagração dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional é relevante posto que faz com que tais disposições se sobreponham no ordenamento jurídico, considerando a hierarquia das normas, onde a Constituição aparece como um sistema de regras e princípios, o que possibilita entender, inclusive, como se dão os sistemas de restrições das liberdades.

2. O DIREITO DE LIBERDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A concepção sociológica de Constituição, de Ferdinand Lassale, vista como soma dos “fatos reais e efetivos do poder” (1995, p. 64), contrapondo-se às concepções política de Carl Schmit (s.d., pp. 20 e ss.), onde seria decisão política fundamental, e jurídica de Hans Kelsen (*apud* SILVA, 2005, p. 39), que via a Constituição como norma hipotética fundamental, parece evidenciar a história constitucional brasileira.

É possível dizer que o ordenamento constitucional brasileiro se prima pela influência do iluminismo, que consagrou, para possibilitar a implementação da política liberal, o dogma do princípio da legalidade (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 23), onde liberdade nada mais seria do que o direito de fazer tudo quanto as leis permitem, ou, nos termos da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Considerando o dito por Konrad Hesse (1991, p. 24), no sentido de que a realidade histórica condiciona a constituição jurídica, não podendo ela ser separada da realidade concreta de seu tempo, segue um breve contexto da evolução constitucional brasileira, em especial no que toca ao direito de liberdade.

2.1. Liberalismo, Independência e a Constituição de 1824

Foi o liberalismo, entendido como “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas” (BOBBIO, 1988 *apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 23), onde o homem é o centro do sistema social, juntamente com a Independência do Brasil, em 1822, que deu ensejo à outorga da Constituição de 1824, quando vigorava no país o Império.

O texto constitucional, embora traga características que hoje não são aceitas como democráticas, representou aderência ao princípio da soberania popular, retratado, principalmente, no rol dos direitos individuais, que traduzia o que havia de mais moderno na época.

A influência da teoria de Benjamin Constant, sobre o chamado poder neutro ou moderador, foi refletida nessa Carta e, embora as Declarações de Direitos e suas

garantias retratassem o clima liberal da época, o que foi, em boa medida, seguido aqui, manteve-se a escravidão, “como uma mancha do regime” (PINTO FERREIRA, 1995, p. 56), o que impede falar-se em liberdade plena.

2.2. A Primeira República e a Constituição de 1891

A abolição do trabalho escravo, o fim da Guerra do Paraguai e a influência do modelo constitucional norte-americano pautaram a promulgação da Constituição de 1891, impondo a nova forma de governo do país, a República, e o novo regime, presidencialista.

No que tange à forma de Estado, diferente da Constituição imperial, que deu ao Brasil a forma de Estado unitário descentralizado, a Primeira Constituição Republicana do país institucionalizou a Federação, seguindo o modelo dualista, o qual somente após a Revolução de 1930 seria substituído pelo de caráter cooperativo (FERREIRA FILHO, 1992, pp. 47-48).

O texto teve a colaboração de Rui Barbosa e assegurou ampla liberdade de culto e a inclusão do *habeas corpus* entre os direitos do cidadão, evidenciando um fundo puramente liberal. Saliente-se que, embora tenha garantido e enunciado as clássicas liberdades privadas, civis e políticas, silenciou a Constituição sobre a proteção ao trabalhador, sujeito ao poderio dos “coronéis”.

Como diz José Afonso da Silva (2005, p. 170), “a declaração de direitos na Constituição de 1891 contém só os chamados direitos e garantias individuais”, o que mudou a partir da Constituição de 1934, quando também os direitos de nacionalidade e os políticos foram inscritos na Declaração de Direitos.

2.3. A Revolução de 1930 e a Constituição de 1934

A Revolução de 1930, a eclosão das constituições mexicana, de 1917, alemã, de 1919, e espanhola, de 1931, bem como o *new deal* dos Estados Unidos, influenciaram a Constituição de 1934, terceira do Brasil.

Como diz Celso Bastos (2001, p. 119), “esse Estatuto Político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, (...) instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar”.

O direito de voto às mulheres e a incorporação de direitos sociais, tendo em vista o modelo intervencionista de Estado, são grandes marcos dessa Carta. A introdução da ação popular e do mandado de segurança, este, instituto jurídico próprio do direito nacional, constitui grande evolução no campo dos direitos e garantias individuais, que “já no *caput* do artigo 133 arrola os tradicionais direitos e garantias individuais, à inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (SILVA, 2005, p. 171).

Frise-se que é nessa Carta que os direitos econômicos e sociais, pela primeira vez no Brasil, assumem posição de destaque, o que foi seguido nas constituições posteriores. As de 1824 e 1891, que não imprimiram esse novo modelo, estavam apegadas à concepção individualista dos direitos fundamentais.

2.4. Estado Novo e a Constituição de 1937

A influência do fascismo e da Constituição da Polônia marcaram a Constituição de 1937, no regime político conhecido como Estado Novo. Tendo em vista o totalitarismo de Getúlio Vargas, a Carta restringiu direitos e garantias individuais, excluindo o mandado de segurança e a ação popular do Texto Constitucional.

Como enuncia Pinto Ferreira (1995, pp. 64-65), “a bem dizer a verdade, a dita Carta Magna nunca foi cumprida. Dissolvidos os órgãos do Poder Legislativo (...) dominou a vontade despótica do presidente”, tendo deixado de vigor por depender de um plebiscito que nunca se realizou.

Também o jurista Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 127) mostra bem isso ao afirmar:

Segue-se que, em termos jurídicos, a Constituição jamais ganhou vigência, pois na verdade o que prevaleceu nesta época foi o chamado Estado Novo, estado arbitrário despojado de quaisquer controles jurídicos, onde primava a vontade incontestada do ditador Getúlio Vargas.

2.5. Segunda Guerra Mundial, Redemocratização e a Constituição de 1946

A Constituição de 1946 representou uma intermediação entre as forças do conservadorismo e as do progresso, tendo restaurado as liberdades e garantias fundamentais, violadas pela ditadura varguista (PINTO FERREIRA, 1995, p. 67), procedendo, inclusive, com sua ampliação nos artigos 141 a 144.

O texto da Carta reflete a redemocratização do Brasil e a derrota dos modelos fascistas na Segunda Guerra Mundial, assegurando uma série de direitos, tal como o acesso ao Poder Judiciário, a liberdade de iniciativa e a liberdade de criação de organizações partidárias, bem como excluindo a pena de morte, o banimento e o confisco, entre outros dispositivos que foram agregados ao rol de direitos individuais já constante da Constituição de 1934.

Ainda que, ao pautar-se nas Constituições de 1891 e 1934, essa Carta tenha nascido “de costas para o futuro”, ela não deixou de “cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos que o regeu” (SILVA, 2005, p. 85).

2.6. Golpe de 1964 e a Constituição de 1967

O Golpe Militar de 1964, implantando a Ditadura no Brasil, deu origem à Constituição de 1967. Com os atos institucionais, os direitos e garantias individuais foram reduzidos ou, em alguns casos, mesmo suspensos.

Sem embargo a Constituição de 1967 foi uma tentativa de agasalhar princípios de uma Constituição democrática, conferindo um rol de direitos individuais, liberdade de iniciativa, mas onde a todo instante se sente a mão do Estado autoritário que a editou (BASTOS, 2001, p. 141).

Ainda que não respeitada, a declaração de direitos manteve-se nessa Constituição, havendo maior extensão à Justiça Militar para repressão dos crimes contra a segurança nacional ou às instituições militares.

2.7. Radicalização Política e a Emenda de 1969

A edição pelo governo militar do Ato Institucional nº 5, em 1968, reduziu ainda mais os direitos individuais. A promulgação da Emenda nº 1 de 1969 à Constituição de 1967, onde se alterou essa Carta a tal ponto que o Supremo Tribunal Federal considerou extinta a Constituição de 1967, fez com que se adotasse a Emenda nº 1 como a nova Constituição brasileira. Por ela, podia o Presidente da República, entre tantos outros abusos, suspender direitos, sem qualquer forma de controle.

De fato, a Carta anterior conviveu com o AI 5 até o advento da Emenda nº 11 de 1978, excluindo da apreciação judicial todos os atos praticados sob seu amparo, dentre os quais a censura, o seqüestro, o cárcere oficioso e a tortura. Em outras palavras, “a constituição não organizava o Estado nem lhe impunha limites rígidos, pois sobre ela pairava a força dos atos institucionais” (AMARAL, 2001, p. 8).

2.8. A Redemocratização e a Constituição de 1988

O esgotamento do regime militar, a eleição indireta para Presidente e Vice-Presidente da República, a redemocratização e a convocação da Assembléia Constituinte em 1985 marcaram a promulgação da Constituição de 1988.

A Declaração contida nessa Carta é a mais abrangente e extensa de todas as Constituições brasileiras anteriores. Inclui as liberdades públicas tradicionais e enfatiza os direitos concernentes à matéria penal. Também inova ao dar guarida aos chamados direitos de solidariedade, como a paz, meio ambiente, etc. (FERREIRA FILHO, 1992, pp. 252 e 254).

Visível está no texto constitucional a valorização dos direitos fundamentais da pessoa, que pela primeira vez aparecem no início da Carta (artigo 5º), tendo acrescentado ações constitucionais, tutelado novas espécies de direitos e valorizado os direitos sociais.

De uma forma geral, pode-se dizer que os direitos e garantias fundamentais aparecem na Constituição da República sob três espécies: direitos materiais, garantias formais e garantias instrumentais ou processuais (GRECO FILHO, 1989, p. 39),

formando um rol que pretende ser exaustivo, embora, como adverte Freire Júnior (2005, p. 128):

O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis.

Apesar de ser uma das maiores Constituições do mundo, por contar com mais de duzentos artigos, trata-se, de fato, como afirma Pinto Ferreira (1995, p. 76), de “uma meia Constituição”, já que, para sua exequibilidade, ficou dependendo de dezenas de leis complementares e ordinárias. Esse aspecto, no entanto, não descaracteriza seu rótulo de Constituição Cidadã.

Quanto ao direito de liberdade, a Constituição firmou a cláusula genérica de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II), embora esse princípio da legalidade, como mostra Luís Alberto Barroso (2002, p. 86), esteja manchado pelo “uso abusivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo, com a leniência do Congresso e a tolerância do Judiciário”, o que afeta o regime das liberdades brasileiro.

3. LIBERDADE, LIBERDADES E SUA PROTEÇÃO

Pode-se falar em direito à liberdade ou às liberdades ao se discutir a faculdade que as pessoas possuem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Sendo assim, discute-se agora os sentidos e modalidades dados a esse problema, focando também as formas de garantia estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

3.1. Liberdade e seus vários sentidos

Para definir Liberdade, pode-se dizer que seu conceito mareou conforme seu momento histórico, como já dito. De acordo com Canotilho (1993, p. 538), “tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (...) o conceito de liberdades permanece ainda bastante obscuro na doutrina”.

De fato, parece ser tarefa mais afeita à filosofia que ao direito definir liberdade. Como mostra Cretella Júnior (1986, pp. 13, 20):

A liberdade jurídica e a liberdade filosófica andam lado a lado, pois a reflexão sobre a liberdade está na raiz de toda pesquisa filosófica (...) a fixação do conceito de liberdade cabe ao filósofo, não ao jurista. A este interessa o sentido material ou externo da liberdade, o *maximum* de opções deixadas ao indivíduo.

Para Schelling (1993, p. 37), uma conexão entre o conceito de liberdade e a totalidade da visão do mundo se faz necessária para dar valor à própria filosofia, ao que empreende o autor um avançado estudo sobre a essência da liberdade humana, onde mostra constituir ela parte do homem em si.

José Afonso da Silva (2005, pp. 231-233), após distinguir entre liberdade interna (livre-arbítrio) e liberdade externa (objetiva – agir livremente), falando também em sentido negativo da liberdade (resistência ao poder) e em sentido positivo (livre é quem participa do poder), diz que:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal. (...) liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

John Stuart Mill (1991, pp. 45 e s.) separa por momentos históricos o conceito de liberdade. Afirma que nos velhos tempos “liberdade significava a proteção contra a tirania dos governantes políticos (...) a finalidade, pois, dos patriotas consistia em pôr limites ao poder que ao governante se toleraria exercesse sobre a comunidade”. Mais tarde, com a eclosão do poder representativo, onde os governantes deviam ter os mesmos interesses e vontades do povo, não se fala mais em limitação. Ganha a liberdade, aí, um aspecto individual, existente na alma de cada pessoa.

Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 16) relaciona liberdade à igualdade para definir que aquela, “entendida como exacerbação do princípio autonomístico da determinação individual, pode provocar a desigualdade social”, demonstrando “que a procura violenta de uma justiça social a toda força, de uma igualdade conseguida às custas do princípio da liberdade, sacrifica tanto a própria justiça social quanto o desenvolvimento tão livre quanto possível da liberdade da pessoa”.

Três concepções filosóficas são apontadas por Luís Roberto Barroso (2002, pp. 76-77) ao tratar da liberdade: uma, de sentido aristotélico, traduz o poder de autodeterminação do indivíduo; outra, oposta, vê a liberdade como produto de um contexto externo, seja ele a natureza (Espinosa), a cultura (Hegel) ou a infra-estrutura econômico-social (Marx); a terceira concepção, dita *pós-moderna*, faz referência a uma estrutura subjetiva (o sujeito tem poder de decisão), mas consiste na possibilidade objetiva de decidir (em virtude das mais variadas circunstâncias que envolvem o homem).

Segundo Jacques Robert (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 23), “liberdade é, em suma, o poder que tem todo indivíduo de exercer e desenvolver atividade física, intelectual e moral, sem que o Estado possa fazer-lhe restrições, nesse particular, a não ser aquelas necessárias para salvaguardar a liberdade de todos”.

Paulo Bonavides (1996, pp. 517-518), ao tratar dos direitos fundamentais de primeira geração, refere-se às liberdades como:

Faculdades ou atributos das pessoas (...) direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (...) são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

Tomando as concepções acima, embora muitas outras existam, pode-se dizer que, no geral, liberdade teria dois sentidos: de um lado, é um direito essencial para a realização da pessoa, e de outro, é um valor fundamental que orienta o Estado de Direito. A consideração dessas duas vertentes é imprescindível para a efetivação dos interesses tanto do indivíduo como da coletividade representada pelo Estado, sendo ponto fundamental para a deflagração e aprimoramento da democracia.

3.2. Formas da liberdade na Constituição Federal de 1988

A liberdade possui diversas modalidades, da onde o melhor seria falar em liberdades. Para Canotilho (1993, pp. 538-539), liberdade, no sentido de direito de liberdade, faz referência à liberdade pessoal, ao passo que liberdades teriam natureza defensiva, identificar-se-iam com direitos a ações negativas, onde a alternatividade de comportamentos seria o traço específico.

Certo é que a liberdade é una, indivisível e ilimitada. As liberdades, no entanto, são várias, divisíveis e limitadas (SIMÕES, 1986, p. 11). Nos dizeres de Cretella Júnior (1986, p. 25), “cada liberdade se exterioriza num dado setor particular de atividade (...) motivo por que se tem dito que as liberdades fazem parte de um conjunto solidário, mas sob o ângulo jurídico”.

De forma geral, poder-se-ia falar em liberdades individuais (que estariam sujeitas à limitação) e em liberdades públicas (que não poderiam, “a princípio e por princípio”, ser invadidas pelo Estado), tratando-se de “conquistas da humanidade na luta contra a tirania e poder irresponsável” (BARROSO, 2002, pp. 86-87).

Na Constituição Federal de 1988 é possível encontrar as seguintes formas de liberdades, que possuem conceitos e tratamentos distintos, corroboradas pela classificação de José Afonso da Silva (2005, p. 235):

- *Liberdade da pessoa física*: trata-se da primeira forma de liberdade, onde se reconhece a todas as pessoas a possibilidade de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem desembaraçadamente dentro do território nacional. Há duas variantes:

- a) Liberdade de locomoção (art. 5.º, XV, CF) – Explicita duas situações, em casos de normalidade, sendo uma a liberdade de locomoção no território nacional e a outra a de a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens.
- b) Liberdade de circulação – Manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar, consistindo na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.

- *Liberdade de pensamento*: trata-se da liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, caracterizando-se como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. Podem ser:

- a) Liberdade de opinião – É a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, seja um pensamento íntimo, ou a tomada de posição pública. Um dos seus aspectos externos é a liberdade de manifestação do pensamento, assim como o direito de não se manifestar.
- b) Liberdade de religião – Abrange três formas de expressão: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. CF, art. 5º, VI.
- c) Liberdade de informação e comunicação – A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação (art. 5.º, IV, V, IX, XII e XIV, c/c art. 220 a 224, CF). Por sua vez, a liberdade de informação é a liberdade de informar e de ser informado. Nessa categoria se enquadra a liberdade de informação jornalística, por exemplo.
- d) Liberdade de expressão intelectual, artística e científica – Essas liberdades estão previstas e asseguradas pelo artigo 5.º, IX, da CF. Podem ser amplamente gozadas, desde que não contrariem a lei, e não ofendam aos direitos autorais e de propriedade intelectual, por exemplo.

- e) Liberdade de expressão cultural – Presentes principalmente nos artigos 215 e 216 da CF. É onde se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites.
- f) Liberdade de transmissão e recepção do conhecimento – Verificar o artigo 206, II e III, da CF. Trata-se do reconhecimento de liberdade de uma classe de especialistas na comunicação do conhecimento, que são os professores, dando-se liberdade de ensinar, e também a liberdade de aprender, assim, como a liberdade de pesquisar (modo de aquisição do conhecimento).

- *Liberdade de expressão coletiva*: São modalidades de direitos individuais, abrangendo o direito ou a liberdade de reunião e o direito ou a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVI e XVII a XXI). São considerados direitos individuais, pois pertencem ao indivíduo, e de expressão coletiva porque pressupõem uma pluralidade de pessoas para que possam ser exercidos.

- *Liberdade de ação profissional*: O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade para exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro. Está no art. 5º, XIII da CF.

- *Liberdade de conteúdo econômico e social*: Faz referência à liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho, sendo, na verdade, direitos econômicos e sociais.

Portanto, hodiernamente a Constituição reconhece e assegura, explicitamente no artigo 5º, direitos fundamentais cujo objeto imediato é a liberdade, seja ele de locomoção, de pensamento, de reunião, de associação, de profissão, de ação, etc. Analisar o conteúdo desses direitos é imprescindível para o estudo das restrições, mas não sem antes visualizar as garantias às liberdades estabelecidas na Lei Maior.

3.3. As disposições assecuratórias das liberdades na Constituição de 1988

Hoje, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas. Nesse prisma é que se situam os instrumentos de tutela das liberdades, sejam na área civil, através do direito de ação, sejam na área penal, com o devido processo legal, além dos instrumentos especiais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

De nada vale a concepção de Hans Kelsen, no sentido de que a ordem jurídica funciona como uma pirâmide, onde as normas de hierarquia superior justificam e fundamentam as de hierarquia inferior, se não existirem instrumentos que funcionem como estrutura dessa pirâmide (GRECO FILHO, 1989, p. 41).

Enquanto os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, podendo-se falar em garantias materiais e em garantias processuais, constitucionalmente estabelecidas.

Garantias materiais do direito à liberdade são as proteções contra o agir do legislador e dos agentes públicos que executam a lei, como as regras que limitam o poder do Estado na privação da liberdade do indivíduo (BARROSO, 2002, p. 88).

As garantias processuais ao direito de liberdade fazem referência às disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias normais, sem as quais “a *liberdade pública* declarada seria verdadeira faca sem gume, etiqueta vistosa, mas vazia de significado” (CRETILLA JÚNIOR, 1986, p. 180). São exemplos as garantias do processo, como a ampla defesa, as garantias da magistratura, e os meios de provocação da atividade judicial.

Para distinguir direitos de garantias, Jorge Miranda (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 484) utiliza os direitos de liberdades, assim escrevendo:

- As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa;
- As liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado;
- As liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm um valor instrumental e derivado.

Certo é que nem sempre é tarefa fácil distinguir os direitos das garantias na Constituição. José Afonso da Silva (2005, pp. 413-417), seguindo a lição de Ruy Barbosa e advertindo que “não raro o *direito fundamental* se exprime pela norma de garantia”, realiza um magistral confronto exemplificativo entre os direitos e garantias constantes da Carta Magna e que, por sua clara utilidade e didática, será aqui transcrito³:

DIREITOS	GARANTIAS
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.	XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
<i>(Liberdade de ação geral)</i>	II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
<i>(Direito à vida e à integridade física e moral)</i>	III – ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante.
IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.	V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.
VI – é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos <i>(liberdade de religião)</i>	garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.
VIII – por motivo de crença religiosa ou de convicções filosóficas ou políticas,	– ... ninguém será privado de direitos, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação <i>legal</i> a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.
IX – é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,	independentemente de censura ou licença.
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem <i>(direito à privacidade)</i>	assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
<i>(direito à intimidade)</i> XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, <i>(direito à intimidade, ao recesso do lar)</i>	XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.
<i>(direito à intimidade das comunicações pessoais)</i>	XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, salvo, neste último caso, <i>por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.</i>

³ Representa esse quadro, de certa forma, base para compreender as restrições de liberdades, quando emanadas do próprio texto constitucional ou através de reserva legal. Também exprime de forma quase completa o buscado no item 3.3 do presente estudo.

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz	LXVIII – conceder-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.
XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos,	independente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.
XVII – é plena a liberdade de associação	XVIII – a criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial. XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.
XXII – é garantido o direito de propriedade XXIII – a propriedade atenderá a sua função social	XXIV – a lei estabelecerá o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral (<i>direito coletivo à informação</i>)	LXX – mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partidos políticos; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.
(<i>direito geral à legalidade da Administração – direito a uma atuação democrática dos Poderes Públicos</i>)	XXXIV – são a todos assegurados, independentemente de pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.
(<i>direito subjetivo à jurisdição</i>)	XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
(<i>direito subjetivo à estabilidade dos negócios jurídicos</i>)	XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
(<i>direito ao juiz natural</i>)	XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção.
(<i>direito de liberdade – direito de não sofrer sanção por fato alheio – direito à incolumidade física e moral – direito de defesa – liberdade política e de opinião – enfim, direito à segurança em geral</i>)	são protegidos pelas garantias penais que se acham inscritas, em geral, nos incs. XXXVII a LXVII do art. 5º.
(<i>direitos públicos subjetivos, líquidos e certos</i>)	LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por <i>habeas corpus</i> ou <i>habeas data</i> , quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

<i>(direito à intimidade e à incolumidade dos dados pessoais – direito de acesso às informações registradas em bancos de dados – direito de retificação de dados)</i>	LXXII – conceder-se-á <i>habeas data</i> : [...]
<i>(direito à privacidade e à moralidade da Administração)</i>	LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Analisando-se o presente e o futuro dos direitos do homem, tem-se que o problema da contemporaneidade com relação a eles consiste não mais apenas em fundamentá-los, mas sim em protegê-los; de modo que, o problema não é filosófico, mas, num sentido mais amplo, político.

Ao se discutir as restrições das liberdades, ponto-chave é averiguar quais garantias são dadas ao direito que se está limitando, a fim de se verificar a legitimidade da atuação estatal. Funcionam as garantias expressas como barreiras para essa limitação, da onde reside sua indispensável deflagração.

Como mostra Canotilho (1993, p. 605), há uma conexão intrínseca entre as limitações e as garantias, sendo que é dessa articulação “que se deduz o âmbito de protecção concretamente garantido pelos preceitos constitucionais”.

4. SISTEMA DE RESTRIÇÕES DAS LIBERDADES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ab initio, tomando-se em conta o princípio da legalidade, somente as liberdades individuais, embora ainda aqui haja posições contrárias, estariam sujeitas a limitações, por via de lei. No entanto, também as liberdades públicas sofrem restrições em seu exercício.

Mais do que pela análise da eficácia, já que somente as normas com eficácia contida seriam limitáveis, é pelo estudo da Constituição como sistema de regras e princípios que melhor se pode visualizar e compreender as restrições. De toda forma, os dois temas serão brevemente analisados.

De posse do que já foi demonstrado até aqui e do que será tratado acerca das normas sobre as liberdades, será possível estabelecer um cotejo entre essas noções e definir limites e possibilidades dos sistemas de restrições das liberdades⁴ presentes na Constituição Federal de 1988.

4.1. Constituição como sistema de regras e princípios

Sem dúvida, é indispensável que, para que a liberdade de uma pessoa seja garantida, devam os demais respeitá-la. Atua a lei como meio para limitar a liberdade individual, a fim de garantir que todos gozem de seus direitos.

Importante é, pois, ter sempre em mente que, como mostra Sarlet (2001, p. 39), mesmo uma Constituição de um Estado Social de Direito (necessariamente democrático) não poderá jamais negligenciar o patamar de desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de atingir uma plena efetividade.

Para compreender como se dá essa limitação é preciso compreender que as normas constitucionais podem aparecer como regras ou como princípios. Assim, é importante que se tenham, nesse momento do trabalho, algumas considerações

⁴ Usou-se a terminologia “sistemas de restrições das liberdades” empregada por José Afonso da Silva (2005, p. 269), pois parece ser a mais correta para tratar das formas em que se limitam as liberdades no Brasil, como se verá mais a frente.

genéricas sobre “regras e princípios”, o que se faz baseado nos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre o tema.

Como mostra Virgílio Afonso da Silva (2003, pp. 609-611), tanto Dworkin como Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico, separando o pensamento de cada autor da seguinte maneira:

- Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios, que possuem dimensão da validade e também a dimensão do peso. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Prevalece o princípio que for mais importante, que tiver mais peso, para o caso concreto. O outro princípio não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso. Em outros, porém, a situação pode inverter-se.
- Para Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso eles são chamados de mandamentos de otimização. No caso de colisão, usa-se o sopesamento. Fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*. As regras expressam deveres e direitos definitivos. No caso dos princípios, o grau de realização pode variar.

Considerando os diversos critérios que a doutrina sugere para distinguir regras de princípios, Canotilho (1993, pp. 167-168) afirma que os princípios são multifuncionais, podendo desempenhar função argumentativa, ocupando importante tarefa de integrar e complementar o direito. Funciona a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, onde a exclusividade de um tipo ou outro de norma é inaceitável, posto que levaria a limitações fatais para o sistema.

É assim que se pode dizer que o caso de reserva de lei, que será tratado adiante, em nada tem a ver com a colisão de direitos, onde o princípio da proporcionalidade fatalmente deve ser aplicado. Não significa, no entanto, que a ponderação não deva ser utilizada na análise das leis restritivas, bem como no campo do poder de polícia.

Pela classificação de Canotilho (1993, pp. 170-180), bem como pela análise das características das regras e dos princípios, as normas constitucionais que tratam das liberdades podem ser tidas ou como princípios ou como regras de direitos fundamentais. As restrições às liberdades apareceriam, assim, como regras, em especial por prescreverem imperativamente uma exigência e por suscitarem problemas de validade (se suscitam também problemas de peso, estar-se-á diante de um princípio).

Certo é que a ponderação e não a subsunção é que vai permitir a solução de problemas relativos aos princípios. Assim, mostra-se importante tratar do princípio da proporcionalidade, cuja vinculação ao Direito Constitucional, como mostra Paulo Bonavides (1996, p. 359), ocorre por via dos direitos fundamentais, atuando da seguinte maneira:

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.

Para solucionar uma autêntica colisão de direitos fundamentais, a melhor doutrina propõe que cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo.

Bergmann Ávila (*apud* SILVA, 2003, pp. 620-623) sugere que as colisões entre princípios sejam classificadas em quatro categorias distintas:

1. A realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro;
2. A realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro;
3. A realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro;
4. A realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro.

Apenas a segunda categoria acima apontada configura uma colisão de princípios. Se não há colisão entre princípios, as condições jurídicas para a sua otimização são ideais e nada impede que eles sejam realizados na máxima medida.

Paulo Bonavides (1996, pp. 360-361), tratando do princípio da proporcionalidade, cita que possui ele três elementos parciais ou subprincípios, e que devem ser observados quando da aplicação daquele. São eles:

- 1) Pertinência ou aptidão;
- 2) Necessidade;
- 3) Proporcionalidade “stricto sensu”.

Segundo Virgílio da Silva (2003, pp. 621-623), ao se discutir o que vem a ser mandamentos de otimização, deve-se fazê-lo sob duas ordens:

- Colisão total de princípios: no caso de conflito total entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida. O princípio afastado não é declarado inválido, e por isso não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. Prevaler não se confunde com pertencer.
- Realização “no todo” e realização “na máxima medida”: os princípios expressam deveres *prima facie*. Na aplicação concreta deles, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, as ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Do procedimento de ponderação ou sopesamento resulta uma regra, aplicável ao caso concreto. É essa regra que deverá ser realizada “no todo”.

Veja-se o caso da liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX, CF). Claro exemplo de aplicação dos conceitos aqui mostrados, posto que, conforme Soriano (1990, p. 140), “por su cualidade de libertad institucional y preferente, y puesto que no hay derechos y libertades absolutos em nuestro ordenamento jurídico, han de ponderarse

muy seriamente los bienes jurídicos afectados en una hipotética colisión de la libertad de expresión con otras libertades o derechos”.

Importante frisar, no entanto, que o uso indiscriminado da proporcionalidade é muito arriscado. Nesse sentido, BARROSO (*apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 119):

É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos a fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto.

Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 44) também adverte que o uso do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso pode estimular o constitucionalista a arrogar poderes, vindo a afetar a competência de órgãos constitucionais. No entanto, afirma que isso não afasta a imprescindibilidade desse princípio para aferir a constitucionalidade de leis restritivas⁵.

Pelo exposto, por tratar-se a liberdade de um princípio, as restrições a esse direito, enquanto regras, poderiam ser repelidas pela supremacia daquele, considerando a hierarquia das normas. Tomando-se as restrições como princípios, a ponderação aparece como solução para casos de conflitos. Essa análise serve para todos os tipos de restrições das liberdades.

4.2. A eficácia das normas constitucionais sobre as liberdades

De início, frise-se que o estudo da eficácia das normas como parâmetro para analisar as restrições às liberdades não é o melhor caminho, posto que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica. Certo é, no entanto, que essa eficácia varia conforme a dependência ou não de complementação de outras normas, de inferior hierarquia (infraconstitucional), momento em que o tema ganha mais relevo.

Claro é que o direito constitucional “almeja à efetividade, que é a eficácia social da norma (...) a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e

⁵ Notadamente nas reservas da lei simples, onde o legislador, embora escolha fins e meios, deve aplicar, dentre outros, o princípio da proporcionalidade (BORNHOLDT, 2005, p. 95).

o *ser* da realidade social” (BARROSO, 2002, p. 83). Com isso em mente é que se pode, de fato, discutir a eficácia do direito à liberdade.

A classificação tradicional, fixada pela doutrina norte-americana e seguida por Rui Barbosa, Pontes de Miranda e por Jorge Miranda, como mostra Paulo Bonavides (1996, pp. 215-216), diferencia as normas *self-executing*, *self-enforcing*, *self-acting*, *bastantes em si ou exequíveis* das *not self-executing*, *not self-enforcing*, *not self-acting*, *não bastantes em si ou não exequíveis por si mesmas*. Aquelas são auto-aplicáveis, não dependendo da complementação de outras normas para que se tornem exequíveis; estas, por outro lado, não são auto-aplicáveis, dependendo da complementação de outras normas para que se tornem exequíveis.

Mostra Ingo Wolfgang Sarlet (2001, pp. 26-28) que, conforme dispõe o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que gera duas questões: a do exame da abrangência dessa norma e a de seu sentido. Após detalhado exame da matéria, define o autor que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, é aplicável a todos os direitos fundamentais, mas não da mesma forma, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto.

Freire Júnior (2005, p. 129), afirma que se tira a força normativa da Constituição ao se utilizar “como alibi o velho e bolorento argumento da não-aplicabilidade imediata da Constituição”, mostrando que:

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes cumprir pelos detentores do poder.

Pinto Ferreira (1995, p. 40), em exaustivo exame sobre a eficácia das normas jurídicas, diferencia-as como sendo de eficácia absoluta, ou de aplicação imediata, que seriam as *clausulas pétreas*, ou de eficácia plena, que, embora de aplicação imediata, podem ser modificadas pelo poder constituinte derivado de reforma.

Celso Ribeiro Bastos (2001, pp. 53-61), após citar os critérios de abstração, de aplicabilidade e de separação radical para distinguir regras de princípios, acentua a questão dos valores como ponto de distinção entre essas espécies de normas. Fala ele

de normas preceptivas, que atuam como comandos-regras, e de normas programáticas, que atuam como comandos-valores.

De acordo com a concepção de José Afonso da Silva, exposta em “Aplicabilidade das normas constitucionais” (*apud* SARLET, 2001, p. 26), há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação aos fatos) e a eficácia jurídica. De acordo com esta noção, a eficácia social confunde-se com a efetividade da norma e a eficácia jurídica com a aplicabilidade.

Em seu “Curso de direito constitucional positivo” (2005, pp. 179-180) José Afonso da Silva fala de normas de eficácia plena, que não dependem de qualquer legislação posterior para serem aplicadas; de normas de eficácia contida, que, embora de aplicabilidade imediata podem ter seus efeitos limitados pela legislação infraconstitucional; e de normas de eficácia limitada, que dependem de complementação do legislador infraconstitucional para que se tornem exequíveis.

Mais adiante, o mesmo autor vai dizer que, via de regra, as normas constitucionais que definem as liberdades, pela própria função que têm, são de eficácia plena. No entanto, algumas normas caracterizam-se como de eficácia contida, o que não significa dizer que precisa existir norma reguladora do exercício das liberdades, já que todas são de aplicabilidade direta e imediata, sejam de eficácia plena ou de eficácia contida (SILVA, 2005, p. 268).

Assim, discutir a eficácia da norma a fim de se estabelecer um parâmetro quanto à possibilidade ou não de restrição é útil, mas não suficiente, posto que, na prática, não existe direito absoluto, da onde a plenitude da eficácia acaba sendo mitigada. De toda forma, é nas liberdades individuais, de eficácia contida, que as limitações melhor serão visualizadas. Claro que, tomando a liberdade como princípio, de eficácia plena, não há se considerar esse aspecto como parâmetro para o estudo das restrições.

4.3. Tipos de restrições das liberdades

Não resta dúvidas que o Estado, na sua tarefa de estabelecer regras de Direito, deve buscar construir uma sociedade melhor à coletividade, o que pode ser verificado

quando o âmbito de proteção de um direito fundamental é limitado através da lei. No entanto, no que concerne às restrições, se, conforme mostra Hayek (1985, p. 63), não houver nessa tarefa um “corpo de princípios coerentes o resultado tenderá a ser uma supressão da liberdade individual”, posto que:

Uma vez que o valor da liberdade repousa sobre as oportunidades de ações imprevistas e imprevisíveis que ela oferece, raramente saberemos o que perdemos em decorrência de determinada restrição à liberdade (...) Se a escolha entre liberdade e coerção for assim julgada uma questão de oportunismo, a liberdade será fatalmente sacrificada em quase todos os casos.

Segundo Canotilho (1993, p. 603), há uma relação entre as leis restritivas de direitos fundamentais e as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos, já que estas acabam diminuídas pela atuação daquelas. Conforme León Duguit (*apud* ROSPIGLIOSI, 2005):

El hombre no tiene el derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social. Nadie puede oponerse a los actos que ejecuta con este propósito, a condición, bien entendido, de que esos actos no tengan como resultado atentar a la libertad de otro. El Estado no puede hacer nada que limite la actividad del hombre ejercida en vista de ese fin; debe proteger todos los actos que tiendan a este fin y reprimir y castigar todos aquellos que le sean contrarios.

Cumprir frisar, como bem mostra Wilson Antônio Steinmetz (2001, pp. 27-74) que os fenômenos da intervenção legislativa e dos limites imanentes, são distintos da colisão de direitos, onde o princípio da proporcionalidade atua de forma mais imediata, devendo essa constatação ser seguida para compreender o que será dito adiante.

Apesar disso, como ensina Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 42), “a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis”, tendo o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já “ressaltado a importância do princípio da proporcionalidade no controle de leis restritivas”⁶.

⁶ Conforme passagem de votos proferido pelo Ministro Rodrigues Aleckmin, na Rp. n. 930, cf. transcrição na Rp. 1054, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 110/937 (962) (MENDES, 1999, p. 42).

Certo é que os direitos fundamentais são relativos, não absolutos. Eles se implicam mutuamente. A relatividade aparece não enquanto fragilidade, mas enquanto sistema. São relativos porque são restringíveis, restrição essa que ocorre para atender a outros direitos fundamentais. Pode-se dizer que duas teorias disputam a questão da restrição:

- *Teoria interna*: ligada à idéia de limites imanentes. Cada princípio carrega em si limites. A tarefa de definir esses limites é de configuração, sendo menos ponderação e mais subsunção (extraí-se da norma o direito). Borowski (2003, p. 68) assim explica:

Según la teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho com su contenido determinado. Toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Desde este punto de vista, hay solo un objeto normativo: el derecho com sus limites concretos.

- *Teoria externa*: os limites são sempre externos, oferecidos por outro princípio. Borowski (2003, p. 66) dirá que “la teoría externa presupone la existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo la restricción de esse derecho”.

Tomando-se a teoria interna, os limites seriam vistos não como restrições, mas como limites imanentes explícitos de proteção do direito; pela teoria externa, toda e qualquer limitação seria tida como restrição, sendo passível de ponderação (BORNHOLDT, 2005, pp. 96-97).

Afora esse aspecto, característica das normas de eficácia contida, como já indicado alguns parágrafos atrás, são os sistemas de restrições das liberdades públicas.

Canotilho (1993, p. 603) propõe a seguinte tipologia para essas restrições:

- Limites ou restrições constitucionais imediatos;
- Limites ou restrições estabelecidos por lei;
- Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos.

Adotar-se-á essa classificação proposta por Canotilho para discorrer sobre as restrições às liberdades adotadas pela Constituição Federal de 1988, por entender-se

pertinente ao caso brasileiro, ainda que alguns autores contestem a utilização da idéia de limites imanentes.

4.3.1. Limites ou restrições constitucionais imediatos

São positivados pelas próprias normas garantidoras de direitos. Exemplos: CF, art. 5º, XVI (reunir-se pacificamente, sem armas, com aviso prévio a autoridade e sem frustrar outra reunião), XVII (fins lícitos e vedação de caráter paramilitar para as associações), art. 136, §1º, e 139 (restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio).

Como mostra Luís Roberto Barroso (2002, pp. 87-88):

É bem de ver que a própria Constituição estabelece limites ao exercício de determinadas liberdades públicas, além de admitir sua disciplina em lei, desde que respeitados os balizamentos constitucionais e a razoabilidade de qualquer medida limitativa.

Parte da doutrina alemã vê esses limites internos não como autênticos limites, mas como elementos constitutivos de parte do suposto de fato. Alexy prefere falar em restrições diretamente constitucionais, sob a forma de cláusula restritiva expressa, ou de cláusula restritiva tácita (STEINMETZ, 2001, p. 30).

Como bem ensina Canotilho (1993, p. 605), é possível visualizar nas normas constitucionais imediatamente restritivas de direitos uma dupla feição: são, ao mesmo tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos. São de garantia ao estabelecerem um âmbito de proteção a determinado direito (por exemplo, o de reunião) e são restritivas ao determinarem limites ao âmbito de proteção (reunir-se pacificamente e sem armas).

Esclarece o mesmo autor que:

O legislador não está impedido de reproduzir, nos actos legislativos, os limites directamente impostos pela constituição. Todavia, a lei não cria, nestas hipóteses, limites; “ilumina” ou revela, de forma não constitutiva, os limites constitucionais expressos (*lei declarativa* de limites constitucionais expressos) (CANOTILHO, 1993, p. 605).

Tomando-se, para exemplificar, o direito de reunião, parece não haver dúvidas que a limitação de que seja ela pacífica vem de encontro com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição (por mais que alguns segmentos sociais, ditos revolucionários, a contestem). Vê-se nesse caso uma “restrição à liberdade de reunião, que delinea o âmbito normativo através do qual foi essa liberdade recebida pelo constituinte” (BORNHOLDT, 2005, p. 94).

Não significa, no entanto, como adverte José Afonso da Silva (2005, p. 265), que a autoridade possa revistar os participantes a fim de verificar a existência ou não de armas. Também parece admissível e coesa a exigência de que não frustre outro encontro previamente convocado para o mesmo local, pois isso geraria tumulto.

Ao estabelecer como requisito para a reunião o aviso prévio a autoridade e não sua autorização, fez, como mostra Soriano (1990, p. 211), grande avanço democrático o legislador. No entanto, segundo o mesmo autor, direitos de terceiros podem ficar comprometidos com essa liberdade, o que possibilitaria atuação do Poder Executivo no sentido de não permitir que se realize a reunião⁷.

4.3.2. Limites ou restrições estabelecidos por lei

Podem existir restrições legais quando os preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias admitam, de forma expressa, a possibilidade de restrições destes através da lei (reserva legal). Exemplos: CF, art. 5º, VI (liberdade de consciência e crença, cuja proteção aos locais de culto e a suas liturgias será garantida na forma da lei), VII (prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, assegurada na forma da lei), XIII (liberdade de ação profissional, atendidas as qualificações estabelecidas em lei), XV (liberdade de locomoção, cujo transporte de bens será regulado em lei), XVIII (criação de cooperativas, na forma da lei).

Como ensina Canotilho (1993, p. 605), fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva quando expressamente se prevê na Constituição a possibilidade de limitação de direitos, liberdades e garantias através de lei. Nesse caso, a norma constitucional é simultaneamente:

⁷ Trata-se de claro exemplo de poder de polícia, tema que será tratado adiante.

(1) uma *norma de garantia*, porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção ao direito fundamental; (2) uma *norma de autorização de restrições*, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente garantido (CANOTILHO, 1993, p. 605).

As reservas de leis em matéria de direitos fundamentais, verdadeiros limites externos, ou restrições indiretamente constitucionais na teoria de Alexy, podem se dar através de lei ordinária, de lei qualificada ou de lei geral (STEINMETZ, 2001, pp, 33-37).

Segundo Bornholdt (2005, p. 94), “as autorizações para a edição de leis restritivas têm como objeto restrições amplas ou limitadas”. Serão amplas quando o legislador tiver maior liberdade de conformação, como no caso do artigo 5º, inciso XIII da CF; serão limitadas, ou qualificadas, quando, além de preverem a restrição por meio de lei, estabelecerem também os fins a serem perseguidos e/ou os meios a serem utilizados, como no caso dos artigos 5º, inciso XII, e 220, § 1º, ambos da CF.

Celso Ribeiro Bastos (1989, pp. 76-77) discorre sobre as limitações ao exercício de profissão, afirmando que, além do problema da excessiva regulamentação e das leis que muitas vezes não satisfazem os requisitos de cunho substancial, há também o problema da atuação estatal, pois que “o mero exercício do poder de polícia do Estado não pode ir ao ponto de vedar certas atividades”.

Poderia-se ver como exemplo de restrição estabelecida por lei também o inciso VIII do art. 5º da CF, que determina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação *legal* a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Trata-se da escusa de consciência, “direito individual reconhecido mediante norma de eficácia contida, contensão esta que só se concretiza por meio da referida lei restritiva, que fixe prestação alternativa” (SILVA, 2005, p. 242).

Ao discutir o tema, Ramón Soriano (1990, p. 59), além de tratar da escusa de consciência como forma de desobediência ao Direito, conclui o seguinte⁸:

⁸ A idéia do autor vem corroborar a tese de que restrições nem sempre são adequadas. O caso da escusa de consciência como norma de eficácia contida parece constituir uma dessas inadequações.

Es mucho mejor una legislación en principio no restrictiva que un sinnúmero de normas de excepción al cumplimiento de los deberes jurídicos. El reconocimiento de la objeción legal siempre entraña costes económicos y humanos, que podrían ser evitados con una actitud imaginativa y abierta de los poderes públicos.

A título exemplificativo, cumpre aqui fazer uma análise sobre a eutanásia⁹, ainda que, conforme a posição tomada, pudesse tal referência ser feita no ponto seguinte, posto que seria problema de conflito de direitos fundamentais. Em todo caso, certo é que, embora a legislação criminal pátria não faça referência expressa à eutanásia, configura-se ela no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal, que trata do homicídio, ao estabelecer como caso de diminuição de pena o motivo de relevante valor moral (punida como homicídio privilegiado).

Não deixa referida regra, segundo entendem os favoráveis à liberalização da eutanásia, de ser uma restrição ao direito de morrer com dignidade, posto que, ainda que haja consentimento da vítima, o tipo penal estaria configurado. É aí que a questão ganha controvérsia.

As inovações da Medicina e da Biologia colocaram o homem em situação de perplexidade, já que tornaram possível a cura de muitas doenças, dando a ele anos de sobrevida, ao mesmo tempo em que afetaram o controle dos indivíduos sobre o próprio processo de morte, muitas vezes lhes tirando o direito de morrer com dignidade. Da mesma forma que se protege a vida, buscando prolongá-la, ainda que a duras penas, também a morte deveria ser respeitada.

A dignidade da pessoa humana aparece como fundamento jurídico supremo de proteção do indivíduo, sendo aspecto central no debate direito à vida e direito à morte digna (DWORKIN, 2003, pp. 341-342). Em segundo plano, aparecem o direito de liberdade ideológica e a proibição de tratamento desumano, tudo amparado pela Constituição Federal.

São teses que favorecem a não admissão da antecipação da morte, conforme Remo Pannain (*apud* SILVA, 2005, p. 203), além dos motivos religiosos, onde a vida é vista como bem indisponível e sagrado, o aspecto moral e o aspecto criminal (o

⁹ Não se tratará aqui do tema com pormenores, posto que exigiria outra monografia. Basta saber que significa matar alguém para abreviar os sofrimentos de uma agonia dolorosa e prolongada.

indivíduo que comete o ato teria propensão ao delito). Há também o aspecto científico que leva em conta o tratamento do paciente, ainda que fútil, e vê os atos médicos tendentes a terminar com o sofrimento do paciente como alheios ao exercício da Medicina.

Embora não exista lei permitindo a prática da eutanásia, os preceitos constitucionais são de aplicação imediata. Discute-se mesmo a justificação da antijuridicidade com fundamento no estado de necessidade¹⁰ e, os que vêm a vida como bem disponível, no consentimento do paciente.

É passada a hora de contemplar a imagem de sagrada da vida para vislumbrá-la à luz das necessidades humanas, idéia seguida e advogada por Ronald Dworkin que, em sua conclusão sobre o tema (2003, p. 341), diz:

Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada.

Em todo caso, é essa uma questão aberta que, como afirma José Afonso da Silva (2005, p. 202), “sempre se aguça, emocionalmente, quando algum caso de doloroso padecimento atrai a compaixão pública”. Serve para mostrar, e eis o principal motivo de discorrer alguns parágrafos sobre o assunto aqui, que a matéria das restrições às liberdades extravasa o formalismo das leis, insuficientes, exigindo dos aplicadores preparo para lidar com situações complexas.

Deve-se também ter em mente que, como mostra Bornholdt (2005, p. 96), “não se deve confundir qualquer intervenção legislativa em matéria de direitos fundamentais com as leis restritivas: estas são apenas uma espécie daquela”. Isso é fundamental para compreender o papel que os limites assumem ao serem estabelecidos.

¹⁰ Por óbvio, não se entrará aqui na estrutura do tipo penal.

4.3.3. Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos

O reconhecimento destes limites é muito problemático, mas sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens.

São, como mostra Canotilho (1993, p. 604), “limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos”, sendo exemplo o exercício de greve que, apesar de a Constituição não estabelecer restrições, estaria limitado a fim de se salvaguardarem outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos, como serviços de segurança e em hospitais.

No entender de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 38), tais limites imanentes ou *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*):

Balizam a ação do legislador quando restringem direitos fundamentais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Canotilho (1993, pp. 606-610) mostra que a doutrina utiliza a chamada “cláusula da comunidade” ou dos limites “originários” e da teoria das “limitações horizontais” para explicar os limites imanentes. Nem uma nem outra, no entanto, afastam por completo a eventual necessidade do uso da ponderação de direitos.

Mas claro deve ficar, como mostra Bornholdt (2005, pp. 122-123), que não se deve confundir a ponderação com a idéia de limites imanentes, “que defende a existência *a priori* de limites que não seriam o resultado de uma dinâmica e prévia atividade interpretativa”. Nesse sentido:

Argumenta-se em favor da tese segundo a qual limites imanentes podem ser considerados um fenômeno distinto das colisões de direitos fundamentais se a construção dogmática dos limites imanentes tiver por finalidade a justificação da restrição legislativa dos direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei (STEINMETZ, 2001, p. 43).

A diferença entre o fenômeno da proporcionalidade e o dos limites imanentes reside no fato de que:

O legislador poderá instituir limites aos direitos fundamentais sem reserva de lei, porque tais limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição como um todo, limites que derivam da conexão interna entre os diferentes direitos fundamentais e/ou bens constitucionais em razão de uma virtual ou potencial tensão por ocasião do exercício destes direitos por diferentes titulares (STEINMETZ, 2001, p. 43).

No caso das restrições, o que de fato se utiliza é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou da proibição do excesso, ou da justa medida, significando, como mostra Canotilho (1993, p. 617), “que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte ‘cargas coativas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos”.

Nesse contexto, mesmo se questiona se esses limites imanentes não seriam mera criação dogmática, posto que poderiam ser absorvidos pelo conceito de colisão de direitos. No entanto, sua função de justificar restrições legislativas a direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei é clara, aí residindo sua importância.

4.4. A atuação do Poder Legislativo e o poder de polícia

Parece incontestável que é função do Estado “policar o exercício dos direitos individuais, para compatibilizá-los com o bem comum” (BASTOS, 1989, p. 52). No entanto essa atuação há de ocorrer dentro de parâmetros bem definidos, para não constituir arbítrio.

Como mostra Cretella Júnior (1986, p. 30), “pelo *poder de polícia* o Estado desenvolve atividades que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar, mediante o policiamento, traduzido em *restrições*, da conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo”.

Ao tratar dos significados que a expressão “direito administrativo” pode adotar, Hayek (1985, p. 161) mostra que:

É também usada para “designar ‘poderes administrativos sobre pessoas e propriedade’, não consistindo em normas universais de conduta justa, mas visando a determinar resultados previsíveis, e por isso envolvendo necessariamente discriminação e arbítrio. É nesta acepção que o direito administrativo conflita com o conceito de liberdade sob a égide do direito.

Os modos de restrições das liberdades, como mostra José Afonso da Silva (2005, p. 269), esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento quando for necessário e suficiente. Fora disso é arbítrio.

Daí a importância de se definirem limites à atuação legislativa e ao chamado poder de polícia. Nos regimes de legalidade, são eles limitados, devendo estar sujeitos a controle judicial, onde se analisará a oportunidade de restringir-se direitos individuais em benefício da ordem coletiva. Ultrapassados os limites para seu exercício, sendo ele excessivo ou desnecessário, estar-se-á diante do abuso de poder.

Nesse sentido, Vedel (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1986, pp. 32-33) afirma:

O regime jurídico do poder de polícia não é constituído somente pela aplicação da legalidade do direito comum e pelo respectivo controle do juiz. Definem-se os limites do poder de polícia de modo muito mais concreto, quando se consideram diversos fatores, sendo os mais importantes, dentre as *liberdades públicas*, ligados a certas atividades que incidem sob a ação de medidas de polícia, o que leva a fazer da oportunidade da medida de polícia elemento da própria legalidade, controlado pelo juiz além do *controle mínimo* e mesmo do *controle médio* do juiz. Poder-se-ia falar de *controle máximo*, em matéria de medidas de polícia, que restrinjam as liberdades públicas.

As liberdades públicas podem ser tidas, axiologicamente ou valorativamente consideradas, como *bipolares*, “traduzidas na ‘expansão individual’ e no ‘poder de polícia’; dotadas de *implicação* e *referibilidade* (...) e de *hierarquização* (...) variável segundo a época e a região considerada” (CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 25). Isso reflete que as restrições não podem ser casuísticas, devendo estar relacionadas às necessidades de seu tempo.

Como reflete João Manuel Simões (1986, p. 13):

A liberdade jamais poderá ser total (...) Normas jurídicas, leis naturais, mandamentos religiosos, princípios éticos, convenções sociais ou regras consuetudinárias – tudo isso restringe a liberdade. O que se discute é o grau, a origem e legitimidade – ou a justiça – das eventuais restrições.

Nesse contexto, verifica-se que:

A elaboração de normas restritivas de caráter casuístico afronta, de plano, o princípio da isonomia (...) tal proibição traduz uma exigência do Estado de Direito democrático, que se não compatibiliza com a prática de atos discriminatórios ou arbitrários (MENDES, 1999, p. 40).

Num caso de limite à liberdade de expressão, que versavam sobre a proibição de discursos que pregavam a *tomada violenta do poder*, dois *Justices* da Suprema Corte dos EUA afirmaram que o remédio para o mau uso da palavra é palavra, educação e exemplo, e não silêncio forçado¹¹.

É nessa esteira que se pode asseverar que uma das maiores virtudes da democracia é permitir-se duvidar de si mesma, ao assegurar liberdade e espaço até mesmo para aqueles que nela não crêem.

Cass Sunstein (2004, pp. 08, 27), ao criticar as restrições às liberdades civis que o governo dos Estados Unidos da América realiza com o pretexto de evitar atentados terroristas, afirma o seguinte:

The implication for restrictions on civil liberties should be clear. If an external threat registers as such, it is possible that people will focus on the worst-case scenario, without considering its (low) probability. The result will be steps that cannot be justified by reality (...) Civil liberties may be jeopardized for precisely this reason. And when the burdens of government restrictions are faced by an identifiable minority rather by the majority, the risk of unjustified action is significantly increased.

Retomando um exemplo que foi citado algumas páginas atrás, qual seja, o da possibilidade de se frustrar reunião quando direitos de terceiros venham a ser atingidos (vide art. 5º, inc. XVI, CF), algumas considerações que vêm ao encontro ao conceito de bem-estar social e ao de arbítrio podem ser tecidas.

¹¹ Trata-se dos votos dissidentes dos *Justices* Holmes e Brandeis no caso *Whitney v. People of State of California*. 274 U.S. 357 (1927).

Ramón Soriano (1990, p. 211), citando o caso em que situações de perigo e risco a pessoas e seus bens decorrem do direito de reunião, trata da possibilidade de atuação do membro do Poder Executivo em conjunto com o Poder Judiciário, no sentido de desautorizar reunião:

En un doble plano preventivo e reparador del ejercicio del derecho de reunión, la desautorización administrativa debe estar sometida a un trámite: la confirmación del juez ordinaria, a quien el delegado gubernativo remitirá inmediatamente y de oficio su resolución desautorizando la celebración de la reunión o manifestación.

Ou seja, posta em xeque a incolumidade pública, poderia, para o jurista espanhol, a autoridade usar de seu poder de polícia, amenizado pela decisão judicial, e frustrar a reunião. Constituiria arbítrio a desautorização imotivada. Para o direito brasileiro, não há sequer previsão de que, sendo pacífica, não interrompendo outra reunião e havendo aviso prévio, possa a reunião sofrer ingerência do Poder Público. Inclusive, a lei que tratava sobre o direito de reunião (Lei 1.207/50), por não mais exigir o texto constitucional lei sobre a matéria, fica revogada em tudo quanto contrariar o texto constitucional¹².

Cretella Júnior (1986, pp. 16-18) fala em crise das liberdades públicas, desencadeado por causas sociais, econômicas, tecnológicas e por grupos de pressão, ameaçando a liberdade e seu natural andamento.

Hayek (1985, pp. 162-163), após tratar da imprescindibilidade de regulamentar o uso dos ‘lugares públicos’, a fim de servir ao ‘bem-estar geral’, representado na segurança e na saúde dos usuários, frisa que “não é óbvio que esse objetivo torne necessário um ‘poder de polícia’ discricionário”.

Conforme Barroso (2002, p. 95), “a ordem jurídica tutela aspectos objetivos da liberdade. Nada obstante, o desfrute pleno desse direito pressupõe tomada de consciência e acesso aos valores mínimos da civilização, da cidadania e do consumo”.

¹² Parece claro haver uma incerteza quanto à liberalização no que concerne ao direito de reunião. Mas isso tem escopo na história do Brasil, marcada por décadas de autoritarismo, em que a censura era extrema e direitos como esse não raro eram dilapidados pelas autoridades. Sobre a questão veja-se José Afonso da Silva (2005, pp. 263-266).

Nesse prisma, convém afirmar que os direitos fundamentais, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de “dever ser”, possuem o que Pérez Luño (*apud* SARLET, 2001, p. 40) denominou de “irrenunciável dimensão utópica”, visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto.

Nesse sentido é que Freire Júnior (2005, p. 130) vai falar que “a Constituição substantiva prevê a existência de um núcleo essencial da Constituição imune a atuações de maiorias ou a argumentos de exceção”, com certo caráter jusnaturalista, onde o Poder Judiciário atua como seu guardião.

Com a globalização, com a mundialização, como mostra Américo Bedê Freire Júnior (2005, pp. 33-34) “vivenciamos o paradigma da dúvida, da incerteza da relativização de todos os saberes e verdades da ciência” o que não significa que não se deva “tentar construir alternativas viáveis a fim de impedir que essa estranha ditadura não continue a ficar imune de qualquer controle e a impor flagrantes violações aos direitos fundamentais dos cidadãos”.

É assim que o princípio da liberdade deve ser entendido de maneira ampla e geral. A atuação do homem deve ser plena e os limites estabelecidos a seu agir devem ser moderados. É na convivência humana e não nas restrições expressas que os verdadeiros limites à liberdade são encontrados.

Deve-se observar que atualmente os direitos fundamentais estão sendo deslocados da dogmática jurídico-constitucional para as chamadas teorias da justiça, para as teorias sociais e para as teorias econômicas do direito. E nesse bloco de idéias a atuação legislativa e o poder de polícia se inserem como medidas extraordinárias em relação às liberdades.

CONCLUSÃO

Sujeito e objeto da história. Ocupa o homem essas duas posições. A conquista da liberdade revela a atuação humana conforme sua vontade, mas condicionada está a circunstâncias do meio social que o envolve.

Os direitos fundamentais do homem constituem uma variável ao longo da história dos últimos séculos, cujo elenco se modificou e continua se modificando, ao sabor das condições históricas, dos interesses, das classes no poder ou dos meios disponíveis para a realização dos mesmos. Resumidamente, foi através de três revoluções (inglesa – 1688; americana – 1776; francesa – 1789) que o Estado liberal pode se consolidar, ainda que não passem esses eventos de uma aventura em curso, posto que não há estaticidade.

No geral, liberdade teria dois sentidos: de um lado, é um direito essencial para a realização da pessoa, e de outro, é um valor fundamental que orienta o Estado de Direito. Certo é que discutir os fundamentos filosóficos da liberdade num trabalho de direito positivo não tem o menor cabimento, até pela impossibilidade de se chegar a uma conclusão.

Cumprе assinalar, aproximando as noções de eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), que nem a previsão de direitos fundamentais na Constituição, nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização.

Os últimos dezenove anos, correspondentes à vigência da Constituição de 1988, testemunharam uma inegável elevação de patamar no tratamento das liberdades públicas no país, com seu respeito espontâneo como regra e com a existência de mecanismos eficazes de tutela, nos casos de violação.

É certo que, de geração em geração, mudanças sociais acarretam transformações nos textos constitucionais e legais. Com o direito de liberdade não é diferente, podendo-se verificar que a tendência é que a liberdade fique cada vez mais imune a restrições, muito embora um núcleo essencial, substancial, deva sempre

prevalecer, em especial pelo fato de jamais poder ser definido exclusivamente pelo direito.

No que tange às restrições, como bem advertiu Hayek (1985, p. 63), quando não se limitam à aplicação de normas gerais, ainda que visem à consecução de algum resultado específico previsível, não se saberá o que elas impedem, posto “que o valor da liberdade repousa sobre as oportunidades de ações imprevistas e imprevisíveis que ela oferece”.

Em resposta ao problema de pesquisa, considerando o que foi mostrado nesse trabalho, os sistemas de restrições das liberdades adotados pela Constituição Federal de 1988 são cabíveis, posto que, para garantir direitos, deve-se limitar direitos. O problema reside, no entanto, nos abusos do poder de polícia e da atuação legislativa, que só devem ser exercitados quando houver necessidade. Além disso, não são raros os casos em que o Poder Judiciário deixa a desejar, especialmente quando há colisão de princípios.

Em correspondência aos objetivos propostos, resumidamente, pode-se indicar as seguintes proposições:

- Constituiu a liberdade um direito conquistado através de revoluções, onde as limitações variam conforme o momento por qual passa a sociedade;
- As Declarações de Direitos modificaram o eixo das relações sociais da época em que surgiram, onde os direitos básicos dos indivíduos foram alcançados, afastando a tirania dos poderosos;
- Ingressou a liberdade na ordem constitucional em decorrência das Declarações do século XVII, aparecendo como direito fundamental de primeira geração;
- Nas Constituições Brasileiras o direito de liberdade foi claramente cerceado nas cartas de 1937, 1967 e 1969, períodos de ditadura, devendo-se destacar, também, o período em que o país conviveu com o AI-5. A Constituição de 1988 é a que mais valoriza os direitos individuais, estabelecendo garantias para seu exercício;

- Liberdade possui diversos conceitos, sentidos e classificações. Seguindo a Constituição Federal, conclui-se que, dependendo da forma que assume, poderá possuir a liberdade diversos regimes jurídicos;
- Por tratar-se a liberdade de um princípio, as restrições a esse direito, enquanto regras, poderiam ser repelidas pela supremacia daquele, considerando a hierarquia das normas. Tomando-se as restrições como princípios, a ponderação aparece como solução para casos de conflitos;
- Também pela eficácia da norma pode-se encontrar um indicativo sobre a sujeição ou não a restrições. No caso das liberdades, via de regra, as normas constitucionais que as definem são de eficácia plena. No entanto, tomadas como regras, algumas caracterizam-se como de eficácia contida, sendo nessas que melhor se visualizarão as restrições;
- Na Constituição Federal de 1988 pode-se visualizar os seguintes sistemas de restrições: decorrentes do próprio texto constitucional, reserva de lei restritiva ou limites iminentes (que, apesar da proximidade, não deve se confundir com o princípio da proporcionalidade, aplicável aos casos de colisão de direitos);
- Os direitos, liberdades, poderes e garantias não são passíveis de ilimitada restrição. Aí se falar em limites iminentes ou limites dos limites;
- As restrições não podem ser casuísticas, devendo ser claras e precisas; Aí a necessidade de interpretar-se a norma, buscar-se seu núcleo essencial, e protegê-la de ingerências inoportunas;
- O princípio da proporcionalidade pode e deve ser usado no controle das leis restritivas; os quesitos necessidade e suficiência devem sempre ser considerados quando da aplicação de restrições às liberdades;
- A atuação legislativa e o chamado poder de polícia devem se dar de forma contida. Nos regimes de legalidade, são eles limitados, devendo estar sujeitos a controle judicial, onde se analisará a oportunidade de se restringir direitos individuais em benefício da ordem coletiva. Ultrapassados os limites para seu exercício, sendo ele excessivo ou desnecessário, estar-se-á diante do abuso de poder.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BERLIN, Isaiah, Sir. **Quatro ensaios sobre a liberdade.** Tradução de Wamberto Hudson Ferreira, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969. (Coleção pensamento político, 39).
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de liberdades públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Ligia M. Ponde Vassalo, Petrópolis: Vozes, 1977.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Temas fundamentais de direito, v. 1).

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política.** São Paulo: Visão, 1985, v. 1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. (Estudos políticos constitucionais).

MAUROIS, André. **História da Inglaterra.** Rio de Janeiro: Pongetti, 1959.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Tradução e prefácio Alberto da Rocha Barros; apresentação Celso Lafer. 2. ed, Petrópolis: Vozes, 1991. (Clássicos do pensamento político, v. 22).

MOSSÉ, Claude. **Atenas – a história de uma democracia.** Tradução de João Batista da Costa, 3. ed. Brasília: UNB, 1997.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas-corpus.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. El principio de libertad personal y el**

princípio de legalidad. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 742, 16 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6997>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

SALINAS, Samuel Sérgio. **Do feudalismo ao capitalismo: transições.** 16. ed. São Paulo: Atual Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

SCHELLING, F.W.J. **Investigações filosóficas sobre a essência da liberdade humana.** Tradução e prefácio de Carlos Morujão, Lisboa: Edições 70, 1993.

SCHMIT, Carl. **Teoria de la constitución.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d.].

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção.** In: Revista Latino-Americana de estudos constitucionais. n.1 – jan./jun. 2003, s.l.: Del Rey, pp. 607-628.

SIMÕES, João Manuel. **Reflexões sobre a liberdade.** Curitiba: Editora Lítero-técnica, 1986.

SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas.** Madrid: Tecnos, 1990.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **Fear and liberty.** Social research, vol. 71, n. 4, Winter 2004. Disponível em <<http://www.socres.org/vol71/714sunstein.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2007.