

FILLIPE AZEVEDO RODRIGUES

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

2026

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE

2.1. CONSTITUCIONALISMO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE

O estudo a ser trilhado sobre *direitos fundamentais de liberdade* impõe a delimitação prévia de três conceitos basilares, quais sejam *constitucionalismo*, *constituição* e *direitos fundamentais*. Como será demonstrado, há uma necessária interdependência entre eles, razão pela qual os três serão abordados conjuntamente para, enfim, fixar-se-ão os elementos históricos, jurídicos, políticos e filosóficos necessários ao desenvolvimento deste livro.

Definir por qual desses conceitos começar já é um desafio, uma vez que não há consenso doutrinário quanto à precisão temporal da origem de cada um, justamente em função da interdependência presente. É como ocorre no debate entre *direito* e *sociedade*, afinal, quem teria vindo primeiro?

Apresentada a problemática acima, decidiu-se seguir a trilha aberta pelos professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para os quais a tarefa de conceituar *direitos fundamentais*¹ em sociedades humanas

1. Veja-se: “a maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia

dependeria de conceitos previamente existentes de *Estado*, *indivíduo* e *constituição*, esta última genericamente tratado como “*texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos*”.²

Portanto, antes de se falar em *constituição* e *direitos fundamentais* – nessa ordem –, a sistemática eleita requer compreender o que se trata por *Estado*. Tal pré-compreensão levará ao conceito de *constitucionalismo*, conforme se verá.

Para Dimoulis e Martins, *Estado* é “um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas” etc. De maneira que, “sem a existência de Estado, a proclamação de direitos carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de delimitar o poder do Estado em face do indivíduo”.³

Perceba-se que, ao conceituar *Estado*, os citados autores já expressaram alguns apontamentos sobre o conceito de *direitos fundamentais* e, ainda mais importante, sua função lógica de limitador do arbítrio estatal em face da liberdade do indivíduo. Eis a prova da comunicação inevitável entre tais construções teóricas.

Pois bem, o conceito adotado confunde-se com a conformação política-institucional do Estado Moderno ocidental, ocorrida a partir do século XVII com a fragmentação do sistema feudalista medieval, dando lugar ao processo de centralização do poder na pessoa do *soberano*, em dimensão absoluta. Trata-se, pois, da construção dos regimes absolutistas da Idade Moderna.

desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21). Um exemplo de doutrina que admite a possibilidade de existência de direitos fundamentais em tempos civilizacionais mais remotos pode ser identificada nas lições do constitucionalista português Jorge Miranda, mais precisamente em: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16-23.

2. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21-23.
3. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21-22.

A legitimação do Estado Absolutista estava, segundo Greice Patrícia Fuller, na “formulação extremada do direito divino dos reis com a consequente fundamentação dessa suposta teoria na afirmação de ter Adão recebido de Deus este poder que, ao longo da história, foi sendo transmitido aos monarcas, considerados como descendentes daquele”.⁴

O entendimento vigente durante o contexto absolutista era de que o homem não é um ser livre em essência; nasce, contudo, escravo e, portanto, não possui a liberdade cívica para escolher a forma de governo e de sociedade em que pretende se realizar como indivíduo.⁵

A relação imposta na época era *Estado* → *indivíduo*, a qual, diante da legitimação divina do rei, confundia-se com *soberano* → *indivíduo*. Aqui, cabe lembrar a frase “*L’État c’est moi*” (“o Estado sou eu”), atribuída ao monarca absolutista francês Luís XIV de Bourbon, cujo reinado durou de 1643 a 1715.

Entretanto, a relação descrita se inverteu em um dado momento, revolucionando todas as estruturas sociais vigentes.

Isso se tornou possível, pois, consoante exposto por Norberto Bobbio na obra “A Era dos Direitos”, “a relação política – ou a relação entre governantes e governados, entre dominantes e dominados, entre príncipe e povo, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos – é uma relação de poder que pode assumir três direções”, quais sejam: (i) “conforme seja considerada como relação de poder recíproco”; (ii) “como poder do primeiro dos dois sujeitos sobre o segundo”; ou (iii) “como poder do segundo sobre o primeiro”.⁶

Segundo Bobbio, a inversão da relação absolutista se fez possível com a construção filosófica da existência de um estado anterior a toda forma de organização social, no qual, pela união consensual e voluntária dos indivíduos, considerados livres em natureza,⁷ formar-se-ia o *Estado*

4. FULLER, Greice Patrícia. A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. In: **Revista de Direito Constitucional e internacional**, n.º 49, p. 139-144, 2004, p. 140.

5. FULLER, Greice Patrícia. A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. In: **Revista de Direito Constitucional e internacional**, n.º 49, p. 139-144, 2004, p. 140.

6. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 116.

7. Dimoulis e Martins descrevem a transição da importância do *indivíduo* dentro da sociedade. A saber: “Não existem pessoas desde o início da humanidade? Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, a resposta aqui é negativa. Nas sociedades do passado, as pessoas

propriamente.⁸ A relação, assim, passou a ser *indivíduo* → *sociedade* → *Estado*.

Em síntese, observe-se o exposto por Bobbio com suas próprias palavras:

enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originalmente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais (...). Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamado de *imperium* – procede de cima para baixo e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para ‘entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem’. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal.⁹

Denise Auad atribui aos filósofos *contratualistas*, especialmente a John Locke e a Jean-Jacques Rousseau, a concepção das premissas teóricas que deram ensejo à lógica de ser “o indivíduo, por meio de sua vontade, quem estabelece o Estado enquanto instituição”.¹⁰

eram consideradas *membros* de grandes ou pequenos coletivos (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a tais coletivos e privadas de direitos próprios. As Constituições modernas, em consonância com imperativos da organização social capitalista, fizeram a opção oposta. Consideram o indivíduo enquanto ‘ser *moral*, independente, autônomo e, destarte (essencialmente) não social’. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22).

8. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 117-118.
9. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 118.
10. AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 77, p. 41-61, 2011, p. 43.

A esse movimento filosófico confere-se o título de *constitucionalismo*, cujas definições doutrinárias são variadas, porém todas procuram resumir, de certa forma, a sucessão de transformações sociais e políticas decorrentes da tese do novo *Estado Liberal*,¹¹ na linha do proposto por John Locke.¹²

Vejam-se algumas:

- (i) para Denise Auad, “o Constitucionalismo, em sua vertente moderna, significa um movimento político e ideológico de luta contra o Absolutismo” ou, ainda, “um movimento político-ideológico de natureza ocidental, datado do século XVIII, com referência na França e nos Estados Unidos, em decorrência das Revoluções Liberais que ali irromperam”;¹³
- (ii) para José Joaquim Gomes Canotilho, “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” ou, mais adiante, “o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. (...). É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”;¹⁴ e

11. Segundo Paulo Bonavides: “Da esfera das ideias se desce à esfera das instituições. De tal sorte que a Filosofia, como Ciência política, opera a partir daí a primeira grande mudança nas bases sobre as quais se havia levantado até então o Estado Moderno em sua feição institucional. A mudança havida dá começo à idade do Constitucionalismo, tão pródigo de sucessos, tão relevante nos seus fastos históricos, tão determinante nos recuos que fazem o direito da força ceder à força do Direito”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36).

12. “O filósofo em estudo é analisado como o pai do liberalismo político, que aparecendo como a antítese do absolutismo vigente à época, ensejou o aparecimento do chamado Estado mínimo, forma essa de Estado dotado de crença na hipercapacidade de cada indivíduo para promover o gerenciamento do processo econômico-social. Tratava-se de propugnar a não atuação estatal, o que significava naquele contexto fenomênico a liberdade que tanto era fragilizada pelo poderio incontestável de mando do monarca. (...). De outra parte, Locke vislumbra um Estado Liberal, restando a ideação de um Estado Civil dirigida a atender a melhor as pessoas, a liberdade e a propriedade e igualdade naturais”. (FULLER, Greice Patrícia. **A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI**. In: **Revista de Direito Constitucional e internacional**, n.º 49, p. 139-144, 2004, p. 139 e 142).

13. AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 77, p. 41-61, 2011, p. 42 e 44.

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 51.

- (iii) para Paolo Comanducci, designa “*un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales*”.¹⁵

Na visão de Canotilho em especial, não há apenas um *Constitucionalismo*, mas diversos *constitucionalismos*, com destaque para (i) o constitucionalismo inglês, (ii) o constitucionalismo americano e (iii) o constitucionalismo francês. Ainda segundo o autor português, “será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”.¹⁶

De fato ocorreu, na história do ocidente, uma feliz coincidência temporal de *movimentos constitucionais* em prol da liberdade e plena realização do indivíduo, garantida “sua autonomia enquanto ‘sujeito de direito’”.¹⁷

Decorrentes de tal consagração da autonomia individual, passam a ser reconhecidos os direitos individuais de *liberdade, igualdade e propriedade*, em meio a muitos outros cuja função também é a limitação do poder estatal sob o domínio privado.

Contudo, na linha do já advertido acima, a conversão dos valores liberais em direitos individuais se deu por meio de um “*texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos*”, definição formal conferida por Dimoulis e Martins a *constituição*, em que se “declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados (...) da liberdade individual”.¹⁸

15. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos**. Madri: Trotta, 2005, p. 75.

16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 51.

17. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

18. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

Além dessa primeira definição formal de *constituição*, pertinente ao contexto clássico (moderno)¹⁹ de surgimento do *constitucionalismo*, há outras igualmente interessantes, a seguir transcritas:

- (i) para Denise Auad, “a Constituição, em seu conceito clássico, é a Lei que está no ápice do ordenamento jurídico e tem por função organizar o Estado, limitar o poder político e reconhecer direitos e garantias fundamentais”;²⁰ e
- (ii) para Canotilho, “por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.²¹

Posto isso, em um aspecto geral e comum a todos os movimentos semelhantes pelo mundo ocidental, o *constitucionalismo* compreende um ordenamento jurídico-político reduzido a texto escrito, ou seja, em uma *constituição*,²² que disponha sobre a organização política do poder a fim de torná-lo moderado e limitado democraticamente, a partir de uma reunião de *direitos fundamentais*, devidamente assegurados.

Falta proceder a uma breve análise acerca dos principais *movimentos constitucionais*, cujas gêneses influenciaram os demais.

Jorge Miranda identifica duas linhas de forças de *constitucionalismo*, traduzido como “triunfo generalizado do conceito moderno de *direitos fundamentais*” que são, para ele, “a tradição inglesa de limitação do poder

19. À concepção da *constituição* do *Estado Liberal* Günther Frankenberg atribui o conceito de “Constituição como contrato”, analisando a indissociável relação com as teses *contratualistas*. Observe-se: “A Constituição como acordo remete à *Magna Charta Libertatum*, com certeza, um dos documentos institucionais do constitucionalismo moderno mais ardentemente venerado (...)”. (FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 76).

20. AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 77, p. 41-61, 2011, p. 52.

21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 52.

22. Nesse sentido, confira-se: “A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 55).

(da *Magna Charta* ao *Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa”.²³

Ambas, na opinião do autor, devem ser tomadas como complementares uma da outra, pois se reforçaram mutuamente, apesar de ensejarem visões distintas de irradiação das liberdades individuais. De um lado, o sistema jurídico fundado pelo *constitucionalismo inglês* se efetua em construções empíricas do caso concreto com base nas decisões dos juízes. De outro, em França, com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, um *constitucionalismo* concebido a partir da *lei escrita*. Não obstante se assemelhe mais com o modelo francês, o *constitucionalismo norte-americano* reunia elementos do processo consuetudinário inglês, por decorrência lógica da colonização britânica.²⁴

Canotilho, a seu turno, promove uma segmentação mais definida entre os três *movimentos constitucionais*, denominando-os de: (i) *modelo historicista inglês*;²⁵ (ii) *modelo individualista francês*;²⁶ e (iii) *técnica da liberdade norte-americana*.²⁷

23. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 25.

24. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 25-26.

25. Segundo Canotilho: “As ‘palavras-chave’ do modelo historicista encontram-se no constitucionalismo inglês. (...) Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado no artigo 39.º da Magna Charta. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), onde se estabelecem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislados! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glourios Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 55-56).

26. “Surge, aqui, precisamente uma das categorias mais ‘modernas’ do constitucionalismo – a categoria do poder constituinte – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 56-58).

27. “Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e francês, o conceito de ‘lei proeminente’ (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. (...). Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os ‘juízes’ entre o povo e o legislador”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 60).

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, entretanto, apenas a complexa conformação política e social do século XVIII, em favor do *Estado Liberal*, deu margem ao *constitucionalismo* e, consequentemente, a seu rol de *direitos fundamentais*, tal como o regime jurídico de direitos individuais ainda vigente nos dias de hoje. Ausente, portanto, o *modelo historicista inglês*.²⁸

Adotar-se-á, mais uma vez, a sistemática desses últimos autores em razão de, além da objetividade peculiar, concentrar maiores subsídios de pertinência histórica. Afinal, ambos os *constitucionalismos norte-americano e francês*, apesar de separados pelo Oceano Atlântico, emergiram de um mesmo cenário sóciopolítico, de resposta à tirania estatal, viabilizada pelas *constituições* como cartas de *direitos fundamentais do indivíduo*.

Entre os quais, destacam-se particularmente na Declaração de Direitos da Virgínia (*Bill of Rights*), de 1776, “a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal”. Em menos de duas décadas (1791), com a ratificação das dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Federados, estendeu-se a todos os demais um rol ainda maior de direitos, “tais como liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual”.²⁹ Conjunto de prescrições de direitos muito assemelhado às dispostas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, a ser formulada nesse interregno.

Por fim, ressalte-se o seguinte: a grande divergência entre as declarações de direitos do novo mundo e do velho mundo estava na relevância dada ao parlamento, como Poder Constituinte originário do novo Estado Francês, ao passo que, no sistema *norte-americano*, seguiu-se a visão individualista de o Estado ser decorrente de um *pacto social* entre cidadãos livres.

Isso ocorre porque, enquanto os colonos americanos vinham de um regime impositivo decorrente do parlamento britânico – da metrópole –,

28. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

29. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

o modelo francês de liberdade prezava, até certo ponto, pela representatividade do parlamento a fim de equacionar as desigualdades sociais. O legislador, portanto, representaria melhor o interesse geral.

A condição de igualdade era mais verificável entre os colonos protestantes que se estabeleceram no novo mundo, razão pela qual “a motivação política norte-americana relacionava-se com a liberdade individual e não com a igualdade”, o que permitia certa uniformidade social.³⁰

A sociedade francesa, por sua vez, já se estabelecera há séculos, de modo que os conflitos sociais entre classes também faziam parte do meio político. Segundo Dimoulis e Martins, as massas de miseráveis só foram bem-vindas no *constitucionalismo francês* enquanto do processo de transformação institucional, pois se confiaram as rédeas da Administração Pública a um parlamento composto, “em sua esmagadora maioria, por representantes da burguesia”. Devido a isso, assentou-se a ideologia política de que o parlamento seria o “único legítimo representante da soberania nacional e do ‘interesse geral’”.³¹

Não obstante tais distinções, não se deve afastar os méritos de ambos os *movimentos constitucionais* de consequências jurídicas semelhantes, no sentido de fundar as bases do Estado Constitucional, com a primordial função de limitar os arbítrios do poder, removendo-o das mãos do *soberano* para entendê-lo como instituição emanada do povo.

Tal é a “ideia da *supremacia ou da prevalência dos direitos fundamentais* que atualmente se encontra no direito constitucional de, praticamente, todos os países do mundo”, dos quais se procederá ao estudo específico dos *direitos fundamentais de liberdade*.

2.2. CONCEITOS E CATEGORIAS DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Antes de tudo, há de ser esclarecido em qual contexto de *direitos fundamentais* se inserem os ditos *direitos de liberdade*, assim expressados a partir das premissas da “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”³² de Di-

30. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24-27.

31. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24-27.

32. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-50.

mitri Dimoulis e Leonardo Martins, ainda que não em plena conformidade com seus termos.

Sem embargo, de acordo com tais autores, a definição de *direitos fundamentais*, conceito ainda mais amplo, já é bastante imprecisa no âmbito do Direito Constitucional, pois há uma pluralidade de nomenclaturas distintas que podem levar a interpretações enviesadas do próprio ordenamento jurídico.³³

Esse debate, entretanto, não é pertinente ao trabalho ora desenvolvido. Por isso mesmo, considerou-se mais produtivo ater-se às conclusões conceituais desenvolvidas na doutrina sob análise e não, propriamente, a seus processos de construção teórica, a começar pelas conclusões a respeito de *direitos fundamentais*:

- (i) para Dimoulis e Martins, “direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado”, cuja finalidade é “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”,³⁴
- (ii) para Jorge Miranda, são “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material (...)”,³⁵ e

33. A propósito, confira-se: “Segundo a denominação do Título II da Constituição Federal, utiliza-se no presente trabalho, o termo ‘direitos fundamentais’. Esse termo não é o único existente no direito constitucional e nas Constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo ‘liberdades individuais’, ‘liberdades públicas’, ‘liberdades fundamentais’, ‘direitos humanos’, ‘direitos constitucionais’, ‘direitos subjetivos’. Alguns desses termos são utilizados na própria Constituição Federal que não foi consequente na terminologia. Isso é lamentável, pois aqui temos uma ‘questão terminológica essencial’ em dois sentidos. Primeiro, porque os vários termos adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque o emprego de um termo pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a ‘direitos individuais’ ou a ‘liberdades fundamentais’, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécie de direitos coletivos e, portanto, não individuais”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45).

34. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

35. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 9.

- (iii) para Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, “a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado;” ainda segundo os constitucionalistas brasileiros, “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado se consagra”.³⁶

Em suma, incide sobre os *direitos fundamentais*, dos quais os *direitos de liberdade* são espécie, a caracterização juspositivista “com referência exclusiva a normas constitucionais” ou, em outras palavras, cuja condição de existência jurídica perpassa inexoravelmente pela sua positivação, que estabelecerá seu real alcance *fundamental*.³⁷

Os *direitos fundamentais* também costumam ser classificados em *gerações* ou *dimensões*,³⁸ cujas conquistas de concretização positiva se iniciaram com o *constitucionalismo* do *Estado Liberal*. Este correspondeu à *primeira geração*, de *direitos individuais*; a crise do liberalismo econômico e as inquietações sociais em prol de uma igualdade material deram azo ao movimento de *segunda geração*, de *direitos de igualdade*; por fim, a preocupação com o ambiente de realização desses direitos se intensificou com os riscos da tecnologia moderna, compreendendo-se a importância de um regime de assegurar uma *terceira geração*, de *direitos metaindividuais*, a exemplo da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras sociedades humanas.

Jorge Miranda os divide em categorias correspondentes ao bem jurídico protegido por cada direito. De fato, confere uma sistematização interessante, alocando *direitos fundamentais* nos seguintes grupos (categorias): (i) *existência*; (ii) *liberdade*; (iii) *participação*; (iv) *prestações*; e (v) *defesa*.³⁹

Existência: compreende conjunto de direitos, em função dos quais depende a existência do indivíduo, composto, por exemplo, pelos direitos à

36. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

37. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

38. Ver maiores aprofundamentos em: AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 77, p. 41-61, 2011, p. 45-52

39. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 91-92.

vida, à integridade física e psíquica, à personalidade, à cidadania, à honra, à imagem, à intimidade etc.

Liberdade: podem-se mencionar os direitos da liberdade física, de expressão e informação, de consciência, de religião e culto, de criação cultural etc., dos quais se extrai, a um só tempo, o direito de agir e de não sofrer interferência ou impedimento nesse intento de liberdade.

Participação: reúnem-se, aqui, direitos de democracia cidadã, exemplificados pelos direitos políticos em geral, de acesso a cargos públicos, de ação popular, de petição e de requisitar certidão, direito de participação na formação de políticas públicas etc.

Prestações: são os direitos à prestação jurisdicional, à assistência social, à segurança pública, à saúde, à educação, à moradia etc., cuja exigibilidade ainda é muito discutida em função do problema de concreção das normas programáticas que os prescrevem, consoante será abordado mais à frente.

Defesa: quinta e última categoria cunhada por Jorge Miranda, versa sobre um conjunto de direitos de (re)ação não adstritos somente para salvaguarda dos próprios interesses mas também em benefício de terceiros. Podem ser representados pelos direitos de resistência, à eficiência da tutela jurisdicional, de *habeas corpus* e demais remédios constitucionais, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à greve, ao controle de constitucionalidade difuso e concentrado etc.⁴⁰

Há, entretanto, uma peculiaridade que dificulta em demasia o estudo e a consequente lógica dos *direitos fundamentais*, qual seja a *baixa densidade normativa*,⁴¹ característica do excessivo grau de abstração dos dispositivos constitucionais que os prescrevem, dificultando a subsunção da norma

40. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 91-92.

41. *Vide* algumas considerações a respeito do tema: “Em primeiro lugar, as formulações da Constituição são muito abstratas e genéricas. Trata-se do fenômeno da *baixa densidade normativa*, que torna difícil decidir qual das partes envolvidas em um conflito está com a razão constitucional, já que interpretações conflitantes entre elas são autorizadas por um texto constitucional extremamente genérico. Como interpretar uma norma que diz somente “é garantido o direito a vida”, sem explicar o que é vida, seu começo e fim, e o que significa respeitar a vida? A tutela do direito fundamental à vida resume-se ao imperativo ‘não matarás’? Ou garante também certas condições de bem-estar individual? Isso indica a particular importância da doutrina e da jurisprudência na elaboração de critérios concretos e na proposta de soluções que a Constituição não oferece de imediato”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51).

constitucional correspondente às hipóteses verificadas no caso concreto, justamente porque a generalidade das hipóteses as torna de difícil verificação (subsunção de um fato à hipótese constitucional). Por isso, é comum se recorrer à concretização via legislador infraconstitucional, sem o qual os *direitos fundamentais*, *per se*, não contêm autonomamente instrumentos normativos de exigibilidade. Afinal, “as regras jurídicas são obrigatórias por essência, mas não temos obrigação de respeitá-las senão quando reunidas as condições de sua aplicação”.⁴²

Parcela considerável da doutrina⁴³ defende a *eficácia jurídica dos direitos fundamentais* de repercussão imediata. Entretanto, costuma-se fazer a ressalva no seguinte sentido: “nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis”, sobretudo as programáticas, que prescindem de providências legislativas subsequentes para se tornarem plenamente efetivas, a considerar, mesmo assim, as condições econômicas indispensáveis.⁴⁴ Nesse ponto, notável o avanço do debate sobre a ponderação *juseconômica* de mínimo existencial, reserva do possível e vedação ao retrocesso social,⁴⁵ cujo estudo, por ora, não se mostra pertinente com a linearidade argumentativa deste trabalho.

Feitas essas considerações, o que se pode entender sobre *direitos de liberdade* e quais são os instrumentos normativos que os tornam exigíveis frente ao arbítrio ou a leniência estatal em respeitá-los e protegê-los, respectivamente?

Em primeiro lugar, cumpre conceituá-los, delimitando seu respectivo alcance jurídico, a partir de uma teoria geral dos *direitos fundamentais*.

A positivação dos *direitos de liberdade* (de *primeira geração*) na condição de norma constitucional do Estado importa compreendê-los em nível

42. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

43. Entre vários, citem-se alguns: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 251; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

44. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Tomo IV – direitos fundamentais**. 4 ed. Coimbra: 2008, p. 288-289.

45. A respeito do tema, recomenda-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Disponível em: < http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ing_o_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2013; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, n.º 1, p. 171-213, 2007.

de supremacia perante o ordenamento jurídico.⁴⁶ Norteiam, portanto, toda a produção jurídica oriunda de lei, decisões judiciais e atos administrativos. Todo o sistema tripartido de poder está vinculado ao regime constitucional dos *direitos de liberdade*, além de serem oponíveis também no meio social, de modo a assumir duas funções básicas: (i) *negativa* e (ii) *positiva*.

A função *negativa*⁴⁷, também conhecida como função de *defesa*⁴⁸ ou *resistência*,⁴⁹ consiste na imposição ao Estado do dever de não interferência nas liberdades individuais por ato ilegítimo ou sem a prévia autorização do regime jurídico democrático, consoante premissas do *constitucionalismo moderno*. Posto de outra forma, é a função primordial dos *direitos de liberdade*, ao passo que decorre de um *direito público subjetivo* (*Teoria dos Quatro Status de Georg Jellinek*)⁵⁰ do indivíduo, que vincula o Estado a

46. AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 77, p. 41-61, 2011, p. 46.

47. Nas palavras de Canotilho, estão inseridos na classificação de *direitos fundamentais* a atos negativos. *In verbis*: “Os direitos fundamentais são garantidos como *direitos a actos negativos* (*Abwehrrecht*) numa tripla perspectiva: (1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos (ex.: art. 37.º/2 – direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, sem qualquer impedimento ou limitação por parte dos entes públicos); (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjectivas (ex.: art. 34.º/4 – é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações); (3) direito à não eliminação de posições jurídicas (ex.: art. 62.º/1 – direito à não eliminação da propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1258-1259).

48. Termo utilizado amplamente na doutrina pátria, a exemplo de: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-256. Todavia, há interessante objeção de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, cujo trecho segue transcrito: “O termo ‘direito de defesa’ faz pensar no direito de se defender em processo judicial (direito à ampla defesa, defensoria pública etc.) no intuito de contestar pretensão jurídico-material de outrem, mas, no caso em exame, tem-se a pretensão jurídico-material ao cumprimento da obrigação estatal de não fazer e não uma mera possibilidade de trazer argumentos da parte processual (titular do direito) a juízo. A possibilidade do titular de repelir ou impedir com todos os meios disponíveis uma intervenção injustificada do Estado se exprime com o termo ‘resistência’ que, evidentemente, não deve ser confundido com um possível direito à insurreição (...).” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56).

49. Conforme João Gaspar Rodrigues: “Sempre que um agente público deixar de cumprir sua função ou executá-la além dos limites constitucionais, ou ainda a liberdade e a dignidade da pessoa humana forem reduzidas a ornamento inútil, surge o direito de resistência para garantir o predomínio do direito fundamental olvidado. E isto indica que esta garantia, sem prejuízo de expressa previsão, jaz implícita no feixe das instituições jurídicas, como uma sombra protetora”. (RODRIGUES, João Gaspar. *Direito de resistência e sua positivação constitucional*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n.º 63, p. 130-162, 2008, p. 134-135).

50. Ver em: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-256.

uma correspondente *norma de competência negativa*, isto é, obrigação de não invadir o espaço de autodeterminação do indivíduo.

Sem embargo, dentro do mesmo sistema, a função *positiva*⁵¹ implica o dever estatal de proteção a eventuais transgressões às liberdades dos indivíduos, de modo que estes possam se socorrer dos mecanismos e garantias jurídicas de defesa, a despeito de a ameaça partir de outro particular ou até mesmo de entidade do próprio Estado. São, assim, tanto o Estado como os demais particulares *sujeitos passivos dos direitos de liberdade*.⁵²

A Constituição brasileira⁵³ consigna um extensivo rol de prescrições normativas destinadas a enunciar *direitos de liberdade* e a fixar-lhes *garantias constitucionais*. Nessa linha, transcrevam-se os apontamentos de Mendes, Coelho e Branco:

Na nossa ordem jurídica, esses direitos de defesa estão contidos, em grande medida, no art. 5º da Constituição Federal. A título de exemplo, enquadram-se nessa categoria de direitos fundamentais o de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II), não ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III), a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (inc. VI), a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X), o sigilo de comunicações (inc. XII), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII), a liberdade de locomoção (inc. XV), a liberdade de associação para fins lícitos (inc. XVII), a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, *b*), entre outros.⁵⁴

51. Com ênfase para os *atos positivos de natureza normativa*, veja-se: “Muitas normas da constituição consagram direitos dos indivíduos a ações positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma *ação positiva de natureza fática* (ex.: art. 63.º - direito a prestações fáticas inerentes ao direito à segurança social) quer garantindo o direito a um *acto positivo de natureza normativa* (ex.: direito à proteção do direito à vida através de normas penais, emanadas do Estado). Muitas vezes, designam-se os direitos referidos em primeiro lugar como *direitos a prestações fáticas* (*Leistungsrechte im engere Sinne*), e os direitos referidos em segundo lugar como *direitos a prestações normativas* (*Leistungsrechte im weiteren Sinne*)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1259).

52. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 276-283.

53. BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

54. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256.