

VIII

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À LIBERDADE¹

.....

LUIS ROBERTO BARROSO

Advogado; Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

I. Breve Introdução Metajurídica

1. A Liberdade fora do Direito

Alguém pode sentir-se livre em um regime de tirania ou oprimido em um Estado democrático. A liberdade tem uma dimensão interior, personalíssima, na qual é apreendida de forma diferente por cada pessoa. O imaginário da liberdade e da opressão está fora do domínio da ciência jurídica e suas instituições. Para os que creem, narcisicamente, na onipotência do Direito, vale o aviso: há no mundo espaços ocupados prioritariamente por outras ciências, dentre elas a psicologia e a psicanálise.

Mais: há países onde, apesar de a liberdade estar garantida, a sociedade é extremamente repressiva, perseguindo ou anulando os que não façam parte da vontade ou do sentimento predominante. Lugares onde a competição oprime e o fracasso eventual aniquila. Nesse universo de instituições livres e pessoas cativas do sistema, o saber jurídico pode limitadamente. Uma boa sociologia será mais útil.

Já na filosofia, duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é decisão e escolha entre possíveis diversos. Na concepção oposta, a liberdade não se consubstancia num ato de escolha do indivíduo, mas no produto de um contexto externo a ele, seja a natureza (para os estóicos e para Espinosa), a

cultura (para Hegel) ou a infra-estrutura econômico-social (para Marx).

Uma terceira concepção, que o modismo terminológico ansiaria por denominar *pós-moderna*, reúne elementos das duas primeiras. Efetivamente, a liberdade tem um conteúdo nuclear no poder de escolha, de decisão entre várias possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma dimensão não apenas subjetiva, mas que envolve, também, a possibilidade objetiva de decidir.

Há uma tensão entre a liberdade pessoal e o mundo exterior. E se há circunstâncias inexoráveis e imodificáveis – e.g., frutos da fatalidade ou do determinismo científico –, muitas outras existem que podem sofrer a atuação criativa, construtiva ou revolucionária dos homens. Neste sentido amplo, a liberdade pressupõe *consciência*. Na síntese feliz de Marilena Chauí, “a liberdade é a consciência simultânea das circunstâncias existentes e das ações que, suscitadas por tais circunstâncias, nos permitem ultrapassá-las”.²

2. A Aventura da Liberdade

Um lance de olhos pela história dos últimos dez séculos revela que a liberdade nasce em berço aristocrático, cresce burguesa e, na virada do milênio, não chegou ainda à maturidade democrática. Quando, há dez anos, o pensamento conservador celebrou o *fim da história*, proclamando a vitória do modelo liberal, precisou fechar portas e janelas e trancar-se dentro do mundo acadêmico. Do contrário, teria escutado gritos pré-históricos vindo da África. Ou contemplado a agonia secular da América Latina.

Lugares onde a história apenas começou.

O Estado moderno surge, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real. A autoridade do monarca, tanto em face da Igreja como perante os senhores feudais, funda-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava, elemento decisivo para a formação dos Estados nacionais. Três grandes revoluções abriram caminho para o Estado liberal, sucessor histórico do Estado absolutista: a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789).

A *Revolução Inglesa* teve, como ponto culminante, a afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional. Em 1689, quando William III e Mary II ascendem ao trono com poderes limitados pelo *Bill of Rights* (Declaração de Direitos, 1688), já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o ocidente pelos séculos afora. E com uma singularidade: fruto de uma longa gestação, que remonta à *Magna Charta* (1215), as instituições inglesas tiveram base tão sólida que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita.

A *Revolução Americana* teve duplo significado: a emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na célebre Declaração de Independência, de 1776; e sua reunião em um Estado independente, delineado na Carta de 1787. Primeira Constituição escrita e solenemente ratificada (após o acréscimo do *Bill of Rights* – Declaração de Direitos, 1791), foi ela o marco inicial do longo sucesso institucional dos Estados Unidos da América, baseado em um modelo de separação de Poderes, republicano e federativo.

A *Revolução Francesa*, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. Contudo, foi a Revolução Francesa – não a Americana, nem a Inglesa – que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado liberal. Foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação de Poderes e nos direitos individuais. Ao final de 1815, uma nova classe – a burguesia – instalara-se no poder, celebrando o casamento final e até aqui

indissolúvel entre o poder econômico e o político.

De forma sumária e inevitavelmente simplificadora, estes os três grandes antecedentes do constitucionalismo moderno e das instituições liberais. Eventos que ainda figuram em várias partes do mundo como mera inspiração, uma referência remota. Lugares onde a conquista da liberdade não é história, mas uma aventura em curso.

II. Eficácia e Efetividade dos Direitos Constitucionais

1. Constituição e Supremacia Constitucional

A Constituição é o primeiro documento na vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica. Cronologicamente, ela é o *marco zero* das instituições, embora essa afirmativa precise ser confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: 1ª) todas as normas com ela incompatíveis ficam automaticamente revogadas; 2ª) todas as normas com ela compatíveis são recepcionadas, passando a vigor sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação.

Do ponto de vista hierárquico, a Constituição é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas. Este atributo é identificado como *supremacia constitucional* e significa que, no âmbito do Estado, nenhuma lei ou ato normativo de qualquer nível pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar esta supremacia, o ordenamento jurídico prevê e provê um conjunto de mecanismos conhecidos como *controle de constitucionalidade*, destinados a ensejar a pronúncia de invalidade e a paralisar a eficácia das normas que contravenham a Constituição. No Brasil, o controle pode ser: *incidental*, realizado difusamente pelos órgãos judiciários na apreciação de casos concretos, com efeitos limitados às partes do processo; ou *principal*,

realizado concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta, com apreciação em tese da questão constitucional e efeitos *erga omnes* da decisão.

2. As Três Grandes Categorias de Normas Constitucionais

Uma constituição, ao instituir o Estado, (a) organiza o exercício do poder político; (b) define os direitos fundamentais do povo e (c) estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Por via de consequência, as normas materialmente constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias:

- A. Normas constitucionais de organização;
- B. Normas constitucionais definidoras de direitos;
- C. Normas constitucionais programáticas.

As *normas constitucionais de organização* traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos. Na Carta em vigor, são exemplos de normas desta natureza as que instituem as competências do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da União, Estados e Municípios. Embora não seja sua finalidade precípua, tais normas podem eventualmente gerar situações jurídicas individuais, sob a forma de direito subjetivo.

As *normas constitucionais definidoras de direitos* são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nesta categoria incluem-se todas as normas concernentes aos direitos individuais, políticos, sociais e difusos previstos na Constituição.

As *normas constitucionais programáticas* veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes

traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras.

3. Os Direitos Subjetivos Constitucionais

A Constituição prevê, em linhas gerais, quatro grandes categorias de direitos, como assinalado acima. Os direitos *políticos* abrangem o direito de nacionalidade e os direitos de cidadania. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelos segundos, reconhecem-se ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral (intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado) e a capacidade eletiva (participação pessoal na composição dos órgãos do Estado).

Deixando para o final os direitos individuais, tem-se que os direitos *sociais*, assim designados os direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos cujo desenvolvimento teórico e positivo se deu ao longo desse século, remontando à Constituição mexicana (1917) e à de Weimar (1919). Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, surgindo para o Estado e para a sociedade certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Incluem-se nesse domínio os direitos a salário mínimo, jornada máxima de trabalho, seguridade social, educação e acesso à cultura, dentre outros.

Os direitos *difusos*, cuja formação teórica e positivação se deram nas últimas décadas deste século, caracterizam-se, do ponto de vista subjetivo, por serem titularizados por uma pluralidade indeterminada de sujeitos; e, quanto ao seu objeto, por sua indivisibilidade, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão a um só constitui lesão a toda a coletividade. Integram essa categoria de direitos a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra as

manipulações de mercado (proteção ao consumidor) e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético).

A temática aqui desenvolvida, todavia, situa-se no âmbito dos direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações delas resultantes. Os direitos individuais, frequentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos setenta e sete incisos do art. 5º.

4. Efetividade da Constituição e Garantias Jurídicas dos Direitos Constitucionais

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento de conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não apenas são normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que, por longo tempo, prevaleceu neste domínio, em que eram consideradas prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

Disto resulta que o direito constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele

tutela –, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele aspira à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela expressa a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

A teoria da efetivação, decisiva para a afirmação científica do direito constitucional nos últimos dez anos, serve-se de um conceito tradicionalmente explorado no campo do direito privado, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de *direito subjetivo*. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecida constitucionalmente a possibilidade de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição, em dispositivo assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito de ação – ele próprio um direito subjetivo, consistente na faculdade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento

constitucional. Mas as ações judiciais, em regra, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, institui ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Carta de 1934, três eram as ações constitucionais: o *habeas corpus* (constitucionalizado desde 1891), o mandado de segurança e a ação popular. O Texto de 1988 ampliou este elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas data*. O direito de ação e as ações em geral constituem garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais institutos de efetivação das normas da Constituição quando não cumpridas espontaneamente.

III. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade

1. A Caracterização Jurídica do Conceito de Liberdade

Na visão idealizada do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a lei “é a expressão da vontade geral institucionalizada”. Não é. A rigor técnico, talvez não se possa afirmar que seja sequer a vontade da maioria. Mas o Estado de Direito, ao sobrepor o governo das leis ao dos homens, precisou desenvolver esta ficção, até porque, indiscutivelmente, ela representava um avanço. A lei, produto da razão e do debate político no Parlamento, representa a despersonalização do poder. Dela se originam direitos oponíveis ao próprio poder político, bem como se extrai maior segurança para as relações sociais.

A lei, conceitualmente, é o ato jurídico emanado do Estado, com caráter de norma geral, abstrata e obrigatória. Normalmente produzida no órgão de representação popular, somente ela pode inovar no ordenamento jurídico, impondo deveres ou criando obrigações. Com maior ou menor amplitude, é comum que os Estados, mesmo os organizados sob o modelo liberal, prevejam a edição pelo Executivo de atos excepcionais, com força de lei, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, uns e outras integrantes da fisiologia e da patologia das instituições nacionais.

O princípio da legalidade vem positivado no inciso II do art. 5º da Carta de 1988, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.

O regime constitucional brasileiro tem convivido, no âmbito do princípio da legalidade, com o uso abusivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo, com a leniência do Congresso e a tolerância do Judiciário. Dotadas de força de lei, embora sem terem tal natureza, e reservadas pela Constituição para os casos de relevância e urgência (art. 62), as medidas provisórias integraram-se, melancolicamente, à rotina legislativa do país, provendo quer sobre temas prosaicos quer modificando Códigos e disposições longamente amadurecidas. Com grande atraso – dez anos de atraso – o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional têm esboçado reação à malversação do instituto.

Embora a lei e a legalidade sejam conceitos vitais ao Estado de Direito, é imperativo ter a percepção crítica destes instrumentos, sem sujeição ao fetiche do legalismo vazio de conteúdo e de legitimidade. Quem quer que tenha observado o modo pelo qual o fascismo se instalou na Itália, e o nazismo na Alemanha, saberá que foram entronizados no quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Como fizeram todas as ditaduras latino-americanas e seus generais caricatos. É indispensável, portanto, ter compromisso com a legitimidade das leis – legitimidade originária, corrente e finalística – e lembrar-se da advertência insuspeita de Rui Barbosa, dirigida aos bacharéis que paraninfava: “Pesai bem que vos ides consagrar à lei em um país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis as que põem e dispõem, as que mandam e desmandam em tudo”.

2. As Liberdades Públicas

De fora parte a cláusula genérica de que só a lei pode restringir a liberdade individual, a Constituição prevê ainda, sob a estrutura formal de *direitos* (e dentro do gênero direitos individuais), um catálogo específico de liberdades, identificadas como liberdades públicas. Deu-lhes tamanha distinção a Carta Política que as dotou de um conjunto importante de garantias *materiais* e de garantias *processuais*. Estes dois temas serão tratados, sucessivamente, nos tópicos seguintes. Aqui se cuidará da liberdade como um direito substantivo.

As liberdades públicas delimitam espaços da esfera individual insuscetíveis – em princípio e por princípio –, de invasão pelo Estado. (O constitucionalismo moderno, não sem controvérsia, tem admitido nesse rol situações subjetivas exercitáveis em face de particulares. Não se fará aqui o desvio para debater o tema). São as conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável.

No direito positivo brasileiro, a declaração das liberdades públicas se concentra no art. 5º da Constituição, em cujo *caput* se garante “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ao longo dos múltiplos incisos estão expressas liberdades como a de locomoção (“XV – é livre a locomoção no território nacional...”), de expressão (IV – manifestação do pensamento; I – atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; XIV – acesso e divulgação da informação), de consciência, crença e culto (“VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos...”), de reunião (“XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização...”), de associação (“XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”) e de trabalho (“XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”).

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. Assim, por exemplo, o direito de informação terá de ser ponderado, conforme as circunstâncias, com o direito de privacidade.

Algumas liberdades econômicas sofrem limitações decorrentes da proteção ao trabalho e à economia popular. Uma assembléia pública poderá sujeitar-se, quanto ao local de sua realização, à conveniência da circulação de pessoas e de veículos e à própria segurança pública.

Impõe-se destacar que os últimos dez anos da vida política brasileira representaram o mais longo período de estabilidade institucional desde a República. Neste quadro, as liberdades públicas foram amplamente preservadas, quer no domínio da liberdade de expressão sem censura, como no da liberdade de organização partidária, sindical e associativa. Há uma evidente mudança de patamar no exercício das liberdades políticas, fato que não é banal nem desimportante, e merece ser celebrado. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

Tal avanço, por certo, não encobre a circunstância de que a exclusão social amplíssima confina o exercício pleno das liberdades públicas ao número limitado de pessoas que têm acesso ao consumo, à informação e à civilização em geral. Os homens necessitados – proclama de longa data a sabedoria política – não são livres.

3. Algumas Garantias Materiais do Direito à Liberdade

Além de assegurar o direito à liberdade em gênero e em espécie, a Constituição cercou-o ainda de certas proteções contra a atuação tanto do legislador como dos agentes públicos de execução das leis. São as garantias *materiais*, rubrica genérica sob a qual se agrupam normas de objeto variado mas finalidade semelhante. Dentre elas estão as regras limitadoras das espécies normativas que podem definir crimes, as que impedem a criminalização de certas condutas e as que limitam o poder do Estado na privação da liberdade do indivíduo. A análise que se segue é puramente ilustrativa.

O princípio genérico da legalidade, quando aplicado ao direito penal, converte-se no princípio específico da *reserva legal*, expresso no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, indiscutivelmente, de reserva de lei *formal*, isto é,

ato emanado do Poder Legislativo, pelo que não se há de admitir tipificação de crime ou cominação de pena por medida provisória. De parte isto, a dignidade constitucional do direito de liberdade é incompatível com a precariedade da eficácia temporal de tais atos normativos oriundos do Executivo.

A Constituição interdita, ademais, a *prisão por dívida* (art. 5º, XLVII), “salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que a adesão do Brasil, em 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 21.11.69, impediria a prisão do depositário infiel, por não haver esta previsão naquele documento internacional. A mais alta Corte tem, também, e em linha de divergência com o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a equiparação legal feita pela lei entre o alienante fiduciário e o depositário infiel, para o fim de admitir-se a prisão civil excepcional.

O direito de não se auto-incriminar vem consagrado, em redação aparentemente restritiva, no inciso LXIII do art. 5º: “o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. A jurisprudência tem estendido o alcance da cláusula para abrigar qualquer acusado, e não apenas o preso, havendo o Supremo Tribunal Federal considerado legítima, por exemplo, a recusa do indiciado em fornecer padrões de escrita para perícia grafotécnica.

A Constituição contém, ademais, ainda no art. 5º, um conjunto de preceitos restritivos do poder do Estado de proceder à prisão de pessoas, estabelecendo a presunção de inocência (“LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), os casos de prisão legal (“LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”), o dever de relaxamento da prisão ilegal (“LXV – A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”) e a proibição da decretação de prisão quando a lei admitir a liberdade provisória (“LXVI – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”).

São também importantes garantias materiais a *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI) e o *devido processo legal* (art. 5º, LIV), em sua dimensão substantiva, que impõe que qualquer interferência com um direito individual, e, notadamente, com o direito de liberdade, terá de ser informada pelo princípio da razoabilidade-proporcionalidade. A imunidade material de Deputados e Senadores (“Art. 53: Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”) constituiu, igualmente, garantia à sua liberdade de atuação contra a perseguição política. (Note-se que os abusos, nesta matéria, têm se verificado no campo das garantias *processuais*, previstas nos parágrafos do mesmo artigo, notadamente na previsão de licença prévia da casa legislativa para instauração de processo criminal).

4. Garantias Constitucionais Processuais ao Direito de Liberdade. *Habeas Corpus* e *Mandado de Segurança*

A Constituição brasileira de 1988 dedicou um conjunto importante de normas ao direito processual e, dentro dele, especificamente ao processo penal. Fundada na teoria dualista clássica, abrigou, de um lado, o evidente interesse público na repressão ao crime (há um capítulo dedicado à segurança pública e ao papel das diferentes polícias – art. 144) e, de outro, o interesse do indivíduo de provar sua inocência. O réu – e mesmo o condenado – tem um conjunto de direitos a serem respeitados e caberá normalmente ao juiz tutelá-los. A justiça, também no campo penal, é o produto dialético do confronto entre partes antagônicas: a pretensão punitiva do Estado contra a pretensão de liberdade do réu, numa disputa em que poderes e direitos são delimitados constitucionalmente.

No direito anglo-saxão, o princípio do *devido processo legal* figura, desde época remota, como garantia das partes no processo, especialmente quando por seu intermédio atue uma pretensão punitiva. Fiel às suas origens romano-germânicas, o direito brasileiro, tanto no plano constitucional como legal, tradicionalmente fazia a enunciação analítica de determinadas garantias processuais, previstas em espécie, e não em cláusula genérica.

A Constituição de 1988, influenciada por uma multiplicidade de concepções jurídicas e por documentos constitucionais diversos, terminou por acolher as duas fórmulas normalmente excludentes. Previu, assim, no inciso LIV do art. 5.º de maneira ampla: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em seguida, especificou, em normas autônomas, alguns dos significados evidentes do princípio, como, *e.g.*, o contraditório, a ampla defesa e o direito de recorrer, inscritos no art. 5.º, LV. A este propósito, embora não haja consenso nem cláusula explícita, parece-me de melhor inspiração o entendimento de que, ao menos no processo penal, decorre do sistema constitucional a garantia do duplo grau de jurisdição – com pleno efeito devolutivo – implícita no princípio geral e na regra específica do direito de recorrer.

São expressos, igualmente, o princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), a indispensabilidade do advogado (art. 133), a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5.º, LXXIV), dentre outros. Por óbvio, têm importantes repercussões processuais as garantias anteriormente arroladas como materiais, em relação à reserva legal, provas ilícitas, prisão por dívida, privilégio contra a auto-incriminação e restrições à prisão, dentre outras.

Ensina a doutrina processual clássica que as liberdades seriam vãs se não pudessem ser defendidas em juízo. Por tal razão, todos os ordenamentos jurídicos prevêem mecanismos jurisdicionais para sua proteção. No caso brasileiro, há duas ações constitucionais que, sem prejuízo da existência de outros remédios infra-constitucionais, destinam-se ou prestam-se à tutela específica e expedita dos direitos individuais: o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O Habeas Corpus

Originário do direito inglês, abrigado no Código Criminal do Império e constitucionalizado com a Carta republicana de 1891, o *habeas corpus* tem sido o mais expedito e eficaz instituto de defesa da liberdade individual de locomoção. Aliás, na vigência da Constituição de 1891, a chamada *doutrina brasileira do habeas corpus* deu-lhe o alcance de tutelar qualquer direito afetado por abuso de poder ou ilegalidade, até o advento da revisão constitucional restritiva de 1926. Na Constituição em vigor ele vem previsto no inciso LXVIII do art. 5.º: “conceder-se-á

habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A finalidade do remédio constitucional é fazer cessar um constrangimento ilegal, ou sua ameaça, à liberdade de locomoção de alguém, pelo que o *habeas corpus* poderá ser liberatório ou preventivo. A proteção é ampla e inclui o direito de ir e vir, permanecer, não ser preso arbitrariamente etc.. Mas não inclui situações desvinculadas da liberdade de locomoção, tendo sido reconhecida como incabível nos casos de pena exclusiva de multa, assim como no processo de *impeachment*, cuja sanção não é de índole penal, mas político-administrativa.

O *habeas corpus* é uma verdadeira ação e pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, e pelo Ministério Público. Não se exige capacidade postulatória, isto é, não é obrigatória a atuação de advogado, podendo os juízes e tribunais competentes expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus* se verificarem a coação ilegal. De regra, o impetrado será uma autoridade pública, havendo, todavia, decisões de tribunais admitindo, excepcionalmente, o constrangimento partido de particular. A decisão concessiva da ordem determina a cessação da coação, com a soltura do paciente (ou a expedição de salvo-conduto na hipótese de medida preventiva).

O Mandado de Segurança

O mandado de segurança é uma criação tipicamente brasileira, com inspiração no *juicio de amparo* do direito mexicano. Na redação do inciso LXIX do art. 5.º, tem a seguinte configuração: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A Lei 1.533, de 31.12.1951 concentra a disciplina legal do instituto.

Trata-se de uma ação civil de rito sumário especial, destinada a tutelar *direito líquido e certo*, que é aquele cuja existência não seja passível de controvérsia séria e cuja extensão já esteja delimitada. Sua demonstração, assim, prescinde de prova ou esta já deverá estar pré-constituída. A medida é cabível contra qualquer ilegalidade ou

abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente delegado, sendo valioso instrumento de tutela das liberdades constitucionais – salvo a de locomoção –, quando a violação seja inequívoca. O prazo legal de impetração é de cento e vinte dias a contar do ato impugnado e a sentença tem natureza mandamental, importando o descumprimento em crime de desobediência.

IV. Conclusão

Em 1980, o tema central da VIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Manaus, era *Liberdade*, um bem jurídico ainda escasso no ocaso do regime militar. Naquela ocasião, ao tratar de matéria idêntica à que é objeto da apresentação que me foi solicitada, o advogado Sérgio Bermudes, em tese intitulada *A tutela jurisdicional da liberdade*, denunciava que a ilegitimidade da ordem jurídica então vigente e a falta de garantias da magistratura comprometiam a disciplina e a proteção judicial da liberdade. A *Declaração de Manaus*, divulgada ao final do evento, condenava (i) os artifícios para suprimir eleições; (ii) a insegurança coletiva trazida pela doutrina de segurança nacional e (iii) o repúdio pelo regime ao essencial princípio democrático da alternância no poder.

Só a cegueira do radicalismo absoluto poderia desmerecer a longa travessia dos últimos vinte anos, na passagem de uma duradoura ditadura militar para um Estado democrático de direito. Para um regime de liberdade. Assim como somente a cegueira da insensibilidade social poderia deixar de reconhecer que a falta de um projeto generoso e abrangente de país reduz as liberdades públicas a um privilégio de poucos, com o difuso despojamento das maiorias, oprimidas por suas circunstâncias de subsistência.

Assentadas estas premissas, é possível concluir o relato aqui empreendido com as seguintes proposições objetivas:

1. 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.

2. O ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, provê um conjunto de garantias materiais, processuais e de ações judiciais apto a tutelar eficazmente o direito à liberdade. Não obstante, persistem disfunções graves, como o abuso das medidas provisórias e a variedade de circunstâncias sociais e instrumentais que dificultam o acesso à justiça.

3. Os últimos onze anos, correspondentes à vigência da Constituição de 1988, testemunharam uma inegável elevação de patamar no tratamento das liberdades públicas no país, tendo como regra seu respeito espontâneo e existindo mecanismos eficazes de tutela, nos casos de violação. Em um país marcado pelo golpismo desde os primórdios da República, a Carta foi capaz de absorver, sem traumas na legalidade, conflitos eleitorais e políticos que, em outros termos, teriam trazido abalos e mesmo rupturas.

4. As liberdades públicas, duramente conquistadas ao longo de uma acidentada trajetória institucional, tornaram-se um conjunto de bens e valores que, embora disponíveis, não são amplamente acessíveis. As aterradoras estatísticas da desigualdade social não têm mudado, de forma substancial, quer as políticas quer a convivência da sociedade com a privação em geral. Em meio a tudo mais, também a liberdade é distribuída de forma injusta no país.

Notas

1. Trabalho apresentado na XVII Conferência Nacional dos Advogados, realizada no Rio de Janeiro, agosto-setembro de 1999, no painel *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*.
2. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, pp. 357 e ss. A sistematização do tema feita pela autora serviu de fio condutor das idéias expostas neste parágrafo e no anterior.