

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

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

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

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

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE LIBERDADE: LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA.

REFLECTIONS ON THE RIGHT TO FREEDOM : POSITIVE AND NEGATIVE FREEDOM.

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

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade abordar o conceito de liberdade, que historicamente foi ressignificado. Como objetivo geral, analisar-se-á o conceito de liberdade como direito humano e sua proteção jurídica, no Brasil. Como objetivo específico, pretende-se, abordar as distinções entre liberdade positiva e liberdade negativa, apresentando como ponto de partida conceitual, à luz do liberalismo clássico, a liberdade positiva, como uma ação de fazer o que for necessário ou razoável, e a liberdade negativa, como a ausência de constrangimentos ou obstáculos, por parte do Estado ou de terceiros, aos indivíduos. A metodologia da presente pesquisa será por meio da abordagem qualitativa, e é do tipo ensaio teórico crítico. Para tanto, foi analisada e desenvolvida seguindo o método de revisão bibliográfica e interpretação indutiva

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

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this work is to address the concept of freedom, which has historically been reframed. As a general objective, the concept of freedom as a human right, and its legal protection, in Brazil will be analyzed. As a specific objective, it is intended to address the distinctions between positive freedom and negative freedom, presenting as a conceptual starting point, in the light of classical liberalism, positive freedom, as an action of doing what is necessary or reasonable, and freedom negative, such as the absence of constraints or obstacles, by the State or third parties, to individuals. The methodology of this research will be through the qualitative approach, and it is of the critical theoretical essay type. Therefore, it was analyzed and developed following the method of bibliographic review and inductive interpretation

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

¹ Orientadora.

INTRODUÇÃO

O conceito da palavra “liberdade” sofreu diversas mutações, ao longo do tempo, principalmente, nos marcos históricos fundamentais, em virtude do caráter de historicidade que caracteriza os Direitos Humanos.

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

A presente pesquisa apresenta como objetivo analisar alguns conceitos de liberdade formulados por estudiosos científicos, para alicerçar a pesquisa, assim como, analisar-se-á o ideal de liberdade como direito humano e sua inserção no conteúdo do Direito Fundamental, em diplomas legais internacionais, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Finalmente, como objetivos específicos, pretende-se apresentar as distinções entre liberdade positiva e liberdade negativa, à luz do liberalismo clássico, e na abordagem do filósofo Isaiah Berlin.

Para alcançar o resultado pretendido, a metodologia da presente pesquisa será por meio da abordagem qualitativa e com a aplicação do método de revisão bibliográfica e interpretação indutiva.

1 DIREITO DE LIBERDADE COMO DIREITO HUMANO

A conquista dos direitos de liberdade foi precedida de lutas, e seu conceito sofreu diversas *ressignificações, nos marcos históricos fundamentais: Iluminismo, Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial*. Para Norberto Bobbio:

O conceito de liberdade, tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usado para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica (BOBBIO, 1998, p. 708).

Bonavides (2007) explica que:

São considerados direitos de primeira geração ou dimensão, que tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2007, p. 563-564).

Para Alexy (2008, p. 218),

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

A doutrina dispõe de várias designações sobre o tema direitos humanos, direitos fundamentais e naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. Em que pesem as diferenças constitutivas, os direitos e liberdades humanas se aglutinam, pois ao se declarar certa liberdade individual ou coletiva, enuncia-se um direito humano.

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

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

Em sentido amplo, pode-se conceituar a instituição liberdade como a possibilidade de fazer e não fazer tudo o que seja lícitamente permitido. Constitui, portanto, o direito de toda pessoa em conformidade com a lei, de organizar e reger sua vida individual e social de acordo com as suas convicções pessoais, políticas e religiosas, caracterizando-se na responsabilidade do indivíduo por seus próprios atos, e o envolvimento da consciência de cada pessoa, com o poder, dever e identidade individual.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE LIBERDADE NO BRASIL

Os Direitos Humanos são dotados de historicidade e diversos documentos representaram a formação e reconhecimento das liberdades, dentre os mais significativos, a **Magna Carta (INGLATERRA, 1215); Petition of Rights (INGLATERRA, 1628); Habeas Corpus Act (INGLATERRA, 1679); Bill of Rights (INGLATERRA, 1689); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789); e Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948)**. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está inserido no artigo 5º, inciso II, que estabelece: “Art. 5º: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Desse modo, a Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) adota diversos termos, em relação à designação do tema. Primeiramente, o termo direitos humanos, apresenta-se no

art. 4º, II, e posteriormente, no Título II, concebe-se como direitos e garantias fundamentais. A expressão direitos e liberdades fundamentais, encontra-se disposta no art. 5º, XLI, da CF, enquanto o inciso LXXI sustenta a locução direitos e liberdades constitucionais, e o art. art. 5º, § 1º, menciona direitos e garantias fundamentais. No art, 17, emprega-se a expressão direitos fundamentais da pessoa, enquanto o art. 34, VII, “b”, prevê a nomenclatura: direitos da pessoa (art. 34, VII, b). Por fim, no Ato das Disposições Transitórias, utiliza-se, novamente, a denominação “direitos humanos”.

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

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

3 DIREITO DE LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA

Salienta-se que “Coagir um homem é privá-lo da liberdade – liberdade de que?” (BERLIN, 2002, p. 03). A liberdade é elogiada por quase todos filósofos e juristas da história humana, atribuída ao critério de bondade e felicidade, com um irresistível apelo romântico da palavra. O homem é considerado livre, quando nenhum outro homem, ou o Estado interfira em suas atividades. Nesse sentido, Liberdade Política.

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

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

Para Berlin (2002, p. 03): “É discutido, muito plausivelmente, que se um homem é muito pobre para obter algo em que não haja banimento legal – pão, uma viagem ao redor do

mundo, recurso à corte legal – ele é tão livre para ter tais coisas quanto seria se elas fossem proibidas a ele pela lei.”.

O homem é vítima de escravidão ou opressão, quando se constata que não tem acesso a determinadas coisas, porque outro ser humano adotou providências em nome dele. Se a falta de bens materiais afeta a capacidade física ou mental do homem, ele não é somente privado de bens econômicos, mas também, da sua liberdade, e quanto maior a “área”, que o homem não sofra interferência, maior sua liberdade, critério esse que foi fruto de divergências pelos políticos ingleses clássicos. A liberdade “natural”

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

E continua o autor:

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

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

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

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

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

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

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

Para Rousseau (1762), a liberdade ‘negativa’ não deveria sofrer interferência em uma área definida, mas a posse por todos, e não apenas por alguns, dos membros qualificados de uma sociedade a participar do poder público que tem direito de interferir com todos os aspectos da vida de cada cidadão. Berlin (2002, p. 34) explica que:

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

Para Berlin, as duas acepções:

São a liberdade em seu sentido positivo, caracterizada como “autodomínio”, e a liberdade em seu sentido negativo, concebida como “não interferência”. Inicialmente, poderíamos resumir as diferenças entre as duas concepções da seguinte forma: a liberdade negativa corresponderia a “estar livre de”, enquanto a liberdade positiva corresponderia a “estar livre para”. Enquanto a noção negativa está preocupada em evitar interferência nas ações dos indivíduos, a noção positiva preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder. A liberdade negativa é caracterizada pela ausência de algo: ausência de obstáculos, de interferência, enquanto a liberdade positiva caracteriza-se pela presença da ação - é ter o poder e os recursos para cumprir as suas próprias potencialidades e para controlar e determinar as suas próprias ações e destino. É a noção de liberdade como autorrealização, participação na tomada de decisões, da autodeterminação; “o sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor (BERLIN, 2002, p. 233-236).

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

CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa, analisa-se que a liberdade é um direito fundamental de primeira geração ou dimensão, que, contudo, precisa ser garantido e efetivado, também, através dos direitos de segunda geração (sociais), como possibilidade de uma vida digna em um Estado livre.

Se o debate sobre o tema da liberdade focar apenas na distinção entre uma concepção positiva versus uma concepção negativa de liberdade, poderá haver distorções sobre os conceitos. A diferenciação apresentada por Berlin (2002) é útil, pois articula os dois conceitos e reflete diferentes concepções sobre os valores políticos e a vida em sociedade.

Reflete-se, assim, sobre a liberdade do indivíduo, não num sentido individualista, mas num sentido comunitário, e como mecanismo de efetivação desse direito fundamental. A eleição das alternativas de decisão implica a restrição da liberdade, e somente há dignidade se houver essa concepção negativa de liberdade (ALEXY, 2008).

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Editora [Malheiros](#). 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

FRANÇA. **Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 10 jan. 2022.

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

INGLATERRA. **Habeas Corpus Act 1679 (31 Cha. II., c. 2.)**. 1679. Londres: Parliamentary Archives. Disponível em: http://www.nzlii.org/nz/legis/imp_act_1881/hca167931cic2164/. Acesso em: 10 jan. 2022.

INGLATERRA. Library British. **Magna Carta**. 1215. Londres: Parliamentary Archives. Disponível em: <https://www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215>. Acesso em: 10 jan. 2022.

INGLATERRA. **The Petition of Right**. 1628. Londres: Parliamentary Archives. Disponível em: <https://www.bl.uk/collection-items/the-petition-of-right> . Acesso em: 10 jan. 2022.

RAMOS, A. C. Curso de direitos humanos. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André Tavares. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> . Acesso em :16 nov.2021.