



Curso de Direito

Constitucional

André Ramos Tavares

10ª edição

 **Editora
Saraiva**

Capítulo XXVII DAS LIBERDADES PÚBLICAS

1. APRECIÇÃO PRELIMINAR

Dentre os direitos de liberdade, destacam-se: a) liberdade de circulação e de locomoção; b) liberdade de pensamento e de expressão intelectual; c) liberdade de informação, comunicação e expressão; d) liberdade de associação; e) liberdade de reunião; f) liberdade econômica (iniciativa e concorrência); g) liberdade de consciência religiosa (crença, culto, liturgia).

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Há na doutrina brasileira uma patente imprecisão acerca do real significado e abrangência da locução *liberdade de expressão*. Parcela desta responsabilidade, porém, pode muito bem ser atribuída ao legislador constituinte, que, de maneira consciente ou não, pulverizou manifestações diversas, consagrando em momentos distintos facetas de uma mesma e possível liberdade de expressão (diversos incisos do art. 5º da CF de 1988). Serve para agravar o problema o uso da locução *liberdade de expressão* no inciso IX desse mesmo artigo: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, o que deixa transparecer que a liberdade de expressão seria direito de natureza diversa, v. g., do direito à manifestação do pensamento, o qual tem como lastro o inciso IV do art. 5º da CF¹.

Acompanha essa tese, dentre outros, VIDAL SERRANO NUNES, ao afirmar que o direito de expressão volta-se “para a exteriorização de sensações, tais como a música, a pintura, a manifestação teatral, a fotografia etc.”², algo que repete mais adiante em sua obra: “Ou seja, por intermédio dela [expres-

1. Celso Ribeiro Bastos (2001: 47), ao contrário, os usa como termos sinônimos, na medida em que se vale da locução “liberdade de expressão do pensamento” (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 47).

2. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*, p. 28.

são] o indivíduo exterioriza suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos”³. Essa argumentação decorre de uma inafastável inserção da atividade intelectual na liberdade de pensamento e de sua manifestação, a qual, nos dizeres de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes”⁴, e numa suposta primazia desse direito na seara das liberdades⁵.

No entanto, o certo é que o termo *liberdade de expressão* não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o externar sensações. O acerto dessa afirmação pode ser verificado na inteligência do próprio art. 5º, IX, da CF, em que há menção clara e expressa à atividade intelectual: “é livre a expressão da *atividade intelectual*, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Nesse sentido, também, ARCHIBALD COX, ao comentar o primeiro artigo da *Bill of Rights* americana, acerca da liberdade de expressão: “O homem ou mulher *pensante*, de sensações, o novelista, o poeta ou dramaturgo, o artista, e especialmente o religioso certamente consideram a negação à liberdade de expressão como a maior afronta que pode ser impingida à condição destes como seres humanos”⁶.

Para deixar clara a extensão da liberdade de expressão, cumpre trazer entendimento ventilado pela Suprema Corte americana, no tempo da decisão do *case Cohen v. California*, por meio do Justice HARLAN: “(...) [a expressão] não denota apenas ideias de relativa precisão, explicações imparciais, mas também emoções inexpressíveis”⁷. Há, aí, sem margem de dúvida, uma menção tanto à atividade intelectual, encerrada nas “explicações imparciais”, quanto às sensações, presentes nas “emoções inexpressíveis”.

Em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singular externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero *liberdade de expressão* podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à in-

3. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*, p. 28-9.

4. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 240.

5. Nesse sentido, José Afonso da Silva, op. cit., p. 240.

6. *Freedom of Expression*, p. 1. Original não grifado.

7. Apud Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, p. 787. Trad. livre.

formação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão. Esta situação faz com que, na advertência de JÓNATAS MACHADO: “(...) uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga circunscrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado actual da teorização, impossível, se é que não o será de todo”⁸.

Nesse mesmo sentido, o respeitado constitucionalista norte-americano LAURENCE H. TRIBE anota: “Qualquer conceituação adequada da liberdade de expressão deve, ao invés, passar por diversas modalidades de teorias para que se possa proteger a rica variedade de formas de expressão”⁹.

Ajudará a delimitar o conteúdo da liberdade sob comento a análise de suas múltiplas dimensões, que se fará a seguir, bem como da finalidade/ propósito desse direito, o que se fará um pouco mais adiante.

2.1. Dimensões substantiva e instrumental

A liberdade de expressão é composta tanto de uma dimensão *substantiva* como de uma *instrumental*: “A *dimensão substantiva* compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A *dimensão instrumental* traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”¹⁰.

A ideia de uma *dimensão substantiva*, etimologicamente falando, por si só, é capaz de exteriorizar a sua importância, já que ventila o ideário da *essencialidade* de algo.

Dessa feita, é esta dimensão que formará a pedra angular daquilo que se denomina liberdade de expressão. Em outras palavras, a liberdade de expressão, e sua consequente importância e proteção, surgiu, aprioristicamente, em razão desta dimensão.

Pode-se verificar, portanto, que a presente dimensão diz respeito à autodeterminação do indivíduo, sensivelmente conectada com a dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao permitir que o indivíduo exteriorize “suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade”¹¹, bem como suas emoções, ou que, ainda, capte experiências, ideias e opiniões emitidas por outrem, estar-se-á possibilitando que obtenha, que forme sua autonomia, que seja um ente único na coletividade, alcançando, dessa forma, um sentido em sua

8. *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, p. 372.

9. *American Constitutional Law*, p. 789. Trad. livre.

10. Jónatas M. Machado, *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, p. 417.

11. Vidal Serrano, op. cit., p. 28.

vida, o que perfaz, inexoravelmente, uma “tarefa eminentemente pessoal”¹² — em conformidade com a máxima protagórica de que o Homem, atomisticamente, é a medida de todas as coisas.

A liberdade de expressão exige conhecimento, pois, do contrário, não será muito o que se poderá pensar. É liberdade, portanto, que caminha juntamente com o direito à educação.

Assim, a liberdade de expressão alcança a possibilidade de adquirir ou de ter acesso aos jornais, periódicos, livros, ao noticiário da imprensa, seja pelo rádio, seja pela televisão, e à educação em geral.

Quanto à *dimensão instrumental* da liberdade de expressão, conforme já foi mencionado acima, de forma sintética, “(...) compreende a possibilidade de escolher livremente o suporte físico ou técnico que se considere adequado à *comunicação* que se pretende realizar”¹³.

Em outras palavras, é a possibilidade de eleger o meio mais adequado para veicular, transmitir as opiniões e ideias emitidas pelo indivíduo, com a finalidade de que se atinja certo número de receptores, o que, aliás, está ínsito à própria ideia de expressão.

A dimensão instrumental, ainda que cronológica e logicamente subsequente à substantiva, complementa-a, podendo ser considerada, por assim dizer, como o reverso da moeda em termos de liberdade de expressão. Afinal: “O homem não se contenta com o mero fato de poder ter as opiniões que quiser, vale dizer: ele necessita antes de mais nada saber que não será apenado em função de suas crenças e opiniões. É da sua natureza no entanto o ir mais longe: o procurar convencer os outros; o fazer proselitismo”¹⁴.

De fato, a possibilidade de pensar, internamente, o Homem já carrega consigo, naturalmente, desde que goze de saúde mental e certo grau de discernimento. De nada adiantaria assegurar a liberdade de expressão (em seu sentido substantivo) se esta não pudesse exteriorizar-se. A liberdade de expressão substantiva se completa com o ato de comunicação, com sua discussão. A liberdade de expressão implica a liberdade de manifestação do pensamento, por qualquer forma ou veículo.

É em decorrência dessa dimensão que surgem as liberdades de comunicação, imprensa, de radiodifusão, de informar, dentre outras coadunadas com a ideia de “veicular informações” e que constituem um dos objetos centrais de análise no presente estudo.

12. Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 425.

13. Jónatas M. Machado, *op. cit.*, p. 429. Original não grifado.

14. Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 44.

2.2. Dimensões individual e coletiva

Além da dupla dimensão analisada anteriormente, outra surge, enfocada no aspecto subjetivo da liberdade de expressão.

Conforme foi verificado, por acasão da análise da dimensão substantiva, a liberdade de expressão surge para garantir ao indivíduo a possibilidade de se formar, de ser sem ter de se adequar a um modelo previamente determinado¹⁵.

Nesse exato sentido tem-se a dimensão individual da liberdade de expressão. Porém, não se pode esquecer da sua conseqüente dimensão coletiva, em vista de a liberdade de expressão abarcar, também, terceiros. Palmilhando esse caminho, JOHN STUART MILL, ao tratar da liberdade sob comento, logo advertiu: “A liberdade de exprimir e de comunicar opiniões pode parecer que cai sob um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta do indivíduo que concerne a outras pessoas”¹⁶.

Com efeito, correto é o magistério de NUNO E SOUZA, para quem “A liberdade de informação possui uma dimensão jurídico-colectiva, ligada à opinião pública e ao funcionamento do Estado democrático, e um componente jurídico-individual; protege-se o legítimo interesse do indivíduo de se informar a fim de desenvolver a sua personalidade; não só o princípio democrático explica tal liberdade, também releva o princípio da dignidade humana”¹⁷.

Cumprе ressaltar que essa dimensão coletiva da liberdade de expressão, adotada por alguns autores, atrela-se àquela outra liberdade, qual seja a de comunicação.

15. Na senda dessa dimensão, cumpre contradizer Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 47) e José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 240), os quais, apoiando-se no magistério de Pimenta Bueno, afirmam que o pensamento enquanto não externado, é dizer, em seu foro íntimo, não possui relevância para o Direito. Muito pelo contrário. O foro íntimo do pensamento do indivíduo importa sim para o Direito e há de ser protegido por este. Exemplo clássico de influência externa no foro íntimo do indivíduo encontra-se presente, por exemplo, no livro *1984*, de George Orwell, em que se tortura o personagem com vistas a obter sua adesão a certa ideologia dominante e, também, no que diz respeito a certos sentimentos nutridos por esse mesmo personagem. Outros exemplos, menos extremados, de influência no foro íntimo do homem e mercedores de proteção legal, porquanto cerceadores da capacidade autoformativa do homem, são as mensagens subliminares presentes na mídia e que visam a trabalhar no subconsciente humano, influenciando-o em suas condutas e pensamentos. O que se pode, seguramente, afirmar que não diz respeito ao direito é o pensamento do homem, por ele elaborado, e mantido preso nos mais velados rincões da mente humana. Já aquele que decorre de manipulação exterior ganhará relevância jurídica, na medida em que ninguém pode, em nome da dignidade humana, ser um fantoche de outrem, independentemente de externar ou não o pensamento que lhe foi inculcado na mente.

16. *Sobre a Liberdade*, p. 38.

17. *Liberdade de Imprensa*, p. 151.

2.3. Liberdade de expressão: meio ou fim?

Muitos dos equívocos nos quais se incide no momento da abordagem do tema da liberdade de comunicação decorrem de sua inadequada colocação como pauta constitucional. É nesse sentido que se deve compreender a indagação de TRIBE: “Seria a liberdade de expressão considerada, tão só, como um meio a alguma finalidade posterior — como, por exemplo, um bem sucedido autogoverno, ou estabilidade social, ou (de certa forma menos instrumental) a descoberta e disseminação da verdade — ou seria a liberdade de expressão, em parte, também um fim em si mesma, uma expressão do tipo de sociedade que almejamos nos tornar e do tipo de pessoa que queremos ser?”¹⁸.

JÓNATAS E. M. MACHADO é categórico ao anotar que “(...) a liberdade de expressão não é vista como um fim em si mesma”¹⁹.

Parece ser correto o entendimento ventilado pelo jurista luso de que a liberdade de expressão é um meio e não um fim. Em parte, a razão disso reside no individualismo que norteia a vida do ser humano. Com efeito, o Homem é a medida e o fim de todas as coisas. Isto é o que a locução *dignidade da pessoa humana* prega. Esse antropocentrismo faz com que todo o contexto que envolva o Homem (incluída a categoria aqui analisada) exista apenas e exclusivamente em virtude do Homem.

A natureza existe para ser o berço do ser humano, satisfazer (com prudência), com seus bens naturais, suas necessidades e vontades. E assim ocorre com os elementos artificiais, resultado da convenção humana, como é o caso do próprio *Direito* e, por conseguinte, da *liberdade de expressão*.

A liberdade de expressão não existe para si mesma. Ainda que se defenda sua condição de *Direito* natural, tal somente existiria no mundo fenomênico em sua necessária relação com o Homem. Não haveria que falar em liberdade de expressão se este, único ser racional e capaz de se expressar, não subsistisse. Daí ser um meio e não um fim em si mesma.

Foi o Homem quem a criou, primeiro para assegurar que a ele fosse possível se autoformar e delimitar seus próprios gostos, desgostos, opiniões e convicções. Depois, como consequência, estendeu-se a proteção dada à liberdade de expressão, em seu cunho individual, à sua esfera exterior, tornando-se possível e impassível de obstrução o externar ideias.

Desta feita, a razão não reside naqueles que alegam que a liberdade de expressão é um fim em si mesma. Nunca o será. Mencionada liberdade,

18. Op. cit., p. 785. Trad. livre.

19. Op. cit., p. 238.

assim como todas as outras, somente existirá em virtude da *mens* humana, a qual estabelecerá seus limites e contornos. Do contrário, como fim em si mesma, os limites seriam inadmissíveis, porque impróprios àquilo que, por sua natureza, seria absoluto. Mas, para além desse aspecto, a liberdade de expressão (incluída a liberdade de comunicação) encontra-se encartada na Constituição para atender a determinada finalidade, e não como um valor a preservar como pauta máxima, subsistente por si mesma. É o que se passará a verificar.

2.4. Propósitos da liberdade de expressão

Após ter sido demonstrado acima que a liberdade de expressão é um meio, com finalidades determinadas ou a serem determinadas pelo homem, faz-se necessário explicitar as principais finalidades da liberdade ora sob estudo, ainda que tais possam ser inferidas da própria verificação da *dimensão substantiva e instrumental* da liberdade de expressão (anteriormente analisadas). Este estudo de “propósitos” bem demonstra a retidão da tese anterior, já que enquanto um fim em si mesma o único propósito, lógica e teleologicamente admissível, seria a própria liberdade de expressão. Não foi essa, contudo, a tese constitucionalmente incorporada.

JÓNATAS E. M. MACHADO observa, especificamente quanto à liberdade de expressão, que “A doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objectivos fundamentais, como sejam, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre das ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a protecção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual”²⁰.

Dentre essa ampla gama de finalidades, analisar-se-ão, tão apenas, a diversidade de opiniões e a expressão da personalidade individual, que poderão ser alocadas em um único item: *formação da autonomia individual*. O porquê de analisar, tão só, esta finalidade decorre de sua proeminência quanto às outras e de ser a razão de existir da liberdade de expressão.

Mencionou-se anteriormente, quase à exaustão, que o elemento ensejador da liberdade de expressão é a intenção de conceder ao homem a prerrogativa de ser soberano sobre si mesmo, de ser um ente autônomo, condição esta essencial à realização pessoal, à expressão da personalidade individual, ainda que este seja um ser gregário — na conhecida concepção aristotélica de que o homem é um animal político.

20. Op. cit., p. 237.

E, com esta finalidade formativa em vista, a liberdade de expressão passou a ser “(...) um pressuposto essencial da autenticidade do sujeito”²¹.

Tal essencialidade fez com que a liberdade de expressão se mesclasse com essa sua finalidade, tendo, assim, sua importância atrelada ao *desenvolvimento do âmbito privatístico do homem*, em todos os seus sentidos.

Pode-se comprovar essa afirmação pelo fato de as liberdades decorrentes da liberdade de expressão, tais como a liberdade de comunicação, de informação e de imprensa, acabarem por ser exercidas, em via de regra, como baluartes da busca do Homem por seu espaço próprio, ainda que cada um desses direitos apresentem dessemelhanças entre si.

Essa mesma finalidade formativa será encontrada nos demais objetivos assinalados anteriormente para a liberdade de expressão. Assim ocorrerá, pois, com a mencionada busca da diversidade de opiniões. Para JÓNATAS E. M. MACHADO: “(...) a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções”²².

Tem-se, assim, maior e mais apropriada possibilidade de se autodeterminar. Ora, a liberdade de expressão há de se prestar à realização pessoal, à formação individual, à livre opção de cada um. Com efeito, não pode ser ela instrumento contrário à realização pessoal. Seria mesmo contraditório que um fato pudesse, ao mesmo tempo, apoiar-se na liberdade de expressão e violá-la, enquanto categoria constitucional, em determinado caso concreto.

Apesar da conceituação e desenvolvimento até aqui realizados acerca da liberdade de expressão, cumpre, para dimensionar satisfatoriamente a liberdade sob comento, a verificação dos *limites impostos ao seu exercício*.

2.5. Limitações ao exercício da liberdade de expressão

Razão paira nas palavras de NUNO E SOUZA quando este enfatiza: “Toda a liberdade tem limites lógicos, isto é, consubstanciais ao próprio conceito de liberdade”²³.

Com efeito, para que determinada ação encontre guarida no seguro porto da liberdade de expressão, tem-se como requisito que o exercício desta não prejudique ninguém, em nenhum de seus direitos.

21. Jónatas M. Machado, op. cit., p. 286.

22. Op. cit., p. 279.

23. *Liberdade de Imprensa*, p. 156.

Não há, conforme se depreende da leitura da melhor doutrina, nenhuma precedência preestabelecida entre os diversos princípios (que ensejam direitos), o que, em parte, equivale a afirmar que não se admite nenhum direito como absoluto. Nesse sentido é o magistério de ROBERT ALEX^Y²⁴, referência obrigatória na matéria, ao demonstrar com toda propriedade que, se um princípio for considerado absoluto, o direito nele fundamentado também o será.

O problema para o jurista alemão reside na dimensão *individual* de algum direito supostamente absoluto. Quer-se dizer, se todo *indivíduo* tivesse a prerrogativa de exercício de um direito absoluto, como se daria a sua relação com outros indivíduos também detentores de um mesmo direito absoluto? Cederiam todos, ainda que considerados absolutos e, assim, impassíveis de cedência? Evidentemente que, pelo paradoxo que provocaria a tese, não se pode aceitá-la.

ARCHIBALD COX, em obra específica acerca do tema *liberdade de expressão*, professa que “A liberdade de expressão, apesar de sua fundamentabilidade, não pode nunca ser absoluta. Em tempos de guerra ou crises similares, certas publicações podem ameaçar até mesmo a sobrevivência da Nação. Em qualquer momento, expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes. Publicações difamatórias podem, injustamente, invadir o direito à reputação. Impugnar a integridade de uma corte pela publicação de evidências, antes do julgamento, pode ameaçar a administração da justiça. Obscenidade pode conflitar com o interesse público pela moralidade. Panfletagem, paradas, e outras formas de demonstração, e até as próprias palavras, se permitidas em determinado tempo e local, podem ameaçar a segurança pública e a ordem, independente da informação, ideia ou emoção expressada”²⁵.

Com base no que foi dito, NUNO E SOUZA entende que, como limites imediatos à liberdade de expressão, “(...) podem apontar-se os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (...)”²⁶.

Finda o autor por concluir, ainda, que: “(...) veda-se a utilização abusiva (mas sem atingir o grau mais grave de violação da dignidade humana), ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e

24. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

25. *Freedom of Expression*, p. 4. Trad. livre.

26. Op. cit., p. 268.

famílias; portanto, o uso abusivo de informações sobre as pessoas e famílias, mesmo que não contrarie directamente a dignidade humana, é ilícito”²⁷.

Também nesse mesmo sentido, de forma mais sintética, pronuncia-se JÓNATAS MACHADO, o qual entende que o exercício da liberdade de expressão “(...) deve fazer-se, na medida do possível, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo”²⁸.

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais como (ii) por questão de coerência, visto que seria, no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade.

Em outro giro, se a liberdade de expressão encontra-se tutelada para, dentre outras finalidades, assegurar a formação da personalidade individual (ainda que não seja, evidentemente, responsável pela totalidade dessa formação), seria insuportável que seu exercício engendrasses justamente o desrespeito a direitos da personalidade e, ademais, provocasse com isso aquela formação por meio das divulgações viciadas, gerando uma mensagem implícita de que os direitos podem sempre ser violados. Nesse diapasão, THOMAS M. SCANLON: “(...) liberdade de expressão torna-se controversa quando a expressão surge para ameaçar importantes interesses individuais”²⁹.

3. LIBERDADE DE RELIGIÃO E NEUTRALIDADE DO ESTADO³⁰

3.1. As constituições perante o fenômeno religioso

As constituições contemporâneas de modelo ocidental não deixam de abordar a relação entre Estado e Igreja(s)³¹. Está-se, aqui, diante da chamada “relevância constitucional do fenômeno religioso” (MORAIS, 1997: 240);

27. Nuno e Souza, op. cit., p. 268.

28. Op. cit., p. 360.

29. *Freedom of Expression and Categories of Expression*, p. 152. Trad. livre.

30. Desenvolvido a partir do texto publicado na *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, jan./mar. 2008, v. 5.

31. JORGE MIRANDA (1988: 345) chega a afirmar, quanto ao fenômeno religioso, que “Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se fortemente no Direito internacional”.

reconhece-se como uma manifestação do tecido social que não poderia ser desprezada em praticamente nenhum país³².

Documentos de declaração de direitos, desde cedo, preocuparam-se em afirmar a liberdade religiosa. Assim poderiam ser elencadas a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que proclamou a ampla liberdade de religião, e a sempre reportada Declaração francesa de Direitos, de 1789, cuja referência, contudo, tinha mais o caráter de uma mera tolerância religiosa³³ do que de uma ampla e irrestrita liberdade. Mais recentemente, torna-se impositiva também referir a Declaração da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou na Convicção, de 1981. O jusnaturalismo e os documentos internacionais influenciaram as proclamações constitucionais da liberdade religiosa.

As constituições e os respectivos Estados, em face do (nas suas relações ou falta delas com o) elemento religioso, já receberam inúmeras classificações e tipologias, não sendo o caso, aqui, de repeti-las³⁴. Basta registrar que, em alguns casos, os Estados adotam uma religião oficial, sendo o estado daí emergente do tipo confessional. Alguns estados teocráticos parecem alinhar-se a algum tipo de fundamentalismo religioso, que os afasta do modelo de Estado de direitos humanos (cf. OTERO, 2007: 660-1)³⁵, muito embora o modelo de Estado confessional não implique, necessariamente, a intolerância com a prática de outras confissões. É o que ocorre com a atual Constituição da Argentina, cujo art. 2º reconhece que “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Em outros casos, como a brasileira, está assegurada a liberdade religiosa. Em algumas constituições está proclamada solenemente a separação entre Estado e Igreja, ou foi ela entendida estritamente, como no caso dos EUA, por meio da jurisprudência da Suprema Corte.

Esse tipo de aproximação constitucional, no que importa para desenvolver este estudo, é operada por meio de diretrizes gerais, os chamados *princípios*. E é justamente neste “espaço aberto”, de termos nem “autoevidentes, nem definidos” (McCONNELL e POSNER, 1989: 1 e s.) que toma assento uma intrincada discussão entre separatistas radicais e culturalistas

32. JELLINEK chega mesmo a sustentar que a liberdade de religião é a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Já CANOTILHO vai anotar que, em sua origem, tratava-se mais de uma tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente a concepção atual de liberdade, como direito fundamental.

33. Sobre o tema e a comparação histórica dessas duas declarações, v. JELLINEK (2002: 27-8).

34. Sobre o tema, consulte-se o amplo quadro tipológico proposto por JORGE MIRANDA (1988: 346).

35. Os eventos relacionados ao 11 de setembro fizeram com que o tema voltasse a integrar as mais intrincadas discussões constitucionais (a respeito dessa discussão v. EDLEY, 2003 e, a partir do fanatismo islâmico, HARRIS, 2007 e uma interessante discussão conceitual em TUSHNET, 2006).

tolerantes. Tratarei do caso brasileiro como referência-paradigma para desenvolvimento do assunto, embora com breves referências, quando necessário, à dogmática e literatura estrangeiras.

3.2. Liberdade religiosa como direito fundamental

A Constituição brasileira de 1988 encetou a liberdade religiosa como dispositivo “autônomo”³⁶, nos seguintes termos: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A assim denominada liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, há de incluir a liberdade: i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita³⁷; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada.

Quanto a esse conjunto de liberdades, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, devem ser classificados como direitos “negativos”, a exigir a devida atenção e contenção por parte do Poder Público. São os denominados direitos de primeira dimensão, especificados e alinhados à liberdade maior de consciência.

Igualmente do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, essa dimensão é tradicionalmente contraposta ao Estado, restando diferenciada

36. Autônomo, aqui, no sentido de que não decorre, como poderia ocorrer, da liberdade de pensamento, apresentada em outro inciso do mesmo art. 5º. Já afirmei anteriormente, sem pretender com isso ignorar a magnitude do tema, que, conceitualmente falando, “A liberdade de religião nada mais é que um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação” (Tavares, 2007: 558). Essa é, aliás, a posição dominante na literatura especializada. “Quando primeiramente elaborada, liberdade de expressão referia-se à oportunidade de escutar e ler a palavra de Deus e, por conseguinte, descobrir o caminho da salvação” (Cox, 1980: I). É esse o sentido que se encontra em James Madison: “A religião de cada homem deve ser deixada à sua convicção e consciência”. Assim também já em John Locke (*A Letter Concerning Toleration*), quando afirma que “A preocupação de cada homem com a sua salvação pertence a si mesmo”. Essa aproximação com a liberdade de opinião não significa, contudo, uma identidade entre essas liberdades.

37. Veja-se, por exemplo, o caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*. Tratava-se de ação promovida por integrantes da seita “testemunhas de Jeová”, que se insurgiram contra a obrigação, constante de lei estadual, de saudar a bandeira sob pena de expulsão de colégio. Segundo a fé dos requerentes, sua religião proibia a adoração de imagens gravadas. A Suprema Corte estadunidense entendeu que a lei contrariava a liberdade religiosa.

a discussão acerca de se os particulares devem igualmente obediência a essas normas. Trata-se, aqui, da discussão que ficou inicialmente conhecida no Brasil como a eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais, a vinculação (direta ou indireta) dos particulares aos direitos fundamentais³⁸, ao lado da tradicional eficácia “vertical”, que contrapõe o indivíduo e a sociedade ao Estado.

Mas não é só. Há uma dimensão positiva da liberdade de religião, pois o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas confissões religiosas. Cumpre ao Estado empreender esforços e zelar para que haja essa condição estrutural propícia ao desenvolvimento pluralístico das convicções pessoais sobre religião e fé.

É possível, portanto, vislumbrar vedações dirigidas ao Estado, quando se trata de liberdade religiosa, como a proibição de: i) guerras santas; ii) discriminação estatal (*lato sensu*) arbitrária e danosa entre as diversas igrejas; iii) obrigar que o indivíduo apresente e divulgue suas convicções religiosas; iv) estabelecer critérios axiológicos para selecionar as melhores religiões; v) estabelecer pena restritiva de direitos junto a templo religioso.

Aqui o tema exige a referência e o estudo do separatismo e do Estado neutro, ou seja, de que Estado e Igreja estejam apartados em alguma medida.

3.3. O Estado neutro: sentido e alcance

3.3.1. Separação como base da liberdade religiosa

A separação entre Estado e religião é concebida como um pressuposto à plena liberdade religiosa, acima desenvolvida. Quer dizer que nos Estados confessionais pode haver, como afirmado anteriormente, liberdade religiosa, mas será ela mitigada em virtude justamente do tratamento preferencial e privilegiado resguardado à religião oficial. Ter-se-á, nesta última hipótese, provavelmente, mais uma tolerância do que uma plena liberdade religiosa, especialmente no que tange à sua divulgação e práticas. Logo, embora a neutralidade do Estado não seja essencial à existência de pluralidade religiosa, esta só pode aflorar *plenamente* em Estados que adotam o postulado separatista e a postura da neutralidade religiosa.

Quando concebida, a separação entre Estado e religião pode ser expressa ou decorrer da proclamação de uma ampla liberdade religiosa. No caso brasileiro, a Constituição consignou expressamente no art. 19, I, a

38. Sobre o tema, cf. Sarmento, 2004; 223-368; Sarlet, 2006: 392; Steinmetz, 2005: 205-13.

regra consoante a qual ao Estado³⁹ é vedado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a *colaboração de interesse público*” (original não grifado).

Estabelecer a regra da separação institucional entre Estado e Igreja (regra da não identidade), ou proclamar o Estado como “neutro” (princípio) conduz a alguns problemas de ordem prática. Há uma acirrada polêmica acerca do alcance dessas diretrizes, o que é próprio de normas como essas, de caráter principiológico⁴⁰, abertas por excelência às diversas interpretações. Daí a pergunta, comum na doutrina: “se é constitucional qualquer diferença de tratamento” (MIRANDA, 1988: 359).

Uma resposta adequada não pode ser oferecida, no âmbito constitucional, com atenção exclusiva ao princípio da neutralidade do Estado. Essa seria uma leitura distorcida (do ponto de vista da teoria constitucional) e ideológica (o resultado é conhecido previamente). Outros elementos normativos devem ser considerados. Assim, por exemplo, a categoria do interesse público, que em muitas ocasiões pode coincidir com as atividades religiosas, embora possa haver aí, também nova área de disputa conceitual, ou a proteção da cultura e do patrimônio histórico nacional, também presente na maior parte das constituições contemporâneas.

Pretender que o Estado adote um total distanciamento da religião pode significar algo não apenas não desejável⁴¹ como também impossível (e fraudulento, neste sentido, por estar a encobrir uma realidade não declarada e, possivelmente, não consentida e não compartilhada socialmente), além de ser um caminho propício para a diminuição da liberdade religiosa plena. É o que se pretende desenvolver a seguir.

Antes, porém, cumpre registrar, ainda aqui, a distinção necessária entre *laicismo* e *laicidade*, porque há de se afastar aquele primeiro do sentido das discussões que se seguem aqui. O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas. A França, e seus recentes episódios de into-

39. Estado em todos os seus níveis federativos.

40. Tratar-se-á aqui do princípio (implícito) do Estado neutro, embora a separação institucional entre Estado e Igreja possa ser “catalogada” como regra. O princípio, ao contrário, desafia o intérprete em um sem-número de hipóteses concretas de possível incidência. Sobre o tema: Tavares, 2006: 85-129.

41. Anota, nesse sentido, Jorge Miranda (1988: 365) que “o silêncio perante a religião, na prática, redundava em posição contra a religião”.

lerância religiosa, pode ser aqui lembrada como exemplo mais evidente de um Estado que, longe de permitir e consagrar amplamente a liberdade de religião e o não comprometimento religioso do Estado, compromete-se, ao contrário, com uma postura de desvalorização da religião, tornando o Estado inimigo da religião, seja ela qual for. Já laicidade, como neutralidade, significa a isenção acima referida. Como ficou decidido no caso *Everson v. Board of Education* (U.S. 1, 18 (1947)) pela Suprema Corte norte-americana: “Aquela Emenda requer do Estado que seja neutro em suas relações com grupos de crentes religiosos ou de não crentes; não requer que o Estado seja seu adversário. O tanto que o poder do Estado não deve ser utilizado de maneira a favorecer as religiões, não deve ser para ceifá-las”. O tema é, a seguir, mais amplamente desenvolvido (sobre a distinção apresentada neste parágrafo, v. PINHEIRO, 2007, 142 e s.).

3.3.2. *Relacionamento entre Estado não confessional e Igrejas: proibição total?*

Para muitos estudiosos qualquer aproximação entre o Estado, por meio de seus órgãos e entidades públicas ou “semipúblicas”, e alguma específica religião, deve ser encarada como uma burla ao princípio (consagrado ou pressuposto) constitucional da separação Estado-Igreja, nos estados que adotam esse princípio do Estado não confessional. Evidentemente que aqui ficam de fora os Estados religiosos e aqueles nos quais a própria Constituição assegurou alguma participação do Estado em assunto religioso ou reconheceu algum tipo de privilégio para determinada Igreja. Este último é o caso, por exemplo, da Constituição uruguaia, que em seu art. 5º, após reconhecer que todos os cultos religiosos são livres no Uruguai e declarar que Estado não mantém nenhuma religião, acaba por reconhecer “à Igreja Católica o domínio de todos os templos que tenham sido total ou parcialmente construídos com fundos do erário nacional”. Assim também procedeu a Constituição portuguesa com a reforma da Lei constitucional n. 3, de 1971, ao afirmar que a “religião católica apostólica romana é considerada como religião tradicional da Nação Portuguesa”, embora proclamasse que o regime das relações do Estado com as confissões religiosas seria o da separação.

Ter-se-ia, nessas situações por último referidas, uma espécie de Estado não confessional mitigado, caracterizado por “ceder” em face da confissão ou Igreja que historicamente subjaz a esse Estado e que é compartilhada pela maioria da sociedade? A pergunta não é apenas conceitual, como poderia parecer. Na realidade, especialmente em Estados nos quais a Constituição não contenha nenhuma regra constitucional de reserva ou privilégio

como essas exemplificadas, fica a indagação sobre se a consagração na neutralidade significa que o Estado deve se afastar totalmente do fenômeno religioso (embora sem combatê-lo, como ocorre no laicismo). Retoma-se aqui a pergunta indicada inicialmente.

Evidentemente que, em casos de maior simplicidade, identificada a adoção de uma específica fé religiosa, pelo Estado, de maneira indireta ou velada, deverá ela ser considerada inconsistente com as premissas constitucionais da neutralidade. Parte da doutrina acrescenta que não se admite jamais algum tratamento privilegiado (embora a identificação concreta de situações que caracterizem esse privilégio possa não ser de todo simples, como essa própria doutrina admite). Assim, distingue-se entre situações de *privilegio* e situações de *tratamento especial*, admitindo-se apenas estas últimas (cf. MIRANDA, 1988: 360, seguido no particular por MORAIS, 1997: 287).

Mesmo a liberdade de religião não está a impedir toda e qualquer relação entre Estado e Igreja ou, no caso brasileiro, especificamente com a Igreja Católica⁴².

No conceito de plena liberdade religiosa, da qual decorre a necessária separação entre Estado e Igreja, encontra-se, ainda, uma igualdade inerente entre crenças, igrejas e indivíduos, perante o Estado. Se houver tratamento desigual, cai por terra a liberdade religiosa ampla, que cede espaço a algumas exceções que prejudicam o todo.

Diversa, contudo, é a situação na qual há elementos culturais fortes que justifiquem um tratamento não uniforme e não totalmente idêntico⁴³. Nesse caso, eventual tratamento particularizado estará respeitando, ainda, a igualdade, pois o Estado não pode conferir tratamento meramente uniforme se outros elementos aconselham ou impõem a distinção pontual. Não se pode traduzir a igualdade religiosa (decorrente da neutralidade do Estado e da aplicação do princípio da igualdade no âmbito religioso) como a exigência de tratamento matematicamente idêntico entre confissões religiosas, por parte do Estado, uma “homologia massificadora” (MORAIS, 1997: 246). Nesse sentido já decidiu a Justiça Constitucional portuguesa, falando de uma “paridade do sentido justo” (Comissão Constitucional, Parecer n. 17/82, *apud* MORAIS, 1997: 286).

42. A discussão em Portugal é, neste aspecto, semelhante, por motivos históricos óbvios, embora tenha suas particularidades também muito evidentes na atualidade. Mas na mesma linha desenvolvida acima, conclui Jorge Miranda (1988: 366) que “o reforço da liberdade religiosa em Portugal não se fará pela redução do estatuto jurídico da Igreja Católica; far-se-á pela integração e pelo enriquecimento do estatuto jurídico das outras confissões”.

43. Conforme se analisará adiante.

É o que se catalogou, acima, com uma espécie de tratamento especial, mas não privilegiado. O privilégio não tem motivação sustentável, é arbitrariamente concedido. Já o tratamento especial é exigível em face de determinadas circunstâncias fáticas e a partir de um plexo de outras normas constitucionais que também estão a incidir na compreensão do fenômeno⁴⁴. Como coloca MORAIS (1997: 270), a diferenciação “não poderá, contudo, por razões de representatividade objectiva, equidade e credibilização social mínima das relações entre o Estado e as confissões, ser tão ténue que imponha aos poderes publicos prestações positivas em favor de todos a todos os grupos religiosos que logrem multitudinariamente inscrever-se”.

JÓNATAS MACHADO (1996: 323) parece contrapor-se a uma visão engajada do Estado, advertindo que o constitucionalismo europeu procurou apresentar sob novas vestes a vetusta união entre Estado e Igreja (que no Brasil remete ao Império). Observa o estudioso que muitas vezes é admitido o caráter público⁴⁵ da religião, que acaba se traduzindo numa proximidade do Estado com as religiões dominantes, permitindo o uso de prerrogativas de direito público por essas confissões religiosas.

Em muitas circunstâncias pode ser sentida alguma espécie de proximidade, mas trata-se mais propriamente de consequências necessárias de um tratamento específico em virtude da realidade social da comunidade, da sua história, de sua unidade nacional (para a qual contribuiu em certa medida a religião) e de sua específica cultura. Esses elementos fáticos são objeto de preocupação de diversas outras normas constitucionais, muitas das quais também são principiológicas, e uma retirada do Estado em todos esses casos seria conceder à separação entre Estado e Religião e à neutralidade daquele um caráter absoluto e de superioridade em relação a qualquer outra preocupação constitucional. Neutralidade não é alheamento do Estado perante o fenômeno religioso (MORAIS, 1997: 268), sob pena de se transformar em hostilidade velada e desencorajamento geral pela religiosidade, ferindo-se o próprio livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Essa suposta aproximação, ou, mais corretamente, consideração jurídica de certas realidades fáticas importantes, dentre as quais a religião

44. Outra classificação é aquela adotada pela Suprema Corte norte-americana, entre efeitos diretos e imediatos, de uma parte, e indiretos e incidentais, de outra, admitindo políticas governamentais de efeitos religiosos e seculares (concomitantemente) apenas nestes últimos casos (sobre o tema: *Tribe*, 1988: 1215 e s.).

45. Vale ressaltar que, no Brasil, o interesse público é uma hipótese constitucional expressa de colaboração (*lato sensu*), a ser estipulada por meio de lei.

majoritária em sua comunidade, não é, ao contrário do que poderia supor, sempre benéfica à religião (majoritária ou não) alcançada pela norma. Um exemplo do Direito português pode bem ilustrar o que se acaba de dizer. A legislação eleitoral portuguesa chegou a prever a inelegibilidade local de “ministros de qualquer religião”, embora esteja assegurada constitucionalmente a separação entre Estado e Igreja. Nesse caso, como muito bem observa MIRANDA (1988: 366-7), são “razões sociológicas ou de realidade constitucional” que determinam tal impedimento. Ou seja, o elemento religioso é considerado, validamente, pelo Estado justamente como pressuposto negativo de certas possibilidades, aberta aos demais indivíduos.

Ademais, a aproximação ou consideração do religioso jamais poderá ocorrer quando seus resultados práticos atinjam outros direitos fundamentais sem a necessária proporcionalidade.

Por fim, “a cooperação interessa ao Estado na medida em que exista uma esfera de homologia entre as suas tarefas constitucionais positivas de ordem social e cultural (...) e as atividades desenvolvidas pelas confissões religiosas” (MORAIS, 1997: 282). O contrário seria propugnar um Estado ateu ou contrarreligioso, ou que admite com reservas e desestimula práticas religiosas. CARLOS BLANCO DE MORAIS (1997: 282) chega a propor uma série de características que, presentes nas confissões religiosas, estariam a permitir (e talvez sugerir mesmo) essa cooperação: i) as que têm maior “procura social”; ii) que disponham de infraestrutura de ação social, e; iii) que “ostentem um maior enraizamento, estabilidade e sedimentação histórica, nacional ou universal”.

Nesse mesmo sentido, o caso paradigma decidido pela Corte Suprema dos EUA, *Rosenberger v. Virginia (University of Virginia)*⁴⁶, consoante o voto da maioria, orientou-se por admitir que fundos públicos, de um “braço do Estado”, financiem atividade intelectual, fóruns de debate (liberdade de expressão), ainda que apresentem conteúdo religioso, contrariando a opinião oposta de que ao Estado estaria vedada toda e qualquer forma de financiamento, por conta da separação entre Estado e Igreja.

Outro problema prático ligado a este tema refere-se ao uso de símbolos religiosos em repartições públicas ou em salas de aula de escolas públicas. A conhecida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão considerou ferir o art. 41 da Lei Fundamental o regulamento escolar que determinava a colocação, em toda sala de aula, de um crucifixo⁴⁷. No

46. V. Alley, 1999: 392-412.

47. V. Schwabe e Martins, 2005: 366-77.

Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, em 29 de maio de 2007, resolveu intervir e considerar que os símbolos religiosos, presentes nas dependências do Poder Judiciário, seriam representações da cultura nacional, não interferindo com a neutralidade do Estado ou do Poder Judiciário em suas decisões⁴⁸.

3.4. O Estado laico como princípio e sua leitura perante a Constituição brasileira

A Constituição do Império brasileiro, em seu art. 5º, consignou que a “Religião Católica Apostólica continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma de templo”.

A Constituição da primeira República, sob forte influência do positivismo de Comte, levou à abolição da simbologia religiosa do preâmbulo da Constituição, abandonando a religião católica como a oficial.

O que se questiona é justamente o nível dessa dissociação, que permanece até a Constituição em vigor⁴⁹. O problema, já identificado, está em tornar mais precisos os princípios constitucionais.

Vale, aqui, portanto, rememorar a ideia de princípios. Estes são normas dotadas de um alto grau de generalidade. É com isso que está preocupada a doutrina quando assinala que os princípios são “compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” (CANOTILHO, 1993: 167) e, nessa medida, são chamados de *normas de otimização*. Veja-se que a lição colhida tem aplicação genérica, e não está voltada a resolver a hipótese do princípio aqui em causa.

Nessa linha, “acusar” uma norma de ser principiológica significa dizer que faz parte das normas jurídicas abstratas, as quais têm sua hipótese de incidência aberta, “quer dizer, têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando” (TAVARES, 2003: 37). Isto é, a norma principiológica não “fecha” uma descrição dos fatos aos quais se aplica. E “[d]a generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhes amoldarem-se

48. O problema, contudo, parece estar mais correlacionado com a liberdade religiosa propriamente dita.

49. Dado curioso é que essa dissociação expressa não impediu o Constituinte de proclamar no Preâmbulo que a Constituição estava a ser promulgada “sob a proteção de Deus”. A resposta do STF para situações como essa foi a de considerar que “o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. (...) Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica” (ADIn 2076/AC, DJ, 8-8-2003, rel. Min. Carlos Velloso).

às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social” (ROTHEMBURG, 1999: 21).

A norma principiológica é, de alguma maneira, aberta, tanto pelo seu conteúdo como pela sua expansividade, ou seja, apresenta “eficácia irradiante” (ROTHEMBURG, 1999) e depende de uma concretização (é o que se dá com a ideia de Estado laico). Neste sentido, considerações concretas são inevitáveis (sobre a composição do concreto na construção normativa: v. TAVARES, 2006: 57-84) e sua negação só poderia conduzir a uma indesejável e perigosa cegueira.

Além desse aspecto, a doutrina parece indicar, unanimemente, a necessidade de realizar uma leitura compreensiva e sistêmica dos princípios. Esse pressuposto, quando adotado, reforça e realça a tese de que princípios são normas imbricadas entre si, cuja adequada dimensão (e compreensão) de um deles só pode ser obtida a partir de uma leitura da Constituição em sua universalidade. Não há como construir uma teoria própria para cada princípio, desconsiderando *os* e sobrepondo-se *aos* demais.

É certo que os diversos princípios podem tanto complementar uns aos outros como restringir o campo de cada um. É necessária, pois, a consideração ampla de todos na análise de qualquer um deles em específico.

Como já fiz consignar: “Nem no âmbito das normas de direitos fundamentais com estrutura (interna) ou estatura (externa) principiológica, consagrados pelas Constituições, poderá ser indicado, doutrinariamente, algum que se deva considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou normas constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos” (TAVARES, 2006: 102).

No caso da Constituição brasileira de 1988, além do já mencionado “compartilhamento material” entre Estado neutro e princípio da igualdade, para fins de equacionamento adequado do fenômeno religioso, há outras repercussões normativo-constitucionais para o mesmo fenômeno. Retomar-se-á, aqui, apenas a tutela constitucional do patrimônio cultural.

A cultura, como elemento normativo a ser preservado e promovido, constitui uma categoria extremamente ampla. No caso brasileiro, o chamado patrimônio cultural é formado, dentre outros, pelos bens (inclusive imateriais) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Em seu art. 215 a Constituição brasileira impõe ao Estado a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-descendentes e das de outros grupos

participantes do processo civilizatório nacional. O Estado deve garantir também o acesso às fontes da cultura nacional.

A ideia de *identidade* é chave de compreensão aqui. Há uma nítida imbricação entre determinadas manifestações religiosas no Brasil (e não apenas o catolicismo) com a formação nacional de uma identidade e de uma cultura própria. Nesses casos, o Estado encontra-se obrigado a agir, protegendo essas manifestações em suas diversas dimensões.

Mais do que isso, o Direito não se pode furtar a uma leitura cultural de suas normas⁵⁰. As normas constitucionais refletem *a* e são refletidas *pela* sociedade, pelo concreto, pela identidade nacional e pelos padrões gerais de comportamento construídos e sedimentados ao longo dos tempos. Com o princípio do Estado laico não será diferente. Nada há que imponha uma leitura específica apartada da teoria geral do Direito Constitucional, como exceção conceitual.

4. LIBERDADE DE PROFISSÃO

O art. 5º, XIII, declara que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, pois prevê a possibilidade de lei regulamentadora restritiva, vale dizer, que estabelecerá as qualificações e requisitos necessários para exercer determinadas profissões.

Mas essa legislação apenas poderá prever condições que apresentem nexo lógico com as funções a serem desempenhadas. Não se tolera condição discriminatória, injustificada, o que, além de violar a liberdade de profissão, fere igualmente o princípio da igualdade.

Também no parágrafo único do art. 170 assegura-se “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Aliás, está-se diante de um dos fundamentos do Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, IV, que fala expressamente da “livre iniciativa”.

No caso de exigência do prazo de dois anos, a partir do término do curso jurídico, para prestar concurso público para a Promotoria ou Magistratura, entende-se que não há ofensa à liberdade de profissão⁵¹.

50. Não desenvolverei, aqui, os pressupostos teóricos da leitura cultural do Direito. Sobre o assunto, v. a obra de Häberle.

51. Nesse sentido: STF, ADIn 1040/DF, Medida Cautelar, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 17 mar. 1995, p. 5788.

Também não ofende a liberdade de profissão o impedimento dirigido à atividade dos apresentadores ou comentaristas de rádio ou televisão, porque visa manter a igualdade de condições na disputa eleitoral, impedindo a vantagem de determinado candidato em função de sua profissão⁵².

5. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Estabelece a Constituição, em seu art. 5º, XIV, que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Por outro lado, especificamente no campo da comunicação social, a Constituição assegura que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...)” (art. 220, § 1º).

Deve ser compreendido em harmonia com os demais direitos fundamentais, em especial a inviolabilidade da honra, da vida privada, a imagem e o sigilo das comunicações, máxime de dados, sob pena de se incidir na responsabilização civil (material e moral) e penal.

Essa liberdade segue duas grandes vertentes. Na primeira, garante-se a liberdade na divulgação da informação. De outra parte, garante-se a liberdade de acesso à informação.

O direito a obter informações implica a exigência de que essas informações sejam verdadeiras. Dirige-se tal liberdade, indistintamente, a todos os indivíduos, visando ao “fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos”⁵³.

A proteção constitucional não alcança as informações falsas, errôneas, não comprovadas, levemente divulgadas.

A informação há de ser objetiva, clara e isenta. Informação não é opinião. Esta está protegida pela liberdade de pensamento.

Por outro lado, o sigilo processual não viola a liberdade de informação, na medida em que também a Constituição assegura a privacidade das pessoas.

5.1. Sigilo da fonte

A proteção à fonte da qual se obteve a informação é regra que reforça a liberdade de divulgação da informação. É extremamente preciosa na ati-

52. Nesse sentido: STF, ADIn 1062/DF, Medida Cautelar, rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 1º jul. 1994, p. 17496.

53. Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 161.

vidade jornalística de maneira geral. Assim é que o art. 71 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) determina: “nenhum jornalista ou radialista, ou, em geral, as pessoas referidas no art. 25, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo o silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade”.

6. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

6.1. Previsão

Preceitua o art. 5º: “XVII — é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”; “XVIII — a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”; “XIX — as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”; “XX — ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

6.2. Conteúdo

A liberdade de associação significa: 1º) que ninguém poderá ser obrigado a se associar, ou 2º) a permanecer associado, ou 3º) a abandonar determinada associação, ou 4º) a autonomia de organização e funcionamento das associações.

Trata-se de liberdade que, não obstante ser atribuída individualmente a cada cidadão, só poderá ser exercida coletivamente, porque é da essência da associação a existência de duas ou mais pessoas.

6.3. Interferência estatal

As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas, ou mesmo ter suas atividades suspensas, por meio de decisão judicial. A dissolução, especificamente, só poderá operar após o trânsito em julgado da decisão judicial que assim disponha. A interferência, seja do Executivo, seja do Legislativo, direta ou indiretamente, por meio de ato normativo, no funcionamento das associações, será inconstitucional. A Constituição veda a interferência estatal, só ressaltando o caso da decisão judicial.

De qualquer forma, a própria decisão judicial está limitada pela extensão constitucional da liberdade, que apenas desautoriza a associação de fins

ilícitos. É o caso, v. g., constante do Decreto-Lei n. 41/66, pelo qual o Ministério Público pode propor ação para a dissolução das sociedades civis de fins assistenciais quando não mais atendam às finalidades sociais ou ao bem comum que deveriam perseguir, tornando-se, em certa medida, associações civis de fins assistenciais ilícitas.

A liberdade de associação não é absoluta. A própria norma constitucional excepciona as associações que apresentem caráter paramilitar, ou seja, aquelas associações que se destinam a treinar seus membros para atividades bélicas.

6.4. Aspecto processual

Há um componente processual importante no que tange às associações, já que, por expressa previsão normativo-constitucional: “XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Trata-se de regra processual que confere legitimidade *ad causam* para as associações defenderem em juízo o direito de seus associados. Tecnicamente falando, tem-se um caso de substituição processual⁵⁴, e não de representação processual (embora o verbo utilizado na Constituição seja “representar”), já que a associação age em nome próprio na defesa de interesse alheio (no caso, de seus filiados). Para tanto, torna-se, em virtude da regra constitucional explícita, desnecessária a autorização específica e expressa de cada um dos integrantes da associação para que esta proceda à defesa de direito que não é seu, mas de seus associados, desde que contemplada a autorização genérica.

Essa autorização pode vir prevista em lei, nos estatutos da associação. Caso contrário, deverá ser outorgada pelos associados, individualmente, ou por votação em assembleia convocada para tanto, como assinala a doutrina processual.

7. LIBERDADE DE REUNIÃO

7.1. Previsão

O art. 5º, em seu inciso XVI, assegura a todos a possibilidade de “reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independen-

54. Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 4. ed., p. 88.

temente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

7.2. Significado

A liberdade de reunião significa o direito de 1º) convocar, 2º) organizar ou liderar a reunião e 3º) efetivamente participar desta, agrupando-se com outras pessoas.

7.3. Natureza jurídica

É a manifestação coletiva da liberdade de expressão, já que enseja a livre discussão de ideias e sua publicidade. É, pois, direito coletivo, ao mesmo tempo que não deixa de ser direito individual de cada um que se pretenda apresentar para participar de alguma reunião.

7.4. Condicionamentos

A manifestação só poderá ocorrer em locais públicos, desde que com caráter transitório.

A informação prévia à autoridade competente é que garante o direito de preferência, no caso de mais de uma reunião marcada para o mesmo local, na mesma data. A Constituição veda que as autoridades públicas decidam sobre a realização ou não da reunião. Esta independe de autorização. Portanto, o que há é mera informação, e não pedido de autorização. Sem a comprovação de que houve a devida comunicação às autoridades públicas, não se caracteriza a reunião como livre, podendo nela intervir a polícia. Essa exigência de prévia comunicação se fundamenta na necessidade de que as autoridades, comunicadas com antecedência razoável, atuem para resguardar a realização tranquila da reunião, sem prejuízo para as demais pessoas. Assim, procederá às alterações do trânsito, ao reforço da segurança pública nas imediações, inclusive tomando as precauções para impedir que outra reunião se realize naquele local, frustrando a realização da reunião já marcada anteriormente. Não se deve confundir essa situação com aquela outra na qual a reunião venha a ser marcada para prédio público. Nesta hipótese, por se tratar de bem público com destinação específica, será necessária a prévia autorização (não licença), que é ato discricionário, podendo ser revogado a qualquer momento. Isso é assim não porque a liberdade de reunião em si dependa de autorização (ou licença), mas justamente por se tratar da incidência de regime administrativo próprio para a

espécie (uso de prédio público com destinação específica). Mantém-se, portanto, também aqui, a diretriz de que o exercício da liberdade de reunião independe de prévia licença ou autorização.

Surge ainda a questão de quais as autoridades que deverão ser informadas da reunião. Parece que serão aquelas que terão de tomar alguma providência em virtude da realização da reunião. Assim, procede-se à averiguação das autoridades a partir do local e do tipo de reunião. Algumas leis têm feito referência às autoridades que devem ser informadas. Há que aceitar, também, a informação geral, veiculada por jornal ou outro meio de comunicação de grande circulação, que dê amplo conhecimento da pretensão. Não se pode exigir — porque a Constituição não exigiu — que a comunicação seja pessoal. Importa, sim, que seja efetiva. Até porque rara não será a hipótese — máxime nas pequenas comarcas — na qual aqueles que convocam a reunião nutram grande descontentamento com as autoridades locais — inclusive podendo até ser este o motivo da reunião (o que de resto é perfeitamente lícito).

As autoridades, portanto, só poderão tomar as precauções necessárias para que permaneça incólume a ordem pública. Se a autoridade tomar medidas que, de alguma forma, cerceiem a liberdade de reunião, estará cometendo abuso de autoridade. As medidas a serem tomadas, portanto, visam exatamente a boa realização da reunião.

Portanto, são condições constitucionais para a caracterização da liberdade de reunião:

- 1) pluralidade de participantes, porque a reunião é, por natureza, uma manifestação coletiva;
- 2) finalidade lícita, o que afasta a reunião não pacífica ou com armas. O fato de algum participante estar portando ilicitamente arma não impede a continuidade da reunião⁵⁵, devendo a polícia agir especificamente em relação a esse indivíduo, desarmando-o e tomando as medidas legais de praxe. O que se impede é que haja predisposição para uma reunião armada, ou seja, que haja a preocupação de realizar uma reunião de homens armados;
- 3) o local, de acesso público, deve ser determinado, ainda que alterável, como no caso das passeatas;
- 4) o tempo da reunião deve ser limitado, já que se compreende seja ela temporária;
- 5) emitir aviso prévio à autoridade competente;

55. Nesse sentido: Celso de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 475.

6) não haver outra reunião já marcada para a mesma data e local.

7.5. Exceções ao exercício da liberdade

É preciso observar que durante o estado de defesa e o estado de sítio poderá o direito de reunião ser restringido ou suspenso (art. 136, § 1º, I, *a*, e art. 139, IV, respectivamente).

7.6. Natureza jurídica

É extremamente interessante conferir, aqui, o entendimento da doutrina norte-americana, segundo a qual o direito de reunião seria um desdobramento do direito de petição, já que, para exercerem este último, entende-se necessário e essencial à ideia de governo republicano o direito de que as pessoas possam se reunir pacificamente para tratar dos assuntos públicos e eventualmente requererem a reparação das lesões ou agravos verificados⁵⁶.

7.7. Tutela da liberdade de reunião

A garantia jurídica do direito de reunião é o mandado de segurança. Não se admite o *habeas corpus*, já que a liberdade física de locomoção é simples meio (ou pressuposto) para alcançar o direito de reunião⁵⁷.

8. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

8.1. Origem histórica

Existem indícios de utilização do remédio desde o século XII, sob a designação de *writ de odio et atia*.

A origem histórica sempre assinalada para esse instituto, contudo, é a *Cartha Magna* de 1215, em seu capítulo XXIX, cuja fórmula, em latim bárbaro, era a seguinte: *habeas corpus ad subiiciendum*.

8.2. Fonte formal

A Constituição Federal consagra, no art. 5º, XV, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

É o direito que tem todo indivíduo de não ser preso ou detido arbitrariamente.

56. Cf. lição de Alcino Pinto Falcão, *Comentários à Constituição*, v. 1, p. 208.

57. Nesse sentido: *RTJ*, v. 107, p. 331, acórdão relatado pelo Min. Cordeira Guerra.

8.3. Eficácia da norma constitucional

Trata-se de norma de eficácia contida, podendo a lei regular sua aplicação e incidência, estabelecendo, inclusive, restrições, nunca, porém, arbitrárias, devendo sempre haver motivo fundante.

8.4. Conteúdo material

A liberdade de locomoção engloba a possibilidade de ir, vir e ficar no território nacional, ou deste sair e entrar. Isso significa a liberdade de deslocamento interno, no âmbito geográfico nacional, a possibilidade de fixar residência e, ainda, de se deslocar livremente através das fronteiras nacionais.

Em síntese, a liberdade ampla de locomoção engloba quatro aspectos fundamentais: 1) direito de ingresso no território nacional; 2) direito de permanência no território nacional; 3) direito de deslocamento intraterritorial (entre pontos dentro do território); 4) direito de deslocamento interterritorial (entre o território nacional e outros Estados).

Com relação à liberdade de permanência no País, tem-se que ninguém pode ser expulso ou banido do Estado do qual seja nacional⁵⁸. É o que ocorre com os brasileiros natos ou naturalizados, quanto ao território brasileiro. Estabelece o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992: “5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar”.

Quanto à liberdade de entrar no território de um Estado, tem-se que se refere ao nacional do Estado em questão. Dessa forma, a concessão de visto de entrada é considerada ato de soberania estatal, e não um direito subjetivo dos estrangeiros⁵⁹.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, há, ainda, o direito de circulação, que seria, na lição do autor, a faculdade conferida a todos de se deslocar pelas vias públicas ou bens afetados ao uso público. Assim, os bens de uso comum do povo, como as ruas, os logradouros públicos, as praias, não admitem restrição quanto à circulação das pessoas. O Poder Público não pode impedir que as pessoas passem por determinada via pública. Admite-se, apenas, que a Administração, no interesse social, discipline o trânsito, para tanto limitando seu fluxo em determinado sentido, criando proibições de estacio-

58. Poderá ocorrer, contudo, a perda da nacionalidade do brasileiro nas circunstâncias indicadas no § 4º do art. 12 da CF.

59. Nesse sentido: José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, 2. ed., p. 473.

namento ou impedindo a utilização de certos veículos (como caminhões, ou veículos com determinada placa) em razão de problemas ambientais, de saúde pública ou mesmo por força da contingência de disciplinar o próprio trânsito, podendo, ainda, interditar totalmente o tráfego em razão da realização de obras etc.

8.5. Exceções e condicionamentos das exceções

Assegura-se a liberdade de locomoção, pelo território nacional, desde que em tempo de paz.

Também por não ser direito absoluto, encontra limitação nos demais direitos consagrados. Nesse sentido, o *Direito de Propriedade* constitui limite à ampla liberdade de locomoção. No *Direito Penal*, os inúmeros casos de ilícitos autorizam a retirada de seus autores — ainda que provisoriamente e sem provas cabais da respectiva autoria delitual — da liberdade que aqui se analisa. Para tanto, não poderia deixar de haver previsão também de ordem constitucional, que se encontra no inciso XLVI do art. 5º, ao prever as penas a serem adotadas pela lei, elencando, dentre outras, a privação ou restrição da liberdade. Acrescentem-se, ainda, todas as normas constitucionais que adotam valores dignos de tutela penal. A lei infraconstitucional só está autorizada a suprimir — em tese — a liberdade do cidadão por força da conjugação desses dois pressupostos: pena e valor previstos constitucionalmente.

Segundo o Decreto n. 678/92: “4. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida do indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou ordem públicas, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas”.

Embora não seja direito absoluto, é indisponível por parte do particular, no sentido de que eventual desistência em relação a *habeas corpus* interposto não impede que se analise a circunstância concreta e que se conceda a ordem, inclusive de ofício, se assim estiver a exigir o caso *sub exame*.

Há a possibilidade de condução coercitiva de testemunha que se recuse a comparecer espontaneamente, seja em juízo ou em Comissão Parlamentar de Inquérito, não constituindo ofensa à liberdade de locomoção⁶⁰.

60. Nesse sentido já decidiu o STF, especificamente quanto à Comissão Parlamentar de Inquérito, no *Habeas Corpus* n. 71261, tendo sido relator o Min. Sepúlveda Pertence, publicado no *DJ* de 24 jun. 1994, p. 16651; *Ementário*, v. 1750, p. 443.

A regulamentação desse direito envolve dois elementos essenciais. Em primeiro, a previsão por meio de lei. Em segundo, a razoabilidade da lei. Assim ocorre com o poder de condução coercitiva de testemunhas, com a dispersão de pessoas de determinado local em razão de tumulto, ou ainda com o confinamento a determinada localidade, por motivos sanitários, em virtude de controle de doença contagiosa⁶¹.

Da leitura do dispositivo conclui-se que, em *tempo de guerra*, é possível, *a contrario sensu*, estabelecer restrições mais contundentes, o que deverá estar contemplado em lei.

Ademais, a própria Constituição estabelece, no art. 139, I, que na vigência do *estado de sítio* poderá ser exigida a permanência em determinada localidade, o que, evidentemente, constitui um embaraço à liberdade de locomoção por motivos excepcionais.

O mesmo se diga quanto ao inciso II do referido dispositivo, que admite a detenção das pessoas, desde que em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns.

8.5.1. *Prisão civil por dívida*

Embora seja possível a restrição da liberdade de locomoção do indivíduo, como nos casos de prática de crimes que importem na segregação social, a Constituição proíbe expressamente a prisão civil por dívida. Neste caso, só será possível a prisão quando se tratar de obrigação alimentícia ou de depositário infiel.

Preceitua a Constituição, em seu art. 5º, LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

No caso da obrigação alimentícia, requer-se o descumprimento voluntário e inescusável, vale dizer, infundado, da obrigação de prestar alimentos.

No caso do depositário infiel, é preciso analisar as hipóteses nas quais há mera ficção legal, equiparando-se determinadas situações ao depósito. Assim ocorre com a alienação fiduciária, prevista pelo Decreto-lei n. 911/69. É preciso saber, portanto, se se admite a possibilidade de extensão, por meio de lei, dos casos excepcionais de prisão civil, com o artifício da equiparação

61. A respeito, v. Decreto n. 678, de 6-11-1992, que declara: “O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou ordem públicas, a moral, ou a saúde pública, ou os direitos e liberdade das demais pessoas”.

de situações que são substancialmente diferentes, à hipótese do depositário infiel, para fins de possibilitar a decretação de sua prisão. O Supremo Tribunal Federal entende que isso é legítimo⁶². Contudo, quer parecer que o contrato de depósito, que enseja prisão civil legítima, em nada se assemelha com o contrato de alienação fiduciária, no bojo do qual se pretende garantir a possibilidade de prisão civil. O mesmo se há de dizer sobre o emitente de cédula rural pignoratícia, no caso de o emitente não pagar a dívida e nem restituir as sacas dadas em garantia (Decreto-lei n. 167/67)⁶³.

Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º, n. 7, já ratificado pelo Brasil, estabelece que “ninguém deve ser detido por dívida”, e “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Assim, em virtude de tratado internacional, acolhido pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal, apenas os casos de dívida civil do alimentante é que poderiam ensejar a prisão civil.

Quanto ao último aspecto, o Supremo Tribunal Federal⁶⁴ também já se manifestou, entendendo que não poderia um tratado limitar a soberania estatal, devendo mencionado Pacto ser interpretado conjuntamente com as hipóteses permissivas constantes do inciso ora em análise. Admite-se, pois, o cabimento, na ordem jurídica pátria, da prisão civil no caso do depositário infiel.

8.6. Liberdade provisória

A liberdade de locomoção goza de ação constitucional própria para assegurar sua integridade. Trata-se do *habeas corpus*, a seguir analisado.

Há, ainda, outra proteção constitucional quanto à liberdade de locomoção. Segundo dispõe o inciso LXVI, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim, ainda que tenha praticado crime ou seja o suspeito, o autor do delito ou seu suspeito deve ser colocado em liberdade provisória, quando admitida.

Há quatro hipóteses arroladas pela doutrina em que cabe a liberdade provisória sem fiança.

62. HC 72.131, sessão de 23-11-1995.

63. Nesse sentido: STF, rel. Min. Néri da Silveira, HC 74.383-MG, *Informativo STF*, 21 a 25 out. 1996, p. 2.

64. HC 73.044-2/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 20 set. 1996, p. 34534.

Em primeiro lugar, conforme estabelece o Código de Processo Penal a respeito, em seu art. 321, o réu se livrará solto da prisão, independentemente de fiança, no caso de infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade, ou quando o máximo da pena privativa da liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

Há, ainda, liberdade provisória, sem fiança, nos casos em que o autor do delito agiu acobertado por alguma excludente da ilicitude (art. 23 do Código Penal). Por fim, deve ser concedida também quando se verificar a inocorrência de qualquer hipótese concessiva de prisão preventiva. É o que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal.

Mencione-se, em quarto lugar, a hipótese contemplada pela Lei n. 9.099/95, em seu art. 69, *caput*, segundo a qual, se o autor assumir o compromisso de comparecer ao Juizado Especial ou a ele for imediatamente encaminhado, não será preso em flagrante nem dele se exigirá fiança.

A liberdade, contudo, pode ser concedida acompanhada da exigência de prestação de fiança. Fiança consiste no depósito em dinheiro ou valores com a finalidade de manter o acusado em liberdade durante o processo. É uma forma de garantia oferecida direta ou indiretamente pelo acusado (nesse último caso, quando efetuada por terceiros em nome do acusado). Por meio da fiança procura-se estabelecer um vínculo entre o acusado e o processo, obrigando-o a comparecer a todos os momentos do processo. Podem conceder fiança tanto a autoridade policial quanto a judicial. A primeira, nos casos de infrações punidas com detenção ou prisão simples. Nos demais casos, apenas por meio de decisão judicial é que se poderá arbitrar a fiança.

Em qualquer caso, a autoridade competente deverá decidir fundamentadamente, expondo os motivos ou requisitos considerados relativamente à fiança. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da motivação.

8.7. Excesso de prisão

O art. 5º, em seu inciso LXXV, da Constituição de 1988 consagra o direito fundamental de obter indenização por erro judiciário, ou por excesso ilegal de tempo de prisão, fixado por sentença. É caso de erro judiciário a prisão processual daquele que vem a ser posteriormente absolvido.

A Constituição portuguesa contém dispositivo idêntico, em seu art. 29, n. 6, que estabelece: “Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos”.

Comentando especificamente o preceito da Carta portuguesa, CANOTILHO e VITAL MOREIRA anotam que se trata de “um caso tradicional de responsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional o ressarcimento dos danos por condenações injustas provadas em revisão de sentença (...). Note-se, porém, que não são só os erros judiciários os únicos atos jurisdicionais susceptíveis de provocar graves danos morais e materiais aos cidadãos. Também a prisão preventiva ilegal ou injustificada por originar lesões graves e ilegítimas, devendo merecer igual proteção o ressarcimento dos danos provocados”.

Na recente Lei n. 11.689/2008, no que alterou o art. 428 do Código de Processo Penal, ficou consignado o prazo de seis meses a partir do trânsito em julgado da pronúncia para que se realize o julgamento no Tribunal do Júri. Ultrapassado esse prazo, será possível falar-se em excesso de prazo, bem como em desaforamento (desde que, para esta situação, esteja presente também o excesso de serviço judicial): “O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia”. Contudo, se não for o caso de excesso de serviço, “o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento” (§ 2º do art. 428 do Código de Processo Penal, conforme a redação conferida pela Lei em comento). No *Habeas Corpus* n. 90.693, julgado em 30 de setembro de 2008, o STF, por maioria, entendeu que tendo passado, como já havia passado naquele caso concreto, mais de um ano desde a pronúncia, e estando ainda preso preventivamente o réu, tinha-se um caso de excesso de prazo. Este julgamento foi importante porque afastou o entendimento da Súmula n. 52 do STJ, na qual se prevê que, encerrada a instrução de um processo, fica superada a alegação de excesso de prazo.

Contudo, o *habeas corpus* não será o meio idôneo caso se pretenda apurar o erro cometido e obter indenização. Há que propor, no âmbito criminal, a revisão criminal e, na esfera civil, a ação indenizatória. A decisão em sede de revisão criminal, que reconhece o erro, constitui um título executivo judicial, embora requeira prévia liquidação.

Como decorrência do não cabimento, no caso, do *habeas corpus*, somente o prejudicado terá interesse jurídico para promover a respectiva ação. A parte passiva da ação é sempre o Poder Público, seja a União, se decorrente de órgãos de sua esfera, ou os Estados ou Distrito Federal, se os órgãos judiciais responsáveis forem estaduais ou distritais. O Estado tem

direito de regresso contra o magistrado causador do dano apenas na hipótese de dolo ou má-fé, nos termos do art. 133, I, do Código de Processo Civil.

8.8. Conteúdo do direito fundamental de liberdade no fim do milênio: interpretação constitucional evolutiva

As palavras empregadas no texto da Constituição apresentam um significado variante.

Há necessidade de evolução dos conceitos constitucionais.

Isso é deferido ao próprio Poder Judiciário, através da Corte Constitucional.

Quando a Constituição emprega termos indeterminados, está, implicitamente, delegando ao Judiciário a tarefa de complementar essa Constituição.

Daí pode surgir uma espécie do que alguns autores chamam de “Constituição paralela”. Contudo, esta é plenamente legítima, desde que observados os limites da interpretação constitucional.

Nesse contexto, ocorre, por vezes, a “mutação constitucional”, que nada mais é do que a alteração dessa “Constituição paralela”.

Não se pode, pois, argumentar com a violação das palavras constitucionais. É que estas podem realmente variar, de acordo com a vibração que adquiram em determinado momento histórico, tal como os átomos.

Isso decorre da natureza popular da Constituição e do interesse de que esta se mostre perene, ao longo de um período de tempo bastante longo. Não interessa a constante modificação dos termos constitucionais, sob pena de caracterizar a insegurança e incerteza jurídicas, e de criar certa banalização da Carta Constitucional, que repercutiria, de certo, diretamente em sua eficácia social.

A própria principiologia que caracteriza a Constituição autoriza afirmar que esta requer tal evolução paralela.

É preciso, no momento atual, repensar não apenas alguns vetustos institutos jurídicos, como o da soberania absoluta dos Estados, ou o referente aos limites da revisão constitucional, quebrando, de certa forma, as velhas concepções ultrapassadas pela realidade vigente. De outro lado, merecem igualmente ser revisitados direitos que, ao longo dos anos, a par de seus clássicos conteúdos, estão a merecer que lhes sejam agregados novos sentidos.

Em outras palavras, ao contrário daqueles institutos arcaicos que merecem ser remodelados em sua completude, há uma linha de direitos a que,

ao lado de manter-se intocados no que tange aos atuais conteúdos, mister se faz agregar algumas novas notas, características das atuais sociedades industriais-tecnológicas.

Nesta linha de pensamento encontra-se o direito à liberdade. Todo homem goza da liberdade de ir, vir e permanecer. Eis aí, singelamente expressado, um dos mais seguros e sagrados direitos fundamentais, cujo *habeas corpus* é sua expressão instrumentalizadora.

Contudo, não se pode mais conceber tal direito em limites materiais tão diminutos, numa época em que assegurar o direito de ir e vir, ou mesmo de permanecer, não se confunde com a mera tolerância, ou seja, a não interferência estatal, dantes suficiente. É preciso ir mais longe. O direito a que se refere aqui há de ser dirigido, igualmente, contra os particulares, e não apenas em face do Estado. Mas não é só. O que enriquece de forma assustadora esse direito é a constatação de que o Estado precisa passar a garantir, materialmente falando, a liberdade de locomoção. É por isso que tal liberdade há de alcançar o direito de existência de um transporte público eficiente, assim como o acesso a ele, ainda que não seja gratuito, mas de forma economicamente acessível a todas as camadas sociais.

A não existência de formas de transporte sustentadas ou controladas pelo Estado implica, incontestavelmente, uma forma de cerceamento da liberdade de cada um em se locomover livre e amplamente pelo território nacional.

Ademais, como categoria dos direitos fundamentais do Homem, o não acatamento de referida liberdade por parte do Estado constitui grave ofensa à dignidade do Homem, atualmente erigida, esta última, à categoria de princípio constitucional explícito (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Deixar de oferecer adequado transporte às populações mais carentes, justamente aquelas que habitam a periferia das cidades, que necessitam do transporte público para ter acesso aos centros urbanos, onde trabalham diariamente, é cometer grave violação dos direitos humanos.

De outra parte, também essa nova expressão da liberdade individual de locomoção pode ser dirigida em face da empresa privada, ou dos particulares em geral. É dever dessas empresas assegurar alguma forma de transporte de seus trabalhadores quando, por exemplo, estejam instaladas em local de difícil acesso, não se olvidando que sempre caberá ao Estado sua parcela de responsabilidade.

Da mesma forma ocorre com o direito à informação, que passa a envolver o direito de acesso remoto às informações (via informática ou qual-

quer outro meio equivalente). Trata-se de mais um aspecto da liberdade, a liberdade pública.

A interpretação evolutiva é uma espécie de analogia, e pressupõe a existência de lacunas na concepção original da norma, a serem atualmente enfrentadas.

Referências bibliográficas

- ALLEY, Robert S. *The Constitution & Religion: Leading Supreme Court cases on Church and State*. New York: Prometheus Books, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Vladés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (El Derecho y la Justicia).
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- COX, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei de Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky.
- EDLEY Jr., Christopher. The New American Dilemma: Racional Profiling Post-9/11. In: LEONE, Richard; ANRIG Jr., Greg. *The War on our Freedoms: Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New York: Public Affairs, 2003. Bibliografia: 170-92.
- FALCÃO, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v. 1.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000 (tradução da segunda edição original, 1996).
- HARRIS, Lee. *The Suicide of Reason: Radical Islam's Threat to the West*. New York: Basic Books, 2007.
- JELLINEK, Georg. *La Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1996.
- _____. *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

- McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An Economic Approach to Issues of Religious Freedom. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1. Bibliografia: 1-60.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.
- MIRANDA, Jorge. *As Constituições Portuguesas: de 1822 ao Texto Actual da Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1992.
- _____. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. Tomo IV.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Liberdade Religiosa e Direito de Informação. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. v. II.
- NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2007.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Separação Estado-Igreja e a Tutela dos Direitos Fundamentais de Liberdade Religiosa no Brasil*. Dissertação de Mestrado. USP, 2007. Depto. de Direito do Estado.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Organização e introdução por Leonardo Martins.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- SOUZA, Nuno e. *Liberdade de Imprensa*. Dissertação para exame de Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Política da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. “Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares: Anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 5, p. 205-15, jan./jun. 2005.
- TAVARES, André Ramos. “Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na Perspectiva Constitucional”. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.
- TUSHNET, Mark V. Emergencies and the Idea of Constitutionalism. In: BAKER, Thomas E.; STACK Jr., John E. *At War with Civil Rights & Civil Liberties*. Lanham: Rowman & Littlefield publishers, 2006.