Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 24 – dezembro/janeiro/fevereiro 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

José Sérgio Monte Alegre
Professor de Direito Administrativo da Universidade Tiradentes, em Aracaju/SE. Professor da Escola Superior da Magistratura e da Escola Superior de Advocacia.

1. Tem-se dito a mais não poder que o regime jurídico administrativo se constrói sobre um sistema de princípios dentre os quais sobrelevam em importância o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade desse mesmo interesse. A doutrina impressiona, sobremodo quanto se encarece que esse regime se define tendo em conta prerrogativas da Administração de um lado e direitos dos administrados, de outro. Ainda mais: que tais princípios fundamentam e justificam formidáveis prerrogativas ou privilégios da Administração, com o que se verticaliza a relação a entretecer com os indivíduos, desequilibrando-a em favor daquela.

2. Todavia, **será assim mesmo**? Será que o discurso da dominância desses dois princípios tem a força de subjugar **o princípio da liberdade,** em obséquio do qual está a filiação histórica do Direito Administrativo? Ou será que o princípio de maior realce continua a ser o da **liberdade do indivíduo**, esta sim como expressão da vontade geral formalizada na lei, para a qual todo cidadão-eleitor tem o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, e inspirada no propósito de resguardar a criatura humana contra eventuais desvios de comportamento do Poder Público? Tenho como certo que a questão não é ludicamente

acadêmica, bem ao gosto de quem, já privado do que fazer, resolve dedicar-se ao ócio criativo, celebrizado por Domenico de Massi. Realmente, se suportes primários do regime jurídico-administrativo são aqueles princípios e não este último, então a regra geral a orientar toda a compreensão desse ramo do direito público neles estará substanciada, e a liberdade individual receberá o tratamento de cláusula de exceção. Ao revés, se a liberdade é que assoma ao primeiro plano, então esta é que constituirá a regra geral, e os outros princípios as exceções. E como as exceções se interpretam sempre restritiva e nunca ampliativamente, as repercussões, no direito administrativo, haverão de ser intensas e da maior amplitude.

3. Entretanto, **haverá** este princípio da liberdade? **Onde** encontrá-lo? **Quem** o deve encontrar e revelar? E **como**? Sem dúvida, o princípio existe, é de extração constitucional, e há de ser encontrado e revelado pela doutrina e jurisprudência, sem disputas de primazia, em interrelação, com recurso aos princípios gerais e o concurso de métodos já consagrados de interpretação. Afinal, esta é a atividade comum do homem de leis.

3.1. Vejamos. Da **liberdade** trata, por exemplo, o Preâmbulo da Constituição, dotado de valor normativo. Em seguida, o art.5º, caput, e diversos dos seus incisos, dentre os quais o II, o LXI, e o LXV. Quanto a esses dois últimos, é enfática a doutrina do Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma: "... pois no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, **prevalece o princípio da liberdade..."** (sem o negrito no original, HABEAS CORPUS N. 80.719-4/SP, rel. o Min. Celso de Mello, unânime, no DJU de 28/9/2001). Nessa linha, tem-se que " A **privação cautelar** da liberdade individual **reveste-se** de caráter excepcional, **somente** devendo ser decretada em situações **de absoluta necessidade**. A prisão preventiva, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe** - além da **satisfação** dos **pressupostos** a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente da sua autoria) - que se evidenciem, **com fundamento em base empírica idônea,** razões justificadoras da **imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do indiciado **ou** do réu."

(idem). E logo adiante: "**A prerrogativa jurídica da liberdade** - **que possui extração constitucional** (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem." (HC citado).

3.2. Mais ainda: em estudo anterior (1) escrevi que " É visível, ainda hoje, o nível de comprometimento da Constituição atual com vertentes do pensamento revolucionário francês de 1789, inclusive e sobremodo com aquelas formalizados na Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão. Se não vejamos. 3.1. Está acolhida na Constituição Federal a garantia a brasileiros e estrangeiros residentes no País da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos que enuncia (art. 5º, caput). Ora, o que é isso senão a versão brasileira da fórmula francesa de que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, e que esses direitos são a liberdade, a propriedade e a segurança, ademais da resistência à opressão, este último inexplicavelmente ausente do texto nacional? (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Não é irrelevante que a Constituição brasileira tenha usado a palavra garante, ao invés de outorga, de atribui, de concede; e só se garante o que já existe! Também não é um indiferente jurídico a consagração da separação de Poderes, sob o enunciado clássico (art. 2º). E não será verdadeiro que, para o direito da Revolução, não tinha Constituição a sociedade em que os Poderes não estivessem separados, nem garantidos os direitos naturais da pessoa humana? Pois bem: se é esta a ótica, então o Brasil tem Constituição...3.2. Contudo, há mais. Na Declaração, lê-se: "A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais decada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos a outro homem. **Estes limites não podem ser determinados senão pela lei** " (sem o destaque, no original). Logo adiante: " A lei só tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena". Enquanto isso, na Constituição

Republicana afirma-se que ninguém é obrigado afazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Ou então: " A lei é expressão da vontade de todos. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, que proteja, quer castigue. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, sendo igualmente admissíveis a todas as dignidades, colocações e empregos públicos, segundo suas virtudes e talentos "(Declaração). Quais os seus equivalentes na Constituição Federal? Simples: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, Parágrafo único) e "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."(art. 5º, caput). Prosseguindo, na Declaração está escrito: "Todo homem será julgado inocente até quando for declarado culpado.". Na Constituição: "Ninguém será considerado culpado , até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"(art. 5º, LVII). Outras identidades existem, mas parecem suficientes a que ficaram citadas. 3. Então, a referência à lei, pura e simplesmente, não é bastante para traçar com fidelidade a silhueta do Estado de Direito, no Brasil. Há de se lhe acrescentar outros elementos de informação, resumidos na seguinte fórmula: leis que expressem uma opção fundamental pela prossecução de valores como a intangibilidade da vida humana, da liberdade, da segurança, da propriedade, ademais de obsequiosas à igualdade, e resultantes do exercício da função legislativa, predominantemente exercida pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, exercitado por delegação do titular da soberania, o povo. Isso, obviamente, sem esquecer que no Brasil, o Executivo não apenas se movimenta dentro dos limites que lhe são traçados pelo Legislativo, mas também o faz sob o controle do juiz (art.5º, XXXV, da CF). Aí sim, a expressão Estado de Direito guardará sintonia **material** com a Constituição. Neste ponto, uma primeira conclusão já é possível. No sofisticado esquema de relações entre a autoridade e a liberdade, tudo se resume à cláusula da **proteção da liberdade mediante a interdição do arbítrio do Estado e, dentro deste, do Poder mais perigoso para a cidadania, que é o Executivo**. Aliás, esta a razão de ser do Direito Administrativo, a sua filiação histórica, como rebento legítimo e não bastardo

do Estado de Direito liberal, tal como concebido pela Revolução Francesa. Sob esta perspectiva, a liberdade é a regra e a sua restrição a exceção; e toda exceção se interpreta restritiva e nunca ampliativamente. A propósito, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que matéria de direito estrito não se presume nem comporta interpretação ampliativa (ADIN 724-6/RGS, no DJU de 27/4/2001). Segue-se inclusive que, na dúvida, decide-se em favor da liberdade, à semelhança do que acontece no Direito do Trabalho (na dúvida em favor do miserável) e no Direito Penal (na dúvida em favor do réu). Ou deixou de ser exato que quem nasce livre (e igual em direitos) é o ser humano? Ou que só este é titular de uma liberdade originária, nunca o Estado?..."

4. Acrescento agora: e que essa liberdade originária somente admite limites postos pela lei, como expressão da vontade geral, não sendo por outra razão que a liberdade para o indivíduo significa ausência de proibição legal, enquanto para a Administração traduz necessidade de prévia habilitação por lei. Não é à-toa que **Fritz Fleiner** deixou averbado: "Administração legal , então, é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro dos limites de suas disposições"; e **Seabra Fagundes**, em fórmula feliz, registrou: "Administrar é aplicar a lei de ofício "; e **Cirne Lima,** `a sua vez, resumiu em síntese de rara oportunidade: "Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar a regra de Direito"; e, enfim, o atual **Celso Antônio Bandeira de Mello**: "No Estado de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa"(2). Ademais, essa liberdade tolera somente as restrições proporcionadas às necessidades coletivas a serem atendidas, excluído qualquer excesso, seja no tocante à intensidade da medida restritiva adotada, seja no relativo à sua amplitude. Ou, na fórmula do Código de Procedimento Administrativo do Estado de Sergipe (Lei Complementar 33/96): "A Administração Pública Estadual, no desempenho da função administrativa, reger-se-á pelos princípios gerais: "Art.4º A Administração Pública Estadual, no desempenho da função administrativa, reger-se-á pelos princípios gerais: I ...; VI- da proporcionalidade, significando que, no desempenho da função

administrativa suscetível de agravar a situação jurídica dos administrados, somente se adotarão providências cuja extensão e intensidade sejam indispensáveis para a realização do correspondente interesse público ".

5. A partir daí, ausente o propósito de reanimação de um liberalismo caduco e malsão sob vários aspectos, o que se há de fazer é revisitar o tema. E uma outra conclusão talvez aflore, mais condizente com um Estado Democrático de Direito, cujas raízes mais profundas e mais sadias estão lançadas no ideário revolucionário francês: o **princípio** sobre o qual **se articula** todo o Direito Administrativo continua a ser o **da liberdade do indivíduo**. Tudo quanto a restrinja não é mais senão exceção e como tal há de ser tratada. O que, no pertinente ao tema ora versado, é o mesmo que dizer: é vedado impor restrições à liberdade individual, salvo quando o interesse público **comprovadamente** o exigir, e na exata medida dessa exigência. Enfim, veja-se aí que é o próprio indivíduo, atuando diretamente ou pelos seus representantes eleitos, na forma de lei, que, dispondo sobre si mesmo e as suas conveniências, estabelece limites à sua liberdade. Nessa medida, continua sendo, como já o era antes, livre. E a liberdade, então, aparece como ponto de partida e ponto de chegada da jornada humana sobre a Terra.

.

1 Vertentes Hermenêuticas de Risco, na Revista Trimestral de Direito Público 32/2000, págs. 31 a 36.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ALEGRE, José Sérgio Monte. O Princípio da Liberdade no Âmbito do Direito Administrativo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JOSE-SERGIO-MONTE-ALEGRE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.