

REAFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE, VIGILÂNCIA E DEPURAÇÃO DOS ABUSOS EM CENÁRIOS DE EXCEÇÃO

REAFFIRMATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM, SURVEILLANCE AND DEBUGGING OF ABUSES IN EXCEPTION SCENARIOS

Matheus Lima Pedroso¹

Paulo Henrique de Souza Freitas²

RESUMO

A pesquisa objetiva aferir o real valor constitucional da **liberdade**, sobretudo diante do cenário de pandemia viral ocorrido nos primórdios do século XXI, bem assim verificar o conjunto de normas que estabelecem a responsabilização pelo **cerceamento inconstitucional** desse direito fundamental. Obtempera-se que o direito à liberdade possui um núcleo essencial de aplicação insofismável, ainda que materializado de forma ponderada com outros valores constitucionais aplicáveis a determinado caso específico. Empregou-se o método dedutivo, com pesquisas às fontes referenciadas. Inferiu-se pela **aplicação ponderada** das normas constitucionais atinentes aos valores liberdade e saúde pública, limitando-se um na exata necessidade da consecução do outro.

Palavras-chave: Liberdade. Cerceamento inconstitucional. Aplicação ponderada.

ABSTRACT

The research aims to check the real constitutional value of **freedom**, especially during the viral pandemic scenario that occurred at the beginning of the 21st century, as well as to verify the rules related to the **unconstitutional restriction** of that value. The freedom has an essential nucleus of unquestionable application, even if materialized in a balanced way with other constitutional values applicable. The deductive method was used, with research to the referenced sources. Concluded by the **weighted application** of constitutional norms pertaining to the values of freedom and public health, restricting one in the exact need to achieve the other.

Keywords: Freedom. Unconstitutional restriction. Weighted application.

¹ Mestrando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Advogado; Especialista em Direito Público; Especialista em Tutela Coletiva. E-mail: matheus_pedroso@msn.com

² Bacharel em direito (1989) e mestrado em Direito (2001), ambas pela Instituição Toledo de Ensino - ITE - Bauru e doutorado em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Atualmente é professor da Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru; professor da Escola Superior de Advocacia da Ordem do Advogados do Brasil (OAB - SP); sócio do escritório de advocacia Freitas, Martinho, Advogados; professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - (FUNDINOPI); professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO); professor do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e professor das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, Civil, Internacional e Tributário. E-mail: paulo.freitas@freitasmartinho.adv.br

1 INTRODUÇÃO

A princípio, evidencia-se que a intenção nuclear do presente trabalho é reafirmar o direito fundamental à liberdade, isso no atual contexto ora compreendido como os primórdios do século XXI. Longe de se contrapor às políticas públicas de saúde pública – necessárias –, cuida-se de se demonstrar que as normas constitucionais liberdade e saúde pública podem coexistir em todo e qualquer cenário constitucional. Trata-se de uma exaltação ao valor liberdade, proclamando-se sua indisponibilidade constitucional, seja diante de abusos legais, administrativos ou judiciais.

O contexto vigente nos revela um grande desafio jurídico: uma pandemia viral. Essa pesquisa parte do pressuposto de que todas as medidas necessárias para se melhorar a saúde pública devem ser realizadas porém não há subterfúgio possível capaz de empecer a liberdade completamente. Ambos os valores mencionados – saúde pública e liberdade – exigem ser aplicados a todos e defronte a quaisquer percalços.

Essa pesquisa tem como objeto o estudo do valor constitucional da liberdade e a explicitação de que essa condição exige uma vigilância perene, sobretudo na atual conjuntura. De igual modo, também é objeto da presente pesquisa a moldura do hodierno regime jurídico da responsabilização pelo cerceamento inconstitucional da liberdade.

O presente artigo científico, de caráter explicativo e multimodal, foi produzido por meio do procedimento lógico-dedutivo. Empregou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica da doutrina jurídica e documental da legislação e jurisprudência existentes sobre o tema. A abordagem foi qualitativa sobre as fontes primárias e secundárias citadas e o acesso aos materiais ocorreu de forma física e/ou digital, conforme referenciado. As pesquisas foram realizadas com consultas a livros, revistas, artigos, publicações periódicas e notícias.

A presente composição divide-se em três partes essenciais. Inicialmente, a liberdade será verificada enquanto valor constitucional com uma brevíssima exposição de suas bases históricas em âmbito externo e interno, seguida dos fundamentos constitucionais presentes na Magna Carta brasileira promulgada em 1.988. Em um segundo passo, pretende-se apresentar a necessidade de vigilância desse valor constitucional, trazendo exemplos pontuais do corrente cenário de abusos que ameaça concretamente a liberdade e a legitimidade das instituições à frente de tais desafios. Em um terceiro momento, estabelecer-se-á o conjunto de

normas aplicáveis aos fatos que ofendam a liberdade, com vistas à pertinente depuração e subsistência desse preceito constitucional.

2 O VALOR CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

A liberdade é um valor ínsito à condição humana consagrado como um dos direitos mais nobres do homem. Pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 ela foi festejada e se corporificou através de diversas nuances. Ela incide nos aspectos filosóficos, religiosos, políticos, econômicos, etc. Ela se espraia desde a simples liberdade de locomoção – de ir e vir – até a vedação de arbitrariedade estatal, inibindo prisões ilegais.

A partir dos direitos Hebreu, Grego e Romano, a liberdade foi tida como um axioma sempre presente nos ordenamentos jurídicos. Destarte, foi o fundamento do primeiro documento escrito de direitos em sentido moderno, a *Magna Charta* inglesa, que pretendeu reconhecer a limitação do poder do monarca, até então absoluto.

Num passo seguinte, com os movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês, impulsionados por suas respectivas revoluções liberais, a partir do século XVIII, a liberdade foi marcada na história como um direito fundamental de primeira dimensão, dando vida aos direitos civis e políticos. Foi a precursora dos direitos sociais do início do século XX, voltados ao valor igualdade e, contemporaneamente, dos direitos de acesso à justiça e metaindividuais, ligados à solidariedade.

No Brasil, confere-se notoriedade à liberdade desde a Constituição Imperial de 1.824, que a reconhecia amplamente. Logo no artigo primeiro ficou definido que a nação é livre pois “*O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre (...)*”. Do mesmo modo, o rol de direitos e garantias fundamentais trazidos pelo artigo 179 da Constituição Imperial, embrião do atual artigo 5º da Constituição Republicana de 1.988, reconheceu a inviolabilidade da liberdade dos brasileiros, tanto no *caput* quanto nos incisos que formam o catálogo. Ao ensejo, cabe destacar que a liberdade independe da forma da Constituição, pois vigora mesmo nas Constituições não escritas (BRITO & OLIVEIRA, 2009, p. 12).

Atualmente, a Constituição estabelece que a liberdade poderá ser restringida no caso de aplicação de pena, desde que atendido o devido processo legal. Porém, a Norma Maior também determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Como meio para se garantir esse direito, instituiu a excepcionalidade da

prisão processual e a garantia de se impetrar Habeas Corpus, além da possibilidade de impetração de Mandado de Injunção no caso de ausência de regulamentação das liberdades.

Deste modo, o atual regime constitucional aprova a liberdade em diversos contextos, instituindo um verdadeiro Estado de Direito cujos cidadãos são livres. Esse valor é considerado tão importante pela Constituição que a imposição de restrições a ele somente pode ocorrer pela via constitucional. Essa afirmativa se extrai do próprio sistema de crises instituído pela Constituição. Somente através da instituição do Estado de Defesa ou da declaração de Estado de Sítio vários aspectos da liberdade poderão ser restringidos, a exemplo da liberdade de reunião, da permanência em localidade determinada, da detenção em edifícios não destinados a averiguados por crime comum, dentre outras.

Não se desconsidera, contudo, que, além do regime constitucional e por força dele, a liberdade é exercida nos limites da lei. Numa face está a liberdade e na outra a legalidade. Por isso, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (5º, II, CF). Essa ambivalência entre a liberdade e a igualdade verdadeiramente mantém a sociedade e constitui o Estado de Direito, o que necessita ser assegurado dia a dia.

Cabe consignar que a legalidade é mais restrita para o Estado: cabe ao particular fazer tudo que a lei não veda e cabe ao executor público fazer somente o que a lei manda. Os legisladores, administradores e juízes devem pautar a sua conduta pública, a todo momento, pelo que determina a lei. Não cabe exercício de poder estatal fora dos parâmetros legais. Da mesma forma que o administrador não pode executar o orçamento fora das balizas legais, não pode o juiz deixar de aplicar o que está escrito na lei, ressaltando-se o exercício do controle de constitucionalidade, porque autorizado pela própria Constituição.

Unicamente pelo exercício da liberdade e da legalidade a igualdade florescerá. A história já nos mostrou que a igualdade emergiu posteriormente à liberdade, significando que somente o povo livre é capaz de exigir e conceder os direitos sociais. Nesse sentido, assim como a liberdade, a igualdade também é amplamente festejada pela Constituição de 1.988: o valor igualdade é garantido a todos os brasileiros, inclusive entre homens e mulheres; um dos objetivos do Brasil é a erradicação das desigualdades sociais e regionais; e, no âmbito internacional, ela é exigida entre os Estados independentes.

Nesse tema, cabe salientar que a divisão em igualdade “formal” e “material” é uma criação doutrinária, sendo a primeira a igualdade propriamente dita e a segunda um discrimen em razão de motivo considerado legítimo por aquele que o determina. A nosso ver, a

“igualdade material” não seria uma espécie do gênero igualdade mas sim exceção a ela, afinal nada mais é do que uma discriminação considerada legítima. E a aplicação desenfreada da referida tese em detrimento da verdadeira igualdade pode levar que o Estado tome para si o controle do desenvolvimento social em seus vários aspectos (muitas vezes levando-a a caminhos tortuosos), de modo a violar a liberdade social de determinada nação, retirando-lhe a possibilidade do próprio desenvolvimento filosófico, religioso, econômico e cultural.

Quanto ao valor igualdade e a construção doutrinária do *discrímén*, ilustra-se:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (MELLO, 2004, p. 22).

Embora a liberdade seja uma norma fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a máxima jurídica de que não há valor absoluto no direito positivo, ela também não é assim considerada. Porém, como sopesado alhures, sua limitação fica a mercê, primeiro, das próprias normas constitucionais que regulam os Estados de Exceção e, segundo, do princípio da legalidade. E enquanto norma constitucional principiológica que se irradia sob todo o ordenamento, o único caminho para a restrição num dado caso específico é através da ponderação com os eventuais princípios conflitantes.

Desta forma, se, por exemplo, os princípios liberdade e saúde pública estiverem em conflito, considerando o grau constitucional da problemática, deveriam ser ponderados, de modo a ambos serem aplicados, prevalecendo ora um ora outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que a liberdade não pode ser totalmente suprimida em nome da saúde pública – pois ambos são valores constitucionais –, embora possa ser restringida nos exatos moldes constitucionais e na forma da lei.

Nessa toada, a restrição legislativa deve coadunar com o que está previsto constitucionalmente, isto é, a minoração deveria se limitar ao que é previsto para os Estados de Exceção; a restrição executiva poderia ocorrer somente se calcada na lei e deveria respeitar todos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição; e, a restrição judicial deve se circunscrever aos limites do que é necessário para se prestigiar o outro valor em ponderação, no caso a saúde pública.

Também é parâmetro a se considerar a competência constitucional. Diante da necessidade de ponderação da liberdade em detrimento de outros valores constitucionais, por

mais que a situação seja extrema, a separação dos poderes e as competências constitucionais não podem ser extintas, ainda que episodicamente. Desse modo, as entidades locais não têm o poder de restringir a liberdade fora dos parâmetros comuns previstos na Constituição sem antes a União declarar um Estado de Exceção ou sem antes um caso concreto ter passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa no Judiciário.

A liberdade é um valor constitucional e assim deve ser tratado. Uma norma definidora de direitos fundamentais, a exemplo da liberdade, possui aplicação imediata. Isso significa que a aplicação da liberdade independe de qualquer medida legislativa, executiva ou judicial do Estado brasileiro. O direito à liberdade não é concedido pelo Estado mas sim pela própria Constituição. Além disso, mesmo em conflito com outros valores, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível de aplicação imediata, podendo ser restringida somente por autorização da própria Constituição.

Portanto, a liberdade, um valor ínsito à condição humana consagrado como um dos direitos mais nobres do homem, é amplamente garantida pela atual Constituição brasileira, resultado do esforço histórico de sua defesa e vigilância. E como um direito fundamental de extrema importância, somente pode ser restringida pela própria Constituição que a estabelece, de modo que o seu núcleo imutável fundamenta o Estado de Direito e a dignidade própria dos homens componentes de uma nação livre.

3 A VIGILÂNCIA CONSTANTE À LIBERDADE

Ainda que a liberdade se constitua como um anseio latente da condição humana e esteja amplamente reconhecida na Constituição, ela exige um esforço de vigilância dia a dia. O Estado é um meio farto para o cometimento de restrições indevidas à liberdade, sobretudo sob o arraigo de situações excepcionais. Não raras as vezes testemunhamos perante a história situações de vilipêndio desse nobre valor.

Convém ilustrar com o histórico discurso de *John Philpot Curran* (1.750 – 1.817), compilado por *Thomas Davis* em obra datada de 1.847, a preocupação quanto à liberdade:

É o destino comum do indolente ver seus direitos se tornarem presa do ativo. A condição sob a qual Deus deu liberdade ao homem é a vigilância eterna; condição que se ele quebrar, a servidão é ao mesmo tempo a consequência de seu crime e o castigo de sua culpa (CURRAN, 1.790, tradução nossa).

Por mais que rotineiramente observemos discursos aparentemente favoráveis a ela – nas mídias e nos parlamentos –, durante o ano de 2.020 pudemos constatar a sua fragilidade

em escala mundial, mas com muito mais intensidade na República Brasileira. Ficamos atônitos diante de notícias que revelaram a banalização da relativização da liberdade; máxime das de locomoção, de reunião e de comércio; e a ocorrência de prisões arbitrárias e violentas. Tudo isso em nome da “saúde pública” com vistas a se evitar a propagação de um novo vírus.

Por óbvio, não nos descuramos da gravidade do atual contexto pandêmico, na esteira de que devem existir políticas públicas sanitárias inteligentes para a resolução dessa questão. Mas o que destacamos é a absoluta inconstitucionalidade de supressões incomedidas e arbitrárias da liberdade. Referimo-nos aqui às medidas draconianas que solapam-na e em nada verdadeiramente ajudam na resolução da questão de saúde pública. As políticas de saúde equilibradas necessitam existir, mas o respeito às liberdades constitucionais é fundamental.

Há notícia no sentido de que uma mulher foi imobilizada no chão por 4 (quatro) homens guardas municipais e presa pelo simples fato de caminhar e permanecer em uma praça pública. Também consta que um homem foi atingido por uma *arma de choque* e molestado por 6 (seis) guardas municipais pelo motivo de não estar usando *máscara*, sendo que, durante o ato, ao que se vê no vídeo amplamente divulgado, ele adrede estava trajando a vestimenta. Do mesmo modo, foi divulgado que diversos guardas municipais adentraram um apartamento privado porque ali estaria sendo realizada uma reunião de pessoas, algemando a organizadora do evento em sua cama e a levando para a delegacia.

Guardas municipais prendendo pessoas – com o uso de imobilização pelo pescoço, *armas de choque* e algemas – em espaços públicos e dentro de suas casas, por não estarem utilizando *máscara* ou por estarem se reunindo, isso embasado em decretos municipais que restringem a liberdade. Tais fatos, muitas vezes aplaudidos pelos “figurões” da mídia policial e endossados pelos juízes incautos, são inadmissíveis num verdadeiro Estado de Direito.

Cabe retomarmos que a liberdade é estabelecida no texto constitucional em diversas nuances. E enquanto norma constitucional principiológica, impende sempre prevalecer, isto é: ainda que ponderada com outros valores constitucionais, ela necessita ser aplicada no caso concreto. No caso em tela, tratando-se de aplicação conjunta com o valor saúde pública, nada justifica medidas inconstitucionais como a supressão das liberdades de locomoção (nominada de “toque de recolher” ou “lockdown”), de reunião (vedando-se a abertura de igrejas e associações) e de comércio (proibindo-se as indústrias e empresas). Assim como nada justifica a utilização de *armas de choque* e imobilização pelo pescoço em razão da falta de *máscara*

ou pelo exercício do direito de reunião; sem falar no desvio de finalidade da guarda municipal, quem é responsável por cuidar do patrimônio público e não das condutas de indivíduos.

Por outras palavras, medidas que restrinjam indevidamente a liberdade estabelecida constitucionalmente, como as ilustradas, não possuem fundamento idôneo. Primeiro, os atos administrativos devem ser realizados respeitando-se todos os direitos e garantias fundamentais. Segundo, nenhuma legislação pode suplantiar a Constituição de forma que o núcleo da norma é intangível. A Constituição não permite leis tendentes a extinguir as liberdades de locomoção, de reunião ou de comércio legal, assim como não permite que a os cidadãos sejam presos pelo exercício de tais liberdade. É possível se estabelecer restrição – e não supressão –, mas desde que não ultrapasse a prevista para os Regimes de Exceção.

A atual Constituição brasileira somente aceita a prisão decorrente do cometimento de crime, de transgressão militar ou de violação injustificada de obrigação civil alimentícia. Nesse sentido, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e instituir novos crimes. É absolutamente temerário que os órgãos e aparatos de segurança pública sejam instados a prender o indivíduo pelo simples fato de estar fora de sua casa, estar se reunindo ou estar realizando atividade empresarial, assim como sejam instados a prender o cidadão que por deseducação ou convicção esteja frequentando bens públicos de uso comum ou não se submeta à utilização de *álcool em gel* ou *máscara*. A medida correta deveria ser a educação e a informação, assim como eventual sanção deveria ocorrer na esfera administrativa.

Neste ínterim, a utilização pela Guarda Municipal de instrumentos deletérios como algemas, *armas de choque* (ou *teaser*) e *armas de fogo* é uma situação inconstitucional. A finalidade da Guarda Municipal é zelar pelo patrimônio municipal e não investigar e reprimir crimes, tampouco prender em flagrante. Ocorrendo alguma ilegalidade passível de apuração criminal, a Guarda Municipal deve entrar em contato com a Polícia, instituição responsável e capacitada para tais circunstâncias.

Infelizmente, hodiernamente é muito comum no Brasil que atos normativos de todo gênero valham mais do que a própria Norma Maior. Quando os indivíduos se deparam com situações evidentemente à margem da Constituição geradas pelo Estado, logo o burocrata acaba por dizer “mas está na portaria ‘x’, ‘y’, ‘z’...”. Exemplo disso é o que está ocorrendo pelos decretos municipais atuais sobre o contexto pandêmico. Ao invés de estabelecerem diretrizes de saúde pública para conter e resolver a questão, os decretos acabam por instituir Regimes de Exceção mais severos do que os previstos constitucionalmente, isto é, com maiores

restrições a direitos fundamentais. Pequenos e grandes ditadores aproveitam-se da grave situação de saúde pública para praticar agressões e arbitrariedades a esmo. É importante notar que o direito à liberdade é de relevância sublime, podendo se dizer que é inato à natureza humana e historicamente já se constituiu como o estopim para diversas rupturas e revoluções.

O papel do Ministério Público é de especial destaque nesse tema, ao lado das entidades federativas que reconheçam e respeitem a liberdade, bem assim ao lado das associações e autoridades legitimadas para agir e com consciência para falar em nome do povo e tratá-lo como se deve. As instituições e autoridades devem ter a capacidade de reconhecer a sensibilidade do véu que cobre o espírito da sociedade cosido com as linhas dos direitos fundamentais, pois somente assim o povo permanecerá unido e esperançoso.

De forma perigosa, vários administradores, legisladores e juízes contemporâneos estabelecem supressões e restrições a liberdades de forma indevida, sem notar que tudo está sendo registrado pelos olhos fleumáticos do povo e será requisitado pela história no momento oportuno. Desde o início deste percalço de saúde pública, o ideal seria o equilíbrio: medidas inteligentes. Porém, muitos optaram por seguir o caminho mais fácil e tortuoso: a supressão de liberdades e agressões a direitos básicos.

O caminho correto é o respeito ao Estado de Direito, inclusive para se evitar um desgaste irreversível do plexo constitucional. A Constituição entremostra o caminho do equilíbrio quando estabelece um regime jurídico de regras e princípios, haja vista no caso de antinomia entre princípios o que se deve realizar é a ponderação das normas. E essa técnica implica manter tanto o valor segurança pública quanto o valor liberdade. Busca-se o meio termo: limitação da liberdade nos exatos lindes do necessário para a segurança pública (inexiste espaço para supressão). Não há fórmula fácil, mas seria possível dizer que, em geral, nada deveria ter sido interrompido abruptamente, assim como tudo deveria ter sido restringido, reservando-se a gestação e fiscalização a rigor na seara administrativa.

Isso porque as liberdades de locomoção, de reunião e de comércio estão previstas na Constituição e elas devem coexistir na forma devida com o valor saúde pública, haja vista possuem núcleos insuscetíveis de supressão ou extinção. Isso implica na necessidade de pujantes esforços na materialização de políticas públicas de saúde, a exemplo de aumento de pessoal, de material, de financiamento sanitário, bem assim na conscientização e educação do povo nas questões de saúde pública.

Por conseguinte, a liberdade exige uma perene vigilância, a todo momento, para que ela não nos seja retirada. E essa dedicação nos requer a parcimônia e tranquilidade a fim de que seja possível a distinção e clareza do que é liberdade e do que é o exercício legítimo da legalidade. Havendo dúvida, a Constituição deve prevalecer, e ela adrede indica o caminho da ponderação e do equilíbrio, fazendo emergir os valores necessários para a dignidade da condição humana, dentre eles, o nobre valor da liberdade.

4 O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO CERCEAMENTO INCONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

Enquanto valor merecedor de vigilância constante, o cerceamento da liberdade realizado fora dos limites constitucionais gera responsabilização aos agressores e mandantes. A norma constitucional que estabelece um direito fundamental possui aplicação imediata de modo que o seu núcleo vigora de forma inexorável, garantindo o direito por si só, obstando qualquer entrave estatal, com punição a eventuais transgressores.

No que tange às prisões ilegais e desvios de finalidade e de competência, a Lei de Improbidade pune civilmente os agentes públicos que, por ação ou omissão, atentem contra os princípios da administração pública, independentemente de dano ao erário. Um desses princípios é a legalidade estrita, a qual, tratando-se da medida da liberdade na relação público-privada, não pode ser exercida de modo a violar os direitos mais básicos dos cidadãos com prisões violentas e infundadas. Os abusos nas prisões podem se caracterizar como ato de improbidade por desrespeito ao princípio da legalidade administrativa e devem derivar a seus agentes as penas previstas em lei.

Do mesmo modo, a legislação criminal dispõe que é crime adentrar imóvel alheio à revelia da vontade do ocupante, sem determinação judicial ou fora das condições legais, bem assim é crime praticar lesão corporal no exercício de atividade policial, arcando o executor e o mandante; e, ao fim, tipifica a decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Desta forma, o excesso em prisões está descrito na legislação como crime, desde que apurada a culpa após devido processo legal.

Além das responsabilizações por ato de improbidade e pelo cometimento de crime, os agentes que praticarem os atos de abuso ficam sujeitos ao ressarcimento pelos danos civis. Assim o é se o dano for provado através de demanda cível ou através da própria ação

penal, seguindo-se o procedimento da ação civil *ex delicto*. Vale anotar, a prescrição civil inicia-se somente após o trânsito em julgado do processo penal.

Destarte, a infração civil e criminal certamente também dão azo à caracterização de infração disciplinar, na forma do estatuto aplicável conforme a esfera federativa do servidor. Por exemplo, no âmbito federal é causa de demissão a ofensa física praticada contra o particular. No que tange aos mandantes Chefes de Poder, geralmente a responsabilização disciplinar se confunde com a responsabilização política.

Sobre a responsabilização política, são infrações político-administrativas de prefeitos a prática de ato contra expressa disposição de lei e o proceder de modo incompatível com a dignidade do cargo. Ao ordenar que subordinados exerçam prisões manifestamente ilegais ou sem fundamento, os prefeitos estão sujeitos a processo de impedimento e podem ter o seu mandato cassado como responsabilização política. Os Governadores e o Presidente da República, assim como os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República também estão sujeitos ao impedimento, na forma e gradação previstas em lei.

Deste modo, imaginemos que o Governador dê uma ordem à polícia militar para que realize prisões de cidadãos pelo fato de não estarem em sua residência, de não estarem usando *máscara* ou *álcool em gel*, de estarem se reunindo dentro de suas casas – ou em igrejas, sinagogas, mesquitas ou lojas –; ou, por estarem praticando o comércio. Ordena ainda que essas prisões sejam realizadas de forma ostensiva, inclusive com a utilização de armamento e algemas, na expectativa de se garantir um bom destaque midiático. Ou imaginemos que o Prefeito mande a guarda municipal realizar os mesmos atos.

Consideramos tais ilustrações um cerceamento inconstitucional da liberdade, passíveis de responsabilização civil, criminal, administrativa e política. Os mandantes – Governadores e Prefeitos – e os executores – Policiais e Guardas – devem responder na forma legal, podendo ser responsabilizados por improbidade, infração criminal e infração disciplinar.

De outro norte, quanto às restrições gerais às liberdades de locomoção, de reunião e de comércio, as esferas de responsabilização pelo cerceamento inconstitucional da liberdade também incidem. Contudo, geralmente tais abusos são amparados em normas inconstitucionais, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade torna-se necessária.

O controle de constitucionalidade concentrado seria exercido em nome da liberdade, pelos legitimados constitucionalmente previstos, cuja eficácia da decisão seria *erga omnes*. A inconstitucionalidade das normas poderia ser evidenciada pela circunstância de que a

restrição à liberdade não é admitida nesse nível nem nos Regimes de Exceção, então como ela poderia ser admitida num regime normal, mesmo diante da vultuosa excepcionalidade de saúde pública. Como dito, não há outro caminho senão a ponderação nos exatos lindes da necessidade de se manter a saúde pública. E isso deve ser realizado através de políticas públicas sanitárias e medidas restritivas (e não supressivas), resolúveis e sancionadas na esfera administrativa.

Neste ínterim, é possível que a própria situação seja declarada inconstitucional (é uma das hipóteses de inconstitucionalidade sem nulidade de norma), através da atuação do Procurador-Geral da República ou de um legitimado paralelo no âmbito estadual ao ingressarem com uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Interventiva por ofensa ao princípio sensível liberdade. Após a declaração da situação inconstitucional, o Chefe do Executivo será comunicado e procederá a intervenção.

Além disso, à vista de ofensas inconstitucionais à liberdade, o indivíduo possui à sua disposição instrumentos de controle interno e a tutela inafastável do Judiciário. Poderá se valer de ações ordinárias para depurar as ofensas sofridas diante de um ilícito civil e levar a conhecimento dos órgãos competentes uma infração penal ou disciplinar. Outrossim, conta com a possibilidade dos remédios constitucionais, mormente do Mandado de Segurança para assegurar o direito líquido e certo às liberdades de locomoção, de reunião e de comércio, uma vez que cabe ao Estado providenciar os meios materiais das liberdades fundamentais (CAMBI, 2020, p. 299).

Neste diapasão, um dos meios mais efetivos de se resguardar a liberdade ocorre pela tutela coletiva. Os legitimados: entes federativos, associações, Defensoria Pública e o Ministério Público devem velar pela liberdade, sem excluir a hipótese de legitimidade popular do cidadão. As liberdades constituem-se como um interesse metaindividual básico, de modo que é plenamente possível que o legitimado pleiteie o exercício do direito de comércio ou de reunião de um dado grupo, classe ou categoria de pessoas, resolvendo-se na demanda, se o caso, a ponderação com outros valores constitucionais como a saúde pública.

E diante das leis que ofendam a norma constitucional liberdade ou as competências constitucionalmente estabelecidas, admite-se o controle difuso realizado por meio da tutela coletiva. Cabe anotar, caso a decisão suprima totalmente os efeitos da lei objeto do controle, admite-se a modulação dos efeitos temporais do provimento para que ele não retire a lei

totalmente do ordenamento jurídico (PEDROSO, 2019, p. 7). Assim, as normas inconstitucionais por ofensa às liberdades podem ser objeto de controle na tutela coletiva.

Imaginemos uma lei que estabeleça a supressão do direito de locomoção durante um dia, uma semana ou horas. Admitir-se-ia na hipótese, para além dos instrumentos de controle concentrado e da ação interventiva, o controle difuso de constitucionalidade pela tutela coletiva para que a lei inconstitucional não constituísse um óbice para o direito à liberdade dos cidadãos de uma determinada região.

De mais a mais, as políticas públicas de saúde e de segurança públicas coadunam com a tutela coletiva. O controle de políticas públicas pelas ações coletivas servem para anular o ato administrativo ilegal ou declarar a omissão executiva diante de uma lei. Deste modo, os legitimados podem trazer à luz os verdadeiros entraves que circundam a atribuição de saúde pública corrente, procurando resolvê-los de acordo com um “processo estrutural”.

Significa dizer, através da tutela coletiva poderiam ser requisitados mais leitos em hospitais, mais investimento à área de saúde, mais material e mão de obra hospitalar. Nessa senda, seria possível a fiscalização se tais materiais estão sendo bem empreendidos no sistema de saúde e se as verbas direcionadas a ele estão sendo efetivamente aplicadas. Caberia ainda a cobrança de campanhas de conscientização popular embasadas em estudos realizados pelos órgãos estatais competentes (e não pela parcela da mídia sedenta por notícias funestas).

Sobre a possibilidade de controle judicial das políticas públicas:

A existência de 3 poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário não impede a apreciação judicial de ato administrativo executivo ou legislativo. Isso não quebra o sistema de tripartição de poderes, mesmo porque o mais adequado é a divisão de funções entre os órgãos públicos, para melhor desempenho das atividades estatais, sem que possa ser erigida a sistemática em exclusão de controle entre os órgãos, porque os controles recíprocos são próprios da atividade estatal. A separação e harmonia entre os poderes não são óbices para o acesso à justiça, especialmente porque há interdependência no exercício da função pública (SANTIN, 2013, p. 138).

De igual modo, também caberia a postulação para que o poder de polícia voltado a fazer cumprir a “legislação de pandemia” fosse feito de forma correta, isto é, respeitando-se as liberdades previstas constitucionalmente. Afinal, não é demais repetir, a liberdade necessita concomitar diante de qualquer co-princípio posto à sopesagem, na forma como orienta a técnica de ponderação para a resolução de antinomias principiológicas.

Infere-se, a liberdade exige que seja aplicada nos limites constitucionais, sob pena de controle administrativo e judicial, responsabilizando-se os agressores e mandantes no caso de tolhimento inconstitucional. A aplicação imediata de seu núcleo intangível garante a puni-

ção dos transgressores. Pois somente com a vigilância constante da liberdade pelo regime jurídico de responsabilização no caso de cerceamento inconstitucional esse nobre apanágio será plenamente realizado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual, compreendido como os primórdios do século XXI, ante o lúgubre episódio de pandemia viral, evidencia a necessidade de se reafirmar o direito fundamental à liberdade. Mais uma vez, não se trata de se contrapor às políticas públicas sanitárias – necessárias –, mas sim de se explicitar que as regras e princípios constitucionais relacionados com a liberdade e com a saúde pública podem – e devem – coexistir, em toda e qualquer situação: não há espaço para a supressão desses princípios constitucionais. Por isso, conclama-se o resgate da liberdade em razão de sua inexorabilidade constitucional.

A norma constitucional que estabelece o direito fundamental à liberdade detém um núcleo intangível, capaz de produzir eficácia por si só, independentemente de regulamentação infraconstitucional ou atuação estatal. Eventual restrição de eficácia poderia ser realizada somente pela própria Constituição, que não o faz, senão nos regimes excepcionais ou pelos limites da legalidade, a qual deve ser exercida respeitando-se as demais normas constitucionais. Com efeito, a aplicação da norma definidora da liberdade é imediata, isto é, acima da atividade legislativa, de medidas executivas ou de restrições judiciais.

A liberdade exige vigilância constante, sobretudo em contextos atípicos como o atual, propícios a que ela seja transgredida. Prisões ilegais, desvios de finalidade e de competência, supressão indevida das liberdades de locomoção, de reunião e de comércio são exemplos de agressões verificadas, tomadas em nome de medidas de saúde pública. Por único caminho, temos o indicado pela Norma Maior: a ponderação de valores constitucionais. Isto é, tanto a segurança pública quanto a liberdade devem prevalecer no caso concreto. A liberdade será restringida nos exatos lindes do necessário para a segurança pública, não havendo espaço para supressão de liberdades ou medidas violentas. Ao invés de agressões como as referidas, a resolução do atual cenário passa pelo investimento e fiscalização na área da saúde, educação e conscientização da população das medidas sanitárias e policiamento administrativo.

O ordenamento jurídico adrede estabelece um regime jurídico aplicável no caso de cerceamento inconstitucional à liberdade. As normas que estabelecem a depuração de fatos

lesivos a esse direito fundamental, inclusive com a punição dos mandantes e dos executores, nos parece ser a melhor e a única saída para conferir plenitude a esse preceito.

Infere-se, as normas constitucionais atinentes aos valores liberdade e saúde pública não são contraditórias, porquanto podem ser efetivadas mutuamente de forma equilibrada e razoável. Diante disso, vimos reafirmar nos primórdios do século XXI o direito fundamental à liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1.988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.001 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429 de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.869 de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.112 de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.027 de 1990**. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18027.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 201 de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 1.079 de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.562 de 2011**. Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1. DOU de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRITO, Jaime Domingues. OLIVEIRA, Flávio Luis de. **A convergência do sistema da *civil law* ao da *common law* e a concretização dos direitos**. Revista Intertemas, ISSN 1516-8158, Presidente Prudente-SP, v. 3, 2009.

CAMBI, Eduardo. 3ª ed., **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CURRAN, John Philpot. **Speech before the Privy Council**. July, 10, 1790. In DAVIS, Thomas. **The Speeches of the Right Honorable John Philpot Curran**, pp. 94–95, 1847.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 3ª ed., **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Notícia. Guarda usa arma de choque em homem que se recusou a usar máscara. **Poder 360**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/coronavirus/guarda-usa-arma-de-choque-em-homem-que-se-recusou-a-usar-mascara-assista>>. Vídeo do fato. **Youtube**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WukhMTduFfo>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

Notícia. Mulher é detida com violência no interior de SP após descumprir decreto de isolamento social. **JornaldaRecord**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=058wg-XLDqY>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

Notícia. Bailarina ameaça processar Governo de SC após ser presa. **Uol**. Disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/celebridades/bailarina-ameaca-processar-governo-de-sc-apos-ser-presa-tratada-igual-um-animal-39568>>. Vídeo do fato. **Youtube**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0drVblPNBB0>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

Notícia. “Saí para buscar meus filhos”, diz homem preso no domingo. **Gaz**. Disponível em: <http://www.gaz.com.br/conteudos/policia/2021/03/09/177424-sai_para_buscar_meus_filhos_diz_homem_preso_no_domingo.html.php>. Acesso em: 3 abr. 2021.

Notícia. Homem é preso por desrespeitar toque de recolher em Nova Mutum-MT. **PowerMix**. Disponível em: <<https://www.powermix.com.br/policia/homem-e-presos-por-desrespeitar-toque-de-recolher-em-nova-mutum-mt/14796>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

PEDROSO, Matheus Lima. **A responsabilização pelo cerceamento inconstitucional da liberdade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina-PI, ano 25, n. 6260, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84791>. Acesso em: 3 abr. 2021.

PEDROSO, Matheus Lima. **A supremacia constitucional por meio da tutela coletiva**. 2019. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Tutela Coletiva) – Disponível na biblioteca da Faculdade Unyleya-SP.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

Submetido em 18.08.2021

Aceito em 04.12.2022