

# TEORIA JURÍDICA DA LIBERDADE



CONTRACORRENTE

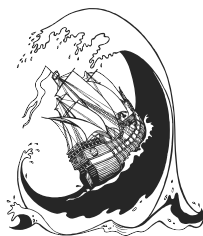


RICARDO MARCONDES MARTINS

TEORIA JURÍDICA  
DA  
LIBERDADE

São Paulo

2015



CONTRACORRENTE

**Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE**

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar  
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000  
www.editoracontracorrente.com.br  
contato@editoracontracorrente.com.br

**Editores**

Camila Almeida Janela Valim  
Gustavo Marinho de Carvalho  
Rafael Valim

**Conselho Editorial**

Augusto Neves Dal Pozzo  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Daniel Wunder Hachem  
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Emerson Gabardo  
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Gilberto Bercovici  
(Universidade de São Paulo - USP)

Heleno Taveira Torres  
(Universidade de São Paulo - USP)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
(Universidade de La Coruña – Espanha)

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono  
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)

Pedro Serrano  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Silvio Luís Ferreira da Rocha  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

**Equipe editorial**

Cristina Freitas (revisão)  
Denise Dearo (design gráfico)  
Mariela Santos Valim (capa)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

M3867 Martins, Ricardo Marcondes.

Teoria Jurídica da Liberdade | Ricardo Marcondes Martins – São Paulo, Editora Contracorrente, 2015.

ISBN: 978-8569220-01-5

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Teoria jurídica da liberdade. 4. Filosofia do Direito.  
5. Política. 6. Direito Administrativo. 7. Direito Constitucional. I. Título.

---

CDU - 342.7

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO DA BIBLIOTECA DE DIREITO ADMINISTRATIVO NEOCONSTITUCIONAL</b> .....	9
<b>PREFÁCIO</b> .....	11
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I – ARQUÉTIPO OU DETERMINAÇÃO NORMATIVA?</b> .....	19
1. INTROITO .....	19
2. LIBERDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO .....	20
3. ONTOLOGIA DA LIBERDADE.....	29
4. SER E DEVER-SER .....	31
5. LIBERDADE JURÍDICA .....	35
<b>CAPÍTULO II – SENTIDO DO ESPAÇO PRIVADO</b> .....	37
1. INTROITO .....	37
2. CONCEITO LÓGICO DE LIBERDADE.....	38
3. ESTRUTURA DA LIBERDADE.....	44
4. AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA.....	48
5. DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE.....	59

6. FUNÇÃO SOCIAL.....	75
7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESPAÇO PRIVADO .....	81
<b>CAPÍTULO III – SOBERANIA .....</b>	<b>99</b>
1. INTROITO .....	99
2. CONCEITO ANTIGO E MODERNO.....	100
3. FUNÇÃO PÚBLICA E LIBERDADE.....	106
4. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO .....	123
5. MORALIDADE .....	131
6. LIBERDADE EFETIVA.....	134
<b>CAPÍTULO IV – LIBERDADE SOCIAL .....</b>	<b>145</b>
1. ESTADO SOCIAL .....	145
2. ESPAÇO DE CONQUISTA E MÍNIMO EXISTENCIAL .....	147
3. ESTADO SOCIAL E DISCRICIONARIEDADE.....	150
4. ESTADO SOCIAL E VINCULAÇÃO .....	152
5. LIBERDADE EFETIVA NO ESTADO SOCIAL .....	155
<b>CAPÍTULO V – LIBERDADE POLÍTICA .....</b>	<b>159</b>
1. INTROITO .....	159
2. VONTADE GERAL.....	160
3. LIBERDADE DOS ANTIGOS E LIBERDADE DOS MO- DERNOS .....	160
4. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA.....	163
5. LIBERDADE POLÍTICA .....	167
<b>CAPÍTULO VI - LIBERDADE ECONÔMICA.....</b>	<b>175</b>
1. INTROITO .....	175

## SUMÁRIO

2. REGULAÇÃO ECONÔMICA .....	176
2.1 Regulação por direção: ordenação.....	178
2.2 Regulação por indução: fomento .....	183
2.3 Regulação por participação direta: exploração estatal.....	184
2.4 Regulação excepcional: atividades privadas sob regime especial.	188
3. SERVIÇOS PÚBLICOS.....	189
<b>CAPÍTULO VII – SUBSIDIARIEDADE .....</b>	<b>197</b>
1. CONCEITO .....	197
2. LIBERDADE ECONÔMICA E SUBSIDIARIEDADE.....	199
3. LIBERDADE SOCIAL E SUBSIDIARIEDADE .....	202
<b>CAPÍTULO VIII – VALORIZAÇÃO DAS LIBERDADES.....</b>	<b>207</b>
1. INTROITO .....	207
2. ESTADO SOCIALISTA.....	208
3. ESTADO SOCIAL .....	209
4. ESTADO REGULADOR.....	210
<b>CAPÍTULO IX - DIREITA E ESQUERDA .....</b>	<b>219</b>
1. ORIGEM, CONOTAÇÃO EMOTIVA E SUBSISTÊNCIA DA DÍADE.....	219
2. SIGNIFICADO .....	221
3. TERCEIRO EXCLUÍDO: A TERCEIRA VIA .....	223
4. TERCEIRO INCLUÍDO: O CENTRO .....	226
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>231</b>
<b>TABELA DE CONJUNTOS .....</b>	<b>253</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO DE AUTORES .....</b>	<b>257</b>
<b>ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO .....</b>	<b>265</b>





# APRESENTAÇÃO DA BIBLIOTECA DE DIREITO ADMINISTRATIVO NEOCONSTITUCIONAL

Em 2014 obtive a certificação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, do grupo de pesquisa intitulado *Ponderações no direito administrativo e contrafações administrativas*. O grupo predispõe-se a aprofundar o método da *ponderação* no direito administrativo, identificar as deturpações empreendidas nos institutos do direito administrativo e aprofundar seu exame dogmático. Tem por norte as premissas do chamado neoconstitucionalismo, dentre elas: a existência de uma *ordem objetiva de valores* positivada no texto constitucional; a vinculação dos agentes públicos e dos particulares a essa ordem valorativa; a ponderação de valores como método imprescindível para correta aplicação do direito; a inexistência de liberdade no exercício da função pública, incluída a função legislativa.

Paralelamente, iniciei no programa de pós-graduação estrito sensu da PUC-SP – mestrado e doutorado – o aprofundamento dessa temática com as disciplinas: “Direito administrativo neoconstitucional: ponderação de interesses” e “Direito administrativo neoconstitucional: contrafações administrativas”.

A *Biblioteca de Direito Administrativo Neoconstitucional* pretende divulgar os resultados de minha linha de pesquisa, tendo o compromisso

de apresentar ao leitor estudos de máxima seriedade, alicerçados em densa pesquisa, que tenham relevância para o desenvolvimento científico do direito público brasileiro.

# PREFÁCIO

Liberdade: arquétipo ou determinação normativa?

Ao fazer tal indagação, Ricardo Marcondes Martins prepara seus leitores para o vertiginoso turbilhão com que seu livro nos envolverá, desde as primeiras páginas.

De início, uma certificação, embora, minhas seguintes declarações sejam despidas de fé pública. Mas, se ela não está à minha disposição, por certo que a autoridade da experiência, das décadas de vida, dos muitos anos de magistério e intermináveis estudos (forrados em fartas e incessantes leituras) autorizam-me a proclamar Ricardo como um dos mais brilhantes talentos jovens das letras jurídicas. Alia a seu extenso e profundo conhecimento do Direito uma quase inexplicável amplitude cultural, que o coloca em conforto absoluto, ao falar e escrever sobre história, sociologia, política, filosofia e economia. Seja-me permitido, enfim, com abuso de poder, talvez, certificar e dar fé: Ricardo Marcondes Martins é um erudito, na mais ampla acepção do vocábulo.

Reapresentado o autor, apresentemos a obra.

O trabalho, que a seguir lerão, nasceu de um desafio que dirigi a uma plêiade de pensadores. Tratava-se de meditar sobre o entranhamento conceitual Direito-Liberdade, bem como das consequências que cada um retiraria, do possível equacionamento simbiótico/semiológico, que o referido desafio/provocação poderia ensejar. E daí adviria um livro

coletivo, exatamente com o título “Direito e Liberdade”. Mas a resposta (verdadeira contra provocação) de Ricardo de muito excedeu, não só pelo porte, mas também pela riqueza, os limites prudentes de um mero capítulo. Pela quantidade e pela qualidade não apenas justificava, mas exigia, a dimensão de um livro autônomo. Comuniquei isso ao eminente jovem jurista. Dele recebi não só a compreensão, mas também o repto de produzir a apresentação de seu monumental ensaio.

Antecipe-se: Ricardo sustenta uma categorização da liberdade nos escaninhos da hipótese de determinação normativa, recusando-se (fundamentadamente) – no que aliás divergimos – a nela entrever o *status* junguiano de arquétipo. Para tanto, percorre, sem lacunas, a estrada do conceito de liberdade, construindo-o no curso de decantações lógicas, estruturais, sociológicas, axiológicas, psicológicas e jurídicas. Transcende, após, as (os, para os que assim pefiram) lindes pesquisadas do acertamento da ideia de liberdade, para abordar o tema da soberania, no intento de harmonizar os dois conceitos; para na sequência, como produto final do refino da matéria bruta enfrentada, não só dissertar sobre as diferentes espécies de liberdade, como também para apontar para o rumo que conduza à meta (ideal): a valorização das liberdades. E arremata com a proposta de repensamento da díade direita/esquerda, daí extraíndo sua conclusão sobre onde alocar topograficamente, com maior exatidão, o primado da liberdade.

Dito tudo isso, fica apenas uma pálida ideia do que seja este monumental livro, de leitura obrigatória – para com ele concordar ou dele dissentir, mas imprescindivelmente tomando conhecimento do trabalho de Ricardo Marcondes Martins – aos que desejam, real e fundamentadamente, opinar sobre Liberdade e Direito.

Para além da vertigem da complexidade e da opulenta riqueza do trabalho, chamo ainda a atenção dos interessados para a notável referência bibliográfica de apoio, que, por si só, já tem a força de um tornado, para impedir que o marasmo intelectual, as balizas da palavra vazia e dos conhecimentos ralos, continuem a demarcar a discussão das matérias relevantíssimas com que o autor nos fustiga.

## PREFÁCIO

Parabéns ilimitados a Ricardo.

Vamos ao melhor, comecemos a leitura deste fascinante trabalho.

**Sergio Ferraz**

*Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro. Membro da  
Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Advogado.*



# INTRODUÇÃO

Parte-se do seguinte pressuposto: quem pretende ler um texto escrito por um jurista, certamente espera ler algo relacionado ao Direito. Por isso, evita-se aqui sair da área de formação do autor. O fenômeno jurídico, contudo, é suscetível de diferentes abordagens, o que obriga a precisar o significado em que se emprega a palavra “direito”.<sup>1</sup> Num corte metodológico, adota-se uma perspectiva normativista: direito é “norma” ou, mais precisamente, o conjunto de normas vigentes em determinada comunidade. Refere-se, neste estudo, ao Direito como “direito positivo”, vale dizer, o conjunto de normas positivadas, postas, estabelecidas por quem é considerado competente para tanto. É a partir dessa perspectiva que se diferencia a *teoria geral do direito* da *filosofia do direito*. A teoria do direito é instrumental do direito positivo, tem por escopo sua operacionalização, volta-se à elaboração conceitual necessária à interpretação e aplicação das normas; a filosofia do direito desvincula-se do direito positivo, não tem em vista a interpretação e aplicação normativas, mas uma análise crítica do fenômeno normativo.

O tema deste estudo é a *liberdade*. Seu significado é uma *questão filosófica* sobre a qual dezenas, senão centenas, de filósofos já dedicaram trabalhos específicos. Como toda questão filosófica, o tema continua

---

<sup>1</sup> André Franco Montoro, com muita percuciência, aludia a cinco perspectivas: norma, faculdade, justiça, ciência e fato social (*Introdução à ciência do direito*. 22. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 33 et seq.).

aberto; por mais que se tenha produzido sobre ele, subsiste uma infindável controvérsia filosófica.<sup>2</sup> Mas a liberdade também é uma questão *jurídica*, não apenas de *filosofia do direito*, mas de *teoria do direito* e de *direito positivo*. A chamada “teoria do direito” refere-se ao estudo dos chamados *conceitos lógico-jurídicos*,<sup>3</sup> conceitos passíveis de universalização, correspondentes ao arcabouço teórico necessário à aplicação do direito positivado. O arcabouço conceitual da teoria do direito não diz respeito a um específico direito positivo, ao direito brasileiro, francês, alemão etc. São temas próprios da teoria do direito, por exemplo, a teoria da norma jurídica e, nela compreendida, a teoria da existência, validade e eficácia normativa, a teoria da sanção, a teoria da relação e da situação jurídicas, igualmente pertinentes a todos os direitos positivos. Pois bem, a *liberdade* é um tema fundamental da teoria geral do direito. Por outro lado, os ramos da dogmática jurídica dizem respeito a determinado direito positivo, referem-se ao estudo não dos conceitos lógico-jurídicos, mas dos conceitos jurídico-positivos, vale dizer, dos conceitos pertinentes a determinado direito positivado – ao direito, por exemplo, brasileiro, francês, espanhol, alemão. Cada direito positivo possui vários ramos dogmáticos – por exemplo: o direito positivo constitucional, o direito positivo civil, o di-

---

<sup>2</sup> Enquanto o pensamento dogmático parte de certas premissas (dogmas) sem admitir questionamento sobre elas, o pensamento zetético não admite premissas inquestionáveis, aceita a discussão e, pois, a revisão de todos os pontos de partida. A dicotomia é proposta por VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Traducción Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 102-104. E divulgada no Brasil por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 44-47. Os ramos da dogmática jurídica de um sistema que adota o modelo constitucionalista não aceitam, por exemplo, discussão sobre a supremacia da Constituição; são, por isso, disciplinas dogmáticas. A filosofia é o mais típico caso de pensamento zetético, toda questão filosófica é, por natureza, uma questão eternamente aberta à discussão.

<sup>3</sup> Explica Juan Manuel Terán: “Uno es el plano de los conceptos jurídico-positivos y otro el plano de las nociones o fundamentos lógico-jurídicas. Los conceptos jurídico-positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda conceptualización jurídica”. *Filosofía del derecho*, 19. ed., México, Porrúa, 2007, p. 82. Nos termos expostos, os conceitos jurídico-positivos são objeto dos ramos dogmáticos; os conceitos lógico-jurídicos são objeto da *teoria (geral) do direito*.



## INTRODUÇÃO

reito positivo administrativo. A *liberdade* é um tema central de todos os ramos dogmáticos.

Não se pretende efetuar aqui estudo filosófico da liberdade. A análise dirá respeito à teoria do direito, com incursão sobre os campos da dogmática jurídica próprios do direito brasileiro. Apesar disso, reconhece-se: a compreensão da liberdade em um determinado ramo dogmático pressupõe uma *teoria geral do direito* sobre a liberdade e esta pressupõe uma *teoria filosófica da liberdade*. Com efeito, não é possível dizer algo sobre a liberdade no direito civil ou no direito administrativo desvinculando-se de uma teoria jurídica da liberdade, própria da teoria geral do direito. E mais, não é possível uma teoria jurídica da liberdade sem uma filosofia da liberdade. O assunto, percebe-se, é deveras complexo. Tanto que é difícil abordá-lo sem incidir numa superficialidade constrangedora; e quem escapa da superficialidade tende a perder-se no emaranhado de posições díspares.

Há, ainda, um problema adicional, o viés ideológico interfere fortemente no exame do tema. Refere-se à ideologia não em seu sentido forte, de falsa crença da realidade, mas no seu sentido fraco, de visão de mundo, conjunto de valores adotados a partir das experiências próprias.<sup>4</sup> Ela não é um obstáculo ao conhecimento, mas pressuposto dele; o ato de conhecer é fruto de nossas experiências, de nosso aprendizado, de nossa visão de mundo.<sup>5</sup> Apesar disso, em certos temas, as inclinações ideológicas condicionam ostensivamente o viés do discurso: há diferentes abordagens e a escolha delas é visivelmente ditada pela inclinação ideológica. É o que ocorre no tema da liberdade: a assunção de uma posição teórica acaba sendo, sempre, a defesa de uma inclinação política.

---

<sup>4</sup> Sobre ambas, *vide* nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 48 et seq.

<sup>5</sup> Daí a afirmação perspicaz de Nietzsche sobre o significado de conhecer: “alguma coisa estranha deve ser posta em conexão com algo conhecido”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro, Ediouro, [19- ], § 355, p. 183. E numa síntese feliz: “aquilo que é conhecido é reconhecido”. *Idem*, *ibidem*.

Com essas ressalvas, é possível delimitar a proposta: pretende-se aqui examinar a liberdade no âmbito da teoria do direito, entendida como teoria da interpretação e aplicação normativa, tomando por parâmetro o direito positivo brasileiro. E a pretensão não ignora que a teorização jurídica da liberdade pressupõe incursões filosóficas e escolhas fortemente condicionadas pela ideologia pessoal. Consciente dos riscos, pretende-se evitar o superficialismo, o inventário enfadonho de posições díspares e, principalmente, a defesa emotiva de posições políticas. Com esses desideratos, propõe-se responder: qual é o significado da liberdade no direito brasileiro e quais são suas principais implicações dogmáticas?