



*Liberdades públicas*

Jean Rivero e Hugues Moutouh

00083579



Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título  
LES LIBERTÉS PUBLIQUES  
por Presses Universitaires de France, Paris.  
Copyright © Presses Universitaires de France.  
Copyright © 2006, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,  
São Paulo, para a presente edição.

"Ouvrage publié avec le concours du Ministère Français chargé  
de la Culture – Centre National du Livre."  
"Obra publicada com a colaboração do Ministério Francês da Cultura –  
Centro Nacional do Livro."

1ª edição 2006

**Tradução**

MARIA ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO

**Consultoria**

Drª Márcia Villares de Freitas

**Acompanhamento editorial**

Luzia Aparecida dos Santos

**Revisões gráficas**

Ana Maria de O. M. Barbosa

Maria Regina Ribeiro Machado

Dinarte Zorzanelli da Silva

**Produção gráfica**

Geraldo Alves

**Paginação/Fotolitos**

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

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

Rivero, Jean

Liberdades públicas / Jean Rivero, Hugues Moutouh ;  
tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São  
Paulo : Martins Fontes, 2006. – (Justiça e direito)

Título original: Les libertés publiques.

Bibliografia.

ISBN 85-336-2256-2

1. Direitos civis 2. Direitos humanos I. Moutouh, Hugues.

II. Título. III. Série.

06-1752

CDU-342.72

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direitos civis : Liberdades públicas : Direito público 342.72

2. Direitos humanos : Liberdades públicas :  
Direito público 342.72

Todos os direitos desta edição para o Brasil reservados à

Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3101.1042

e-mail: info@martinsfontes.com.br http://www.martinsfontes.com.br

## ÍNDICE

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| Prefácio .....               | XIX |
| Principais abreviações ..... | XXI |

### LIVRO 1

|   |    |
|---|----|
| Introdução .....  | 3  |
| 1. Um direito das liberdades públicas? .....                    | 3  |
| 2. Definição das liberdades públicas .....                      | 6  |
| 1) O que é uma liberdade pública? .....                         | 7  |
| A. Liberdade .....  | 8  |
| B. Liberdades públicas .....                                    | 9  |
| C. Liberdades públicas e direitos do homem ...                  | 10 |
| D. As liberdades públicas: um regime jurídico<br>próprio? ..... | 12 |
| 2) Quais são as liberdades públicas? .....                      | 20 |
| A. A classificação das liberdades públicas .....                | 21 |
| B. Valor relativo dessa classificação .....                     | 26 |
| 3. Métodos e bibliografia geral .....                           | 30 |

### PRIMEIRA PARTE OS DIREITOS DO HOMEM: GÊNESE E EVOLUÇÃO

|   |    |
|---|----|
| CAPÍTULO I – Os direitos do homem segundo a De-<br>claração de 1789 ..... | 35 |
|---|----|

## INTRODUÇÃO

1. Não é possível abordar o estudo das liberdades públicas sem uma reflexão preliminar sobre as características muito particulares dessa disciplina (seção 1). Em seguida, especificaremos seu objeto, ou seja, a própria noção de liberdade pública (seção 2). Uma terceira seção será consagrada às indicações metodológicas e bibliográficas necessárias.

### 1. UM DIREITO DAS LIBERDADES PÚBLICAS?

**2. Diversidade das regras, unidade do objeto.** A pergunta, no limiar deste estudo, é legítima, pois a existência, na França, de um direito das liberdades públicas que constitua uma disciplina distinta não é evidente *a priori*. As disciplinas jurídicas tradicionais – direito civil, direito administrativo, direito penal, por exemplo – tiram sua unidade da especificidade das regras que elas agrupam: cada uma delas corresponde a um conjunto homogêneo de regras distintas daquelas que compõem os outros ramos do direito, e autônomas. O direito das liberdades públicas, por sua vez, deve sua unidade apenas a seu objeto: estuda todas as regras que concorrem para a regulamentação e a proteção das liberdades.

Ora, essa proteção e essa regulamentação fazem empréstimos a múltiplas disciplinas jurídicas. O direito consti-

tucional fornece a teoria geral dos direitos fundamentais e das competências relativas à regulamentação deles, ao direito administrativo pertence a maior parte das técnicas segundo as quais são regulamentadas – princípio de legalidade, poder de polícia, recurso perante o juiz administrativo. Ao lado do direito público, o direito penal e o processo penal fornecem à liberdade individual e à proteção contra as detenções arbitrárias o essencial de suas garantias. A liberdade do casamento, a dos contratos, o direito de propriedade são capítulos do direito civil, ao passo que a liberdade sindical e o direito de greve se prendem ao direito do trabalho. Enfim, a proteção das liberdades, para além do âmbito do Estado nacional, se vincula ao direito internacional público geral, sobretudo ao direito europeu, conforme o âmbito em que a consideremos.

Compreende-se então por que durante muito tempo nenhum ensino distinto foi consagrado, na França, às liberdades públicas: do ponto de vista da técnica jurídica, a matéria pode parecer desprovida de unidade e de especificidade. Estudavam-se seus componentes no âmbito da disciplina à qual cada liberdade se vincula. Foi em 1954 que se decidiu seu agrupamento, e em 1962 que o curso de liberdades públicas ficou obrigatório.

A que preocupações respondeu essa consagração? Como se justifica um ensino distinto do direito das liberdades públicas?

1 / A primeira resposta a essa pergunta é totalmente *prática*: algumas regulamentações próprias das liberdades não encontravam muito espaço nos cursos a que normalmente estão ligadas. Como a liberdade de imprensa, o regime das reuniões e das associações, o estatuto dos cultos, etc. Ora, seria inconcebível que uma formação jurídica pudesse dispensar um contato com legislações que são de aplicação cotidiana e que, ademais, são componentes essenciais da vida política e social.

2 / Mais profundamente, o agrupamento se justifica, *do ponto da formação jurídica*, por duas razões.

A necessidade de estudos pluridisciplinares tornou-se uma doutrina oficial. Sem esperar essa consagração, o curso de liberdades públicas rompeu os compartimentos estanques que, no espírito de muitos estudantes, separam os diversos ramos do direito. A pluridisciplinaridade aplicada ao campo jurídico é, sobretudo, a tomada de consciência do fato de que esses ramos, que num primeiro momento devem ser examinados isoladamente, são os elementos de um conjunto, e de que esse conjunto – o sistema jurídico nacional, por sua vez incluído no sistema jurídico comum às democracias liberais – é uno.

Não só o direito das liberdades públicas, pluridisciplinar por natureza, implica essa tomada de consciência, mas também permite descobrir a unidade em seu nível mais profundo. Todo sistema jurídico é, de fato, a expressão de certo número de valores, de uma concepção do homem e da sociedade, quer explicitados em documentos oficiais, quer formulados com menos nitidez. Em direito francês, os principais dentre esses valores continuam ligados à noção de direitos do homem e ao sistema liberal oriundo da revolução de 1789, cujo estudo está no âmago do direito das liberdades.

Assim, esse direito, para além dos conhecimentos práticos trazidos por seu estudo, constitui uma disciplina de síntese, a um só tempo ponto de convergência e explicação de muitas regras provenientes de outras disciplinas.

3 / O ensino das liberdades públicas encontra, por fim, uma justificação de outra ordem. Sobre o destino das liberdades nas sociedades contemporâneas, são possíveis dois juízos opostos. Alguns autores, apoiando-se infelizmente em muitos fatos, denunciam seu declínio e as ameaças que tanto certos aspectos da civilização industrial e técnica quanto o aumento da violência fazem pesar sobre elas, violência emanante dos representantes do poder ou dos grupos que o contestam.

Mas, em sentido inverso, os direitos humanos, desde a Segunda Guerra Mundial, são objeto de afirmações solenes

e repetidas, não só na quase totalidade das Constituições, mas também em documentos de alcance mundial tão diferentes quanto a Declaração Universal elaborada em 1948 pelas Nações Unidas e a encíclica *Pacem in Terris* do papa João XXIII em 1963. E nunca suas violações suscitaram, na opinião pública, protestos tão intensos, que atestam, pelo menos, uma tomada de consciência muito ampla.

Declínio? Evolução? Adaptações necessárias para conservar o essencial das liberdades numa sociedade em mutação, que já não é aquela em que elas foram proclamadas? Um ponto é certo: o ensino delas se situa no cerne de um dos debates capitais do presente. As heranças do liberalismo, questionadas pela evolução das ideologias, das técnicas e das sociedades só encontrarão seu lugar na civilização que se elabora se não se mostrarem como sobrevivências do século XIX, e se seu valor permanente e seus modos de inserção no futuro forem objeto de uma pesquisa e de uma reflexão profundas. Uma pesquisa assim tem de ser pessoal. Esta obra pretende apenas estimulá-la e ajudá-la, permitindo assim a cada qual opções mais lúcidas e engajamentos mais bem fundamentados.

## 2. DEFINIÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS

**3. A questão da formulação.** Resulta do que precede que a unidade do direito das liberdades públicas deve-se acima de tudo ao seu objeto, ou seja, à própria noção de liberdades públicas. Daí a necessidade de definir essa noção. Essa necessidade, aliás, é postulada pelo direito positivo: o artigo 34 da Constituição, reservando à lei “as garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”, supõe necessariamente, para aplicar-se, a definição delas. Ora, essa definição levanta sérias dificuldades assim que se procura ir além da concepção bastante vaga com que se conten-

tam a opinião corrente e o vocabulário político, mas com que o Direito não poderia satisfazer-se. Em inúmeros países estrangeiros, o problema se simplifica: textos precisos dão a lista das liberdades públicas e definem seu valor jurídico. Mas, na França, nenhuma disposição do direito positivo as define nem as enumera. Muito mais, o próprio vocabulário é impreciso: “direitos do homem” [*droits de l’homme*], “direitos fundamentais da pessoa” [*droits fondamentaux de la personne*], “liberdades públicas” [*libertés publiques*], todas essas fórmulas são empregadas quase sem distinção e sem que seja possível dizer se correspondem à mesma noção ou a noções diferentes. É o que ocorre com os textos constitucionais – a Constituição de 4 de outubro de 1958 fala dos “Direitos do homem” em seu preâmbulo, das “liberdades públicas” em seus artigos 34, 72 e 74 –; paradoxalmente é também o que acontece com os programas universitários – o de 1962, que instituía oficialmente o curso de liberdades públicas evocava sucessivamente: “a noção dos direitos públicos individuais e sociais” e “as liberdades e os direitos públicos consagrados pelo direito positivo francês”, o oriundo das portarias ministeriais de 13 de fevereiro de 1993 e de 30 de abril de 1997 fala agora do “Direito das liberdades fundamentais”.

Não podemos nos ater a essa constatação de incerteza: é necessário tentar depreender, das liberdades públicas, de um lado um *critério* que permita dizer *o que é uma liberdade pública*; do outro, uma lista que permita dizer *quais são as liberdades públicas*. A essa dupla pesquisa é que serão consagrados os dois parágrafos desta seção.

### 1) O que é uma liberdade pública?

**4. As palavras e as coisas.** O método mais simples consiste em partir das próprias palavras e daquilo que sugerem.

### A. Liberdade

**5. Definição.** É uma palavra perigosa. Ater-nos-emos à sua definição mais clássica, a de Littré: “Condição do homem que não pertence a nenhum senhor” e ainda “poder agir ou não agir”. Da comparação das duas fórmulas, ressalta uma idéia essencial: a liberdade é um poder de auto-determinação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais.

A partir dessa primeira noção, duas distinções permitem circunscrever mais de perto o problema.

**6. 1.º) Liberdade jurídica e liberdade filosófica.** A reflexão sobre a liberdade está no âmago da pesquisa de todas as filosofias. A metafísica se indaga: poderá o homem se autodeterminar? Mesmo quando ele acredita decidir livremente, não estará na verdade sendo movido por uma vontade sobrenatural ou por um conjunto de determinismos? Por sua vez, o moralista e o psicólogo analisam as contradições que o homem encontra em si mesmo e que podem paralisar sua liberdade: “Encontro dois homens em mim... Não faço o bem que amo e faço o mal que odeio”, escrevia Racine, depois de Catulo e de São Paulo.

Mas a liberdade apresenta, além disso, uma série de problemas *sociais*. A sociedade, em grande medida, condiciona o exercício, pelo homem, de seu poder de escolha, quer pretendendo pela coerção impor-lhe comportamentos, quer, mais sutilmente, encerrando-o em condicionamentos que tornam impossível o exercício da liberdade, ou até, no limite, que suprimem até a vontade de exercê-la: contextos sociais e econômicos, conformismos religiosos ou políticos, propagandas totalitárias. Mesmo as sociedades que aceitam o exercício da liberdade não podem limitar-se a seu respeito a uma total abstenção, pois sofrem a repercussão das atitudes escolhidas pelo homem, que têm necessariamente, assim que se exteriorizam, uma incidência sobre a vida do grupo.

O direito é uma disciplina *social*. São de sua alçada unicamente as relações do homem com os outros homens e com a sociedade. Desse modo, ele abandona ao filósofo os aspectos do problema da liberdade alheios ao objeto que lhe é próprio. Disciplina *normativa*, por outro lado, embora partilhe com a sociologia o estudo das condições sociais de formação e de exercício da liberdade, ele os considera, por sua vez, pelo ângulo das regras que regem essas condições.

**7. 2.º) A liberdade como poder de autodeterminação.** Isso significa que ela é um poder que o homem exerce sobre si mesmo. Nesse aspecto, distingue-se de outros poderes que o Direito também consagra, e que permitem agir sobre os outros, impondo-lhes um comportamento positivo. Assim, o direito de crédito é o poder reconhecido a um homem de exigir de outro uma certa prestação, em razão, por exemplo, de um contrato, ou em virtude das regras da responsabilidade. O reconhecimento jurídico de uma liberdade acarreta, por certo, conseqüências com relação aos outros: senão, a liberdade ficaria estranha ao Direito, que supõe necessariamente uma relação entre homens, mas essas conseqüências são puramente negativas: reduzem-se à obrigação de respeitar, pela abstenção, o exercício da liberdade dos outros.

Há, portanto, uma diferença de natureza entre as liberdades, poderes de determinar a si mesmo que só repercutem nos outros negativamente, e a maioria dos outros direitos, poderes de impor um comportamento positivo a outros ou à coletividade.

### B. Liberdades públicas

**8. A palavra público.** Em direito francês, a palavra público [*public*] – direito *público*, setor *público*, serviço *público* – denota a intervenção do poder. Qual será, aplicado às liberdades, o significado dessa intervenção?

Às vezes ele foi procurado numa distinção entre as liberdades públicas, definidas como referentes apenas às relações dos cidadãos com os órgãos do Estado, e as liberdades privadas, que só concerniriam às relações entre particulares: como a liberdade de casamento, a liberdade sindical com relação ao empregador privado, a liberdade contratual.

A distinção não é aceitável. Não existem liberdades "privadas". A obrigação imposta aos particulares de respeitar sua liberdade recíproca supõe necessariamente a intervenção do Estado, que a impõe por sua legislação e a sanciona por suas jurisdições. Todas as liberdades, interessem elas diretamente às relações dos particulares entre si ou com o poder, são liberdades públicas na medida em que só entram no direito positivo quando o Estado lhes consagrou o princípio, regulamentou o exercício e assegurou o respeito. A solução contrária resulta, aliás, em absurdos: a liberdade sindical, por exemplo, ou a liberdade de opinião dos trabalhadores, só teriam a qualidade de liberdades públicas no âmbito das empresas públicas e se tornariam liberdades privadas relativamente ao empregador privado! Cumpre, pois, descartar essa distinção errônea. O que torna "pública" uma liberdade, seja qual for seu objeto, é a intervenção do poder para reconhecê-la e regulamentá-la. Essa intervenção dá à liberdade a consagração do direito positivo. As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo.

### C. Liberdades públicas e direitos do homem

**9. Categorias próximas, mas independentes.** As duas noções de "direitos do homem" e de "liberdades públicas" são próximas, entretanto distintas: de um lado, não se situam no mesmo plano, do outro, não têm o mesmo conteúdo.

**10. 1.º) Uma diferença de perspectiva.** A noção de "direitos do homem", cujas origens históricas e filosóficas veremos mais adiante, se vincula à concepção do Direito

natural. Segundo essa concepção, o homem, por ser homem, possui um conjunto de direitos, inerentes à sua natureza, e que não podemos ignorar sem atentar contra esta. Pouco importa que o direito positivo, próprio de um país ou de uma época, não os consagre: mesmo que espezinhados pela legislação de um Estado, os direitos do homem, para aqueles que lhes aceitam o princípio, não deixam de subsistir. A noção transcende, portanto, o seu reconhecimento pelos textos.

Mas esse reconhecimento é possível; os direitos do homem, de fato, apresentam as características que permitem ver um *direito*, no sentido próprio do termo, numa possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito ao qual o opor. Portanto, é possível vincular-lhes a sanção que os faz entrar no direito positivo.

Foi o que ocorreu em direito internacional: os direitos do homem, tais como foram proclamados pela Declaração Universal de 1948 e regulamentados pelos pactos de 1966, definem, na sociedade internacional, uma categoria jurídica à qual os textos vinculam um regime protetor. Dá-se o mesmo no âmbito europeu.

O direito interno francês não procedeu da mesma maneira. Não fez, dos direitos do homem tomados em seu conjunto, uma categoria autônoma com estatuto próprio. Se conferiu à quase totalidade deles o caráter positivo, foi sob qualificações diferentes que acarretam, para os que elas agrupam, conseqüências jurídicas distintas: "princípios gerais do direito público" na jurisprudência do Conselho de Estado, "princípios de valor constitucional" naquela do Conselho Constitucional, etc. É por intermédio dessas categorias – nas quais, aliás, os direitos do homem se avizinhavam de princípios distintos deles, por exemplo a continuidade do serviço público –, que se realiza a inserção dos direitos do homem no direito positivo. As liberdades públicas constituem precisamente uma dessas categorias, consagradas notadamente pelo artigo 34 da Constituição. Elas correspondem a direitos do homem que seu reconheci-

mento e sua regulamentação pelo Estado inseriram no direito positivo.

**11. 2.º) Uma diferença de conteúdo.** As liberdades públicas são direitos do homem de uma natureza bem definida: elas constituem, como vimos, poderes de escolha. Embora em sua origem a lista dos direitos do homem só abrangesse tais poderes, de tal modo que havia coincidência entre direitos do homem e liberdades, reconheceu-se mais tarde que a natureza humana exigia outra coisa: um mínimo de segurança material, que implica principalmente proteção da saúde e possibilidade de encontrar um emprego remunerado, e também um mínimo de desenvolvimento intelectual, ligado ao acesso ao ensino, à cultura, à informação. Esses direitos do homem, tão essenciais quanto aqueles que inicialmente haviam sido reconhecidos, contudo distinguem-se deles profundamente do ponto de vista jurídico: conferem a seu titular, não um poder de livre opinião e de livre ação, mas um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos: seguridade social, serviço de colocação de emprego, ensino, etc. Portanto, não constituem liberdades, diferentemente dos precedentes, e os problemas jurídicos apresentados por uns e pelos outros são distintos. Dessa distinção, que tornaremos a encontrar, cumpre guardar que, se as liberdades públicas são mesmo direitos do homem, nem todos os direitos do homem são liberdades públicas. As duas noções se sobrepõem largamente, mas não coincidem. É o que confirma, em direito positivo, certa especificidade do regime jurídico das liberdades públicas em comparação às regras aplicáveis ao conjunto dos direitos do homem.

*D. As liberdades públicas: um regime jurídico próprio?*

**12.** Poderemos completar a definição que buscamos acrescentando um elemento mais diretamente jurídico àquelas que já ressaltamos? A qualificação de “liberdade públi-

ca” não acarretará, para os direitos aos quais ela se aplica, um regime jurídico especial, diferente dos que concernem aos direitos que não apresentam esse caráter, comum a todas as liberdades, próprios apenas delas, e por isso suscetível de tomar lugar entre suas características distintivas?

**13. Exemplos estrangeiros.** Em vários Estados estrangeiros, é isso mesmo que ocorre: a Constituição coloca as liberdades acima dos outros direitos e organiza para elas uma proteção particular. É esse especialmente o caso da Alemanha, onde o artigo 1.º, alínea 3, da Lei fundamental de 1949 dispõe que: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem disposições legais imediatamente aplicáveis, que ligam os poderes legislativo, executivo e judiciário.” A Espanha também reserva às liberdades um espaço privilegiado, não só porque elas ocupam o título primeiro da Constituição de 1978 – “Dos direitos e dos deveres fundamentais” –, mas também porque a violação delas, conformemente ao artigo 53, alínea 2, dessa mesma Constituição, abre às vítimas uma via especial de recurso perante o tribunal constitucional: o recurso de *amparo*.

Na realidade, desde a Segunda Guerra Mundial, raros são os Estados que não inventariam ou não consagram em seu texto constitucional os principais direitos e liberdades: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, etc. A queda do muro em 1989 e o desmoronamento das democracias populares só fizeram enriquecer ainda mais essa lista; basta pensar na Bulgária ou na Romênia, por exemplo.

**14. Incerteza francesa.** A maioria das Constituições francesas anteriores à de 1875 consagrava, no mesmo sentido, a constitucionalidade das liberdades.

A situação, desde então, permaneceu incerta por muito tempo, e a existência de elementos jurídicos adequados para caracterizar as liberdades públicas prestava-se à discussão. Certos juristas, em especial Georges Vedel e André

de Laubadère, buscaram esses elementos em duas direções: a competência exclusiva do legislador e a teoria da via de fato. A jurisprudência do Conselho Constitucional, desde 1971, deu nova forma ao problema devolvendo às liberdades o caráter constitucional que elas haviam perdido. Mas essa proteção reforçada não lhes é própria: ela vale para o conjunto dos direitos do homem aos quais a jurisprudência reconhece esse mesmo caráter.

Entretanto, outros elementos permitem afirmar que a qualidade de liberdade pública reconhecida a um direito do homem acarreta a aplicação a esse direito de certas regras próprias.

**15. 1.º) Justificação da especificidade das liberdades públicas pela competência exclusiva do legislador.** Hoje ela já não tem muito mais do que um interesse teórico. Fundamentava-se numa tradição oriunda da Declaração de 1789 que, na maioria de seus artigos, reserva somente à lei o regime das liberdades públicas, intervindo o poder regulamentar somente para completar e assegurar a aplicação da lei. Essa tradição se firmou com a prática das leis de habilitação, pelas quais o Parlamento dá competência ao executivo para modificar as leis por atos regulamentares durante um período e para um objetivo determinado. Chamado a dar seu parecer sobre a constitucionalidade dessa prática no contexto da Constituição de 1946, o Conselho de Estado respondeu afirmativamente, com uma reserva: a “tradição republicana” exclui a incompetência do Parlamento em benefício do executivo em matéria de liberdades públicas (parecer de 6 de fevereiro de 1953, Gr. parecer do CE, nº 1). Aplicando esse princípio, a lei de 3 de junho de 1958, que conferia ao governo presidido pelo general De Gaulle o poder de modificar a lei, excetuou das competências assim abertas, entre outras matérias, o regime das liberdades públicas.

Podia-se assim depreender, do conjunto desses textos, uma regra própria das liberdades públicas, que reserva ao Parlamento uma competência exclusiva para a determinação do regime delas. Com isso, elas se distinguem dos outros direitos pertencentes aos indivíduos.

Desde a Constituição de 1958, essa argumentação ficou insustentável. Embora seu artigo 34 coloque as liberdades públicas no início da lista das matérias reservadas à lei, todas as que se-

guem têm em comum esse mesmo caráter. A competência exclusiva do legislador já não é, portanto, um traço que permita distinguir as liberdades públicas.

**16. 2.º) A teoria da via de fato.** Sem retomar aqui a exposição detalhada de uma questão vinculada ao direito administrativo, lembraremos que, segundo uma jurisprudência tradicional, a reparação dos danos causados a um particular pelas ações da administração, que normalmente depende da competência da jurisdição administrativa em virtude do princípio da separação dos poderes, deve ser solicitada pela vítima à autoridade judiciária quando são preenchidas as duas seguintes condições:

- 1 / o ato danoso deve ser viciado, não por uma ilegalidade ordinária, mas por uma irregularidade de gravidade excepcional; segundo o preceito jurisprudencial, ele deve ser “insuscetível de ser vinculado a um poder legal da administração”;
- 2 / por outro lado, sendo esse o ponto que nos interessa aqui, o ato deve ter atentado contra a propriedade ou contra uma liberdade fundamental. O caráter imperativo dessa segunda condição foi lembrado pelo Conselho de Estado num acórdão de 8 de abril de 1961, *Klein, D*, 1961, p. 587. O atentado pode referir-se à liberdade individual, à liberdade de domicílio (TC, 27 de janeiro de 1966, *Guignon, AJDA*, 1966, p. 547), à liberdade de imprensa (TC, 8 de abril de 1935, *Action française, GAJA*, p. 311), etc.

Da intervenção do juiz judiciário, espera-se uma proteção mais enérgica da vítima, dados os poderes de que ele dispõe nesse caso com relação à administração (injunção, moras), poderes que o juiz administrativo não possuía durante muito tempo. Essa proteção reforçada é a razão de ser da teoria. Portanto, pode-se afirmar, com base nisso, que o atentado contra as liberdades, quando é cometido pela Administração em condições gravemente irregulares, entra

num regime de reparação que lhe é próprio. Existe, pois, realmente, em direito positivo, um elemento de proteção próprio somente das liberdades públicas.

Não se deve, todavia, exagerar o valor desse elemento. A teoria da via de fato é puramente jurisprudencial. Não se apóia em nenhum texto. Daí resulta ser frágil: o juiz, que a criou, pode renunciar a ela; uma decisão do Tribunal de Conflitos bastaria para riscá-la do direito francês. Mas, por ora, se excetuamos alguns casos isolados (no caso *Voskresensky*, de 9 de julho de 1965, *AJDA*, 1965, p. 603, o comissário do governo Fournier propusera uma solução que “anunciaria o fim da via de fato”), o Tribunal de Conflitos (*Guigon*, já citado; 9 de junho de 1986, *Eucat*, 1986, *AJDA*, p. 456) e o Conselho de Estado (*Consorts Muselier*, 19 de outubro de 1969, *AJDA*, p. 699) ficaram fiéis à teoria (para uma aplicação recente: TC, 19 de novembro de 2001, *Préfet de police c/ TGI Paris, Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *AJDA*, 2002, p. 234). A teoria da via de fato, decididamente, continua um elemento que permite considerar que o direito positivo atribui certa especificidade à noção de liberdade pública.

**17. 3.º) A jurisprudência do Conselho Constitucional.** Ela modificou a situação. Consagra, de fato, o caráter constitucional das liberdades públicas proclamadas seja na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, seja no Preâmbulo da Constituição de 1946, seja até nos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”. O princípio foi formulado pela primeira vez a propósito da liberdade de associação pela decisão capital de 16 de julho de 1971 (*AJDA*, 1971, p. 537, nota J. Rivero) e aplicado, desde então, às principais liberdades: liberdade de imprensa (10-11 de outubro de 1984), de ir e vir (25 de janeiro de 1985 e 9 de setembro de 1986) e de ensino (25 de janeiro de 1985). Essa jurisprudência lhes confere, com a constitucionalidade, uma proteção excepcional: o próprio legislador já não pode atentar contra elas. Mas a constitucionalidade não é própria

apenas das liberdades públicas: refere-se ao conjunto dos direitos do homem reconhecidos nos textos fundamentais. As liberdades se inserem na categoria dos “princípios de valor constitucional”. Assim fica reforçada sua proteção, mas não sua especificidade.

A esse respeito, ler: J. Rivero, “La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789”, in *Conseil constitutionnel, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 75.

**18. 4.º) A lei de 2 de março de 1982.** A especificidade das liberdades públicas se afirma, ao contrário, na lei de descentralização de 1982. As decisões dos órgãos das coletividades locais podem ser remetidas pelo *préfet\**, se este as considera ilegais, ao tribunal administrativo que, se as julga tais, pronuncia a anulação delas. O *préfet* pode acompanhar seu recurso de um pedido de suspensão da execução. Mas ele *deve* fazê-lo se a medida contestada lhe parece “capaz de comprometer o exercício de uma liberdade pública ou individual” e, nesse caso, o presidente do Tribunal Administrativo deve dar uma sentença em quarenta e oito horas. Esse procedimento foi retomado e ampliado pelas leis de 8 de fevereiro de 1995 e de 30 de junho de 2000 (art. L. 554-3 *CJA*). Sem surpresa, são principalmente as medidas de polícia que o mais das vezes são consideradas capazes de comprometer o exercício de uma liberdade. Para um exemplo recente: ver a controvérsia sobre as portarias municipais que impunham um toque de recolher (CE, 9 de julho de 2001, *Préfet du Loiret*, e 27 de julho de 2001, *Ville d'Étampes*, *AJDA*, 2002, p. 351, nota Armand).

\* *Préfet* é o alto funcionário nomeado pelo Presidente da República para representar o Estado no Departamento e na Região; *maire* é o membro do Conselho Municipal eleito por seus pares para dirigir os negócios da Comuna. (N. da T.)

**19. 5.º) A lei de 30 de junho de 2000.** De modo ainda mais manifesto, podemos encontrar na lei relativa à medida *référé* cautelar perante as jurisdições administrativas de 30 de junho de 2000, uma consagração da especificidade jurídica das liberdades públicas. Entre os novos procedimentos de urgência instituídos, um se refere, com efeito, exclusivamente à proteção das liberdades: a “medida *référé* cautelar-salvaguarda”. Trata-se de permitir a frustração imediata dos atentados ou ameaças manifestamente ilegais, por parte da administração, a uma “liberdade fundamental”: “Tendo de julgar uma petição nesse sentido justificada pela urgência, o juiz das *référé* cautelares pode ordenar todas as medidas necessárias à salvaguarda de uma liberdade fundamental, contra a qual uma pessoa jurídica de direito público ou um organismo de direito privado incumbido da gestão de um serviço público teria praticado, no exercício de seus poderes, um atentado grave e manifestamente ilegal. O juiz das cautelares *référé* se pronuncia dentro de um prazo de quarenta e oito horas” (art. L. 521-2, CJA).

Sem surpresa, o legislador não desejou fixar de antemão a lista das liberdades cuja violação seria suscetível de abrir caminho a tal recurso. Portanto, é um pouco cedo para ter uma idéia exata a esse respeito. Por ora, foram notadamente consagradas como “liberdades fundamentais” pelo Conselho de Estado: a liberdade de ir e vir (Dec. 9 de janeiro de 2001, *Depertes*, n.º 228928), o direito de asilo (Dec. 12 de janeiro de 2001, *Hyacinthe*, n.º 229039), a livre expressão do direito de voto (Dec. 7 de fevereiro de 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, n.º 229921), o pluralismo da expressão das correntes de pensamento e de opinião (Dec. 24 de fevereiro de 2001, *Tibéri*, n.º 230611), o direito de propriedade (Dec. 23 de março de 2001, *Sté LIDL*, n.º 231559), o direito, para um paciente, de dar consentimento a um tratamento médico (Dec. 16 de agosto de 2002, *Mmes Feuillat*, n.º 249552) ou ainda a liberdade de reunião (Dec. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux*, n.º 249666), etc. Mais surpreendente é o decreto de 18 de janeiro de 2001, *Commune de Venelles* (n.º 229247),

pelo qual a Alta Jurisdição Administrativa reconheceu a livre administração das coletividades territoriais como sendo uma liberdade fundamental. Entretanto, especificou que, como o titular de tal liberdade é uma pessoa jurídica, somente seus órgãos a podiam invocar.

*A contrario*: no mesmo contexto do procedimento da “medida cautelar-liberdade”, o Conselho de Estado não considerou liberdades fundamentais, no sentido do artigo 521-2 CJA: o direito ao trabalho (Dec. 28 de fevereiro de 2001, *Casanovas*, *AJDA*, 2001, p. 971), o direito à habitação (Dec. 3 de maio de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, *AJDA*, 2002, p. 468).

Sobre o conjunto da questão: L. Favoreu, “La notion de liberté fondamentale devant de juge administratif des *référés*”, *D, Chr.*, 2001, p. 1739; G. Bachelier, “Le *référé-liberté*”, *RFDA*, 2002, p. 261; Y. Laidié, “Les conditions de mise en œuvre du *référé-liberté*”, *AJDA*, 2001, p. 783. Podem-se ler igualmente com proveito as conclusões de Isabelle de Silva sobre o acórdão *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, 30 de outubro de 2001, *RFDA*, 2002, p. 324.

**20. 6.º) A ratificação da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1974).** Este último elemento, talvez o mais importante, segue o mesmo sentido. A França incorporou a Convenção ao direito nacional, em virtude do artigo 55 da Constituição, que reconhece aos tratados “uma autoridade superior à das leis”. Ora, a proteção organizada pela Convenção se aplica às “liberdades fundamentais”, com a exclusão dos “direitos econômicos e sociais” que são objeto de outro documento, a Carta Social Europeia. O estatuto jurídico das liberdades públicas encontra, portanto, na aplicação da Convenção, tanto pelas jurisdições nacionais quanto pelas instâncias de Estrasburgo, um elemento de proteção que lhe é próprio.

**21. Proposta de definição.** Reunindo todos os elementos precedentes, chega-se à seguinte *definição*: as liberdades públicas são direitos do homem que reconhecem a este, nos diversos campos da vida social, o poder de escolher sozinho

seu comportamento, poder organizado pelo direito positivo, que lhe confere uma proteção reforçada e o eleva ao nível constitucional em direito interno, ao nível supralegislativo em direito europeu.

Sobre a noção e a definição das liberdades públicas: G. Burdeau, *Cours de Libertés publiques*, Les Cours de droit, 1958-1959, 1959-1960, 1960-1961; Ph. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, 1968; G. Jezé, *Signification juridique des libertés publiques*, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 162; P. Duez, "Esquisse d'une théorie réaliste des droits publics individuels", *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 111; A. de Laubadère, *Cours de droit public*, Les Cours de droit, 1953-1954; G. Morange, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, tese, Nancy, 1940; J. Morange, "La crise de la notion de libertés publiques", *Mélanges R. Drago*, *Economica*, p. 91; G. Vedel, *Cours de droit public*, Les Cours de droit, 1949-1950.

## 2) Quais são as liberdades públicas?

**22. Da liberdade às liberdades.** Podemos perguntar-nos sobre a utilidade de uma lista das liberdades públicas. Desde que se estabeleceu o princípio de uma liberdade global, aplicável em todos os campos, salvo proibições legais, de que adianta pormenorizá-las em liberdades particulares? Entretanto, a necessidade de passar do singular – a liberdade – para o plural – as liberdades – impõe-se por duas razões.

De um lado, nem todas as áreas nas quais pode exercer-se a liberdade são igualmente importantes para o desenvolvimento da pessoa. Certas aplicações da liberdade são secundárias em comparação a outras, muito mais essenciais e que merecem por isso ser individualizadas visando uma proteção especial.

Do outro lado, a experiência prova que há setores nos quais a liberdade é, mais do que noutros, contestada e ameaçada, especialmente pelo poder: aí também impõe-se a ne-

cessidade de uma proteção reforçada. Assim justifica-se a individualização, no seio da liberdade global, de certas liberdades, que o direito reconhece e regulamenta de modo especial.

**23.** Poder-se-ia crer que esse reconhecimento permite elaborar facilmente a lista delas. Não é esse o caso, pois os textos não atribuem expressamente, aos direitos por eles regulamentados, a qualidade de "liberdades públicas". De outro lado, a utilização dos critérios anteriormente depreendidos nem sempre é concludente: a jurisprudência relativa à via de fato, por exemplo, não fornece indicações seguras, e o próprio Conselho Constitucional só pode pronunciar-se na medida em que é provocado.

No entanto, cotejando as disposições legislativas com as listas dos direitos do homem, consagrados tanto pelos documentos constitucionais franceses – Declaração de 1789 e Preâmbulo de 1946 – como pelos textos internacionais, conseguimos depreender uma lista na qual se estabelece, em doutrina, uma concordância quase geral, salvo algumas diferenças na apresentação. É esta lista que vamos elaborar agora, para dar uma visão concreta e para avaliar melhor a amplitude, a diversidade e a gravidade, na sociedade contemporânea, dos problemas referentes ao estudo das liberdades públicas.

### A. A classificação das liberdades públicas

**24.** Podemos classificar as liberdades de diversos pontos de vista, conforme as caracterizemos por seu objeto (liberdade de trânsito, de imprensa) ou por seu modo de exercício (liberdades individuais, liberdades coletivas). Com base nisso, várias classificações são possíveis. A que adotamos aqui coincide, no conjunto, com a maioria daquelas propostas pelos autores.

**25. 1.º) As liberdades da pessoa física.** Todas as liberdades, sejam elas quais forem, subentendem o domínio,

pelo homem, de seu ser físico. Esse domínio só é possível com o reconhecimento a cada qual de garantias essenciais. Entre elas, algumas se distinguem das outras por instaurarem verdadeiras proteções gerais.

26. a) *As proteções gerais.* Elas protegem indiferentemente os diversos aspectos da atividade humana, assegurando assim a defesa antecipada tanto das liberdades da pessoa física como das outras. Esse é o caso, de um lado, do respeito à pessoa humana, do outro, da *segurança*, ou *liberdade individual*.

1º *O princípio do respeito à pessoa humana.* Essa é uma das reivindicações mais profundas do homem, mas, sobretudo, uma exigência ética que o filósofo alemão Emmanuel Kant formalizou já no final do século XVIII: "Age de tal modo que trates a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca simplesmente como um meio." Essa obrigação moral incondicional atingiu sua plenitude graças à mediação do direito positivo: só ele, com efeito, pode impor seu respeito.

Concretamente, a eminente dignidade da pessoa é garantida pelo respeito ao direito à vida e, de modo mais preciso, pela proteção do homem contra todos os atos desumanos, ou seja, os que subjugam e degradam fundamentalmente a pessoa humana: os crimes contra a humanidade, a experimentação no ser humano, a tortura, a escravidão, as execuções capitais, etc.

A afirmação do direito de dispor do próprio corpo é igualmente uma forma para que seja respeitada a primazia do homem, a quem se deve reconhecer, dentro de certos limites, claro: a liberdade de procriar, de decidir sua própria morte, de doar seus órgãos, ou ainda de utilizar o próprio corpo em certos fins lucrativos. Os problemas levantados por essas diversas liberdades são incomensuráveis.

Há primeiro, é evidente, aquele criado pelo desenvolvimento da pesquisa biomédica sobre o corpo humano, ao qual o legislador tentou responder (leis de 25 de julho de 1994, sobre a pro-

teção das pessoas que se prestam à pesquisa médica, e de 29 de julho, sobre o respeito do corpo humano e sobre a utilização dos elementos do corpo humano). À pesquisa, a lei proíbe certos fins (práticas eugênicas orientadas para a seleção racista); ela regula *seus meios* (transplantes de órgãos, excluindo remuneração e exigindo o consentimento do doador, etc.).

Depois, o direito de cada um sobre o próprio corpo cria os problemas graves de seu começo e de seu fim: o nascimento e a morte. Ao direito de nascer da criança concebida, por muito tempo considerado absoluto, a lei de 17 de janeiro de 1975, confirmada e modificada pelas de 31 de dezembro de 1979 e de 4 de julho de 2001, trouxe um limite ao autorizar, em certos casos, a interrupção voluntária da gravidez. Os desenvolvimentos da genética e do diagnóstico pré-natal – clonagem, fecundação *in vitro*, congelamento do feto, prática das "mães de aluguel" – põem em questão dados essenciais em matéria de procriação. Por outro lado, o direito do homem sobre o próprio corpo autorizará a prática da eutanásia, ou, inversamente, o prolongamento terapêutico? Talvez não haja outra área que levante, hoje, questões tão graves atinentes ao respeito pela pessoa.

2º *A segurança, ou liberdade individual.* Essa liberdade fundamental pertence às liberdades da pessoa física: é a certeza, para os cidadãos, de que não serão objeto, principalmente por parte do poder, de medidas arbitrárias que os privem de sua liberdade material, tais como prisão ou detenção. Mas a noção de segurança é muito mais ampla: para além da privação da liberdade física, ela condena *toda forma arbitrária de repressão*. O objeto da segurança é, portanto, a segurança jurídica do indivíduo diante do poder. Por isso, constitui igualmente uma proteção antecipada de todas as outras liberdades. Também é uma liberdade fundamental, que garante as outras.

A noção de *segurança*, que encontramos aqui pela primeira vez, desempenha, com respeito às liberdades, um papel a um só tempo essencial e ambíguo. Cumpre ainda distinguir a *segurança jurídica*, que acabamos de definir, da *segurança física* – proteção contra as agressões humanas e os flagelos naturais –, e da segu-

rança *socioeconômica*, acesso a um nível de vida que permita o desenvolvimento da pessoa. Essas três formas de segurança são igualmente necessárias ao exercício das liberdades, entravado tanto pela arbitrariedade do poder como pelo medo da violência e pelas múltiplas formas da miséria. Mas elas podem, inversamente, paralisar sua ação: o medo da violência pode levar a opinião pública a aceitar uma repressão mais rigorosa geradora de insegurança jurídica, a busca de uma total segurança socioeconômica apresenta o risco de sujeitar o indivíduo ao Estado-providência, dono dos meios necessários a essa segurança.

A segurança física se prende ao mesmo tempo à polícia administrativa e à repressão da criminalidade. A busca da segurança socioeconômica é objeto dos direitos que conferem ao homem, sobre a sociedade, créditos – tratamentos, emprego, instrução, etc.

A segurança jurídica pressupõe uma primeira condição: a atribuição ao juiz da integralidade da função repressiva, com exclusão do executivo e, *a fortiori*, dos particulares. Ela exige, por outro lado, que a intervenção do juiz apresente certas garantias, do tríptico ponto de vista do próprio juiz (estatuto que assegura a independência com relação ao poder), da regra aplicável (legalidade dos delitos e das penas, não-retroatividade da lei) e do processo (presunção de inocência aplicada ao réu, respeito aos direitos de defesa, regulamentação estrita da prisão preventiva, etc.).

Vinculamos à segurança o estudo do *regime dos alienados* e das garantias necessárias para prevenir internações que não sejam justificadas do ponto de vista médico.

Podemos vincular-lhe também – pois trata-se mesmo de uma proteção antecipada contra todas as formas de arbitrariedade – as medidas tomadas para prevenir os perigos aos quais a concentração das informações individuais, notadamente por meio das novas técnicas, expõe os particulares.

27. b) *As proteções particulares*. As proteções gerais não esgotam todas as liberdades da pessoa física. Outras, quase tão indispensáveis ao homem, constituem, todavia, proteções mais específicas, como o respeito à vida privada ou ainda a liberdade de locomoção.

1.º *A liberdade da vida privada*. O direito, de longa data, reconhece ao indivíduo certa esfera de atividade cujo acesso ele tem a liberdade de recusar aos outros: é a vida privada. A essa idéia se vinculam: o direito à intimidade da vida privada propriamente dito, tal como aparece na grande lei de 17 de julho de 1970, a proteção do domicílio, que é a sede por excelência da vida privada, o sigilo da correspondência e das conversas telefônicas, a proteção contra a videovigilância, o sigilo profissional imposto àqueles cujas funções implicam entrar na vida privada dos outros, enfim, o direito à proteção da vida familiar.

2.º *A liberdade de trânsito*. É a possibilidade, para o homem, de se locomover como bem entender. Ela se define, no interior do território nacional, por um direito comum, diversamente restritivo conforme se trate dos pedestres ou dos veículos e que se estende à liberdade de estacionamento.

Ao lado desse direito comum, o estudo da liberdade de trânsito comporta o de certo número de regimes próprios das formas particulares de locomoção: regime de trânsito dos veículos oferecidos ao público (táxis, transportes coletivos), travessia das fronteiras para sair da França (regime dos passaportes), acesso dos estrangeiros ao território nacional e regulamentação de sua permanência, que adquiriram, com o desenvolvimento da imigração e os problemas criados pelo direito de asilo, uma importância maior, enfim, regulamentação das profissões ambulantes.

28. 2.º) *As liberdades da pessoa intelectual e moral*. As liberdades de pensamento são múltiplas e essenciais: liberdade de opinião, em primeiro lugar, ou seja, liberdade de formar um juízo próprio em todos os campos, que ganha o nome de liberdade de consciência quando se aplica à atitude religiosa e que nesse ponto se prolonga na liberdade de cultos; liberdade de expressão do pensamento sob todas as suas formas: imprensa, livro, criação artística, espetáculos, rádio e televisão, internet, recentemente; enfim, liberdade da difusão sistemática do pensamento, pelo ensi-

no e, ademais, por sua afirmação coletiva: reuniões, manifestações, associações que podem, aliás, ser postas a serviço de outras finalidades.

**29. 3.º) As liberdades sociais e econômicas.** Concer-nem mais especialmente à vida profissional e à atividade eco-nômica. As mais tradicionais, de inspiração liberal e indivi-dualista, são o direito de propriedade, a liberdade de trabalho, a liberdade de comércio e de indústria, ou seja, o direito, para cada qual, de escolher, nessas áreas, sua atividade e de criar e administrar empresas.

O retrocesso do individualismo liberal fez que se acres-centassem a esses direitos a liberdade de greve e a liberda-de sindical, aplicação da liberdade de associação à defesa coletiva dos interesses profissionais.

*B. Valor relativo dessa classificação*

**30.** É útil, para esclarecer a matéria, distinguir e agru-par as diversas liberdades. Mas deve-se dar a esses agrupa-mentos apenas um valor relativo, por duas séries de razões.

**31. 1.º) A transversalidade das liberdades.** Grande nú-mero de liberdades vai além da categoria à qual se costu-ma vinculá-las. A liberdade de imprensa, por exemplo, é, na medida em que é atinente à expressão das opiniões, uma das liberdades fundamentais da pessoa intelectual. Mas ela também se prende ao grupo das liberdades econô-micas: a criação de um jornal – por mais modesto ou confi-dencial que seja, a exemplo dos *Cahiers de la quinzaine* de Péguy –, supõe a liberdade de empresa. Aliás, é isso que permite a alguns de seus defensores, não os mais puros, jo-gar nos dois times e cobrir com a bandeira da liberdade do espírito interesses nos quais este tem uma parte menor do que a busca do lucro. Assim também, as liberdades de reu-nião e de associação podem servir tanto a interesses econô-

micos como à difusão de idéias ou de opiniões. É por isso que se costuma agrupá-las, com o direito sindical e o direi-to de greve, na categoria das liberdades coletivas, preocu-pando-se não com sua finalidade, que é variável, mas com seu modo de exercício: umas e outras só podem ser exerci-das se muitos ficarem de acordo para isso.

Há, pois, em toda classificação das liberdades, um ele-mento de arbitrariedade que lhe deixa um valor apenas re-lativo.

**32. 2.º) A complementaridade das liberdades.** Mais profundamente, a distinção das diversas liberdades não deve fazer que se perca de vista sua estreita solidariedade. Não as poderíamos considerar isoladamente: elas são complemen-tares. A segurança, como vimos, é a proteção antecipada de todas as outras liberdades. Assim também, as liberdades da pessoa física são indissociáveis das liberdades intelectuais.

Essa solidariedade pode parecer menos evidente no que concerne às liberdades econômicas. Chegaram a sus-ter que havia uma dissociação possível entre as liberda-des desse grupo e as outras, e que um Estado podia reco-nhecer as segundas mesmo recusando as primeiras: é o pro-blema do Estado economicamente socialista e politicamente liberal. A dissociação, supondo-se que seja possível, parece ter um limite. Parece que certa zona de propriedade privada, criadora de segurança, é indispensável ao exercício das outras liberdades: quem se encontra num estado de dependência econômica total dificilmente pode exercê-las. A condição dos assalariados do século XIX, totalmente submissos, do ponto de vista econômico, à arbitrariedade patronal e, por essa ra-zão, expostos ao conformismo ideológico que a acompanha-va, é um exemplo disso. A situação é a mesma, e os riscos idênticos, ou até mais graves, quando a dependência econô-mica existe com relação ao Estado. Quanto à liberdade da es-colha da atividade profissional, ela vai além do simples plano econômico e repercute em toda a vida da pessoa.

A solidariedade é igualmente muito nítida entre as liberdades individuais e coletivas: o homem, ser social, é naturalmente inclinado a situar sua ação pessoal no nível do grupo. As liberdades individuais ficam, portanto, amputadas se lhes são recusados esses prolongamentos coletivos.

Assim, as diversas liberdades são os componentes de um único e mesmo conjunto, as peças de um mesmo sistema de civilização, que o direito se atém a traduzir. Daí a necessidade, antes de examinar o regime próprio de cada uma delas, de dar uma visão sintética delas.

Esse é o objetivo deste volume, sendo o Livro 2 da presente obra consagrado ao estatuto de cada uma das principais liberdades.

**33. Liberdades “fundamentais”?** Será preciso estabelecer, entre as liberdades públicas, uma hierarquia, conforme certos textos lhes reconheçam ou não um caráter fundamental? Diversos autores o sustentam. Na realidade, o adjetivo “fundamental”, que não tem por si só um sentido jurídico, é empregado de modos muito diversos. O artigo 34 da Constituição o aplica, não às liberdades, mas às suas garantias, a Convenção Europeia, em seu título, o utiliza, sem discriminação, para todas. Parece difícil, pois, objetivamente, distinguir entre as liberdades que se beneficiam, todas, da mesma consagração. Decerto as condições concretas nas quais se exercem as liberdades podem levar o juiz constitucional ou o Tribunal Europeu a modular as modalidades e a extensão da proteção de que elas gozam. Mas esses matices não parecem permitir que se conclua por uma hierarquização rejeitada tanto pela noção de constitucionalidade, que não comporta graus, quanto pelo direito europeu. Todas as liberdades relativas a uma ou ao outro são igualmente “fundamentais”, ou seja, necessárias para o desenvolvimento da pessoa humana.

Mais recentemente, inspirando-se na concepção alemã dos “direitos fundamentais”, certos autores propuseram uma nova definição da noção de “liberdades fundamentais”. Segundo eles, a distinção entre liberdades públicas e liberdades fundamentais

não se deveria a um rótulo de “fundamentalidade” posto por certos textos, mas, antes, ao nível normativo do texto que as formula. A linha divisória entre liberdades fundamentais e liberdades públicas se moldaria, de fato, por aquela que distingue o princípio de constitucionalidade do princípio de legalidade. Assim, para Louis Favoreu: “os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo; enquanto as liberdades públicas – no sentido do direito francês clássico – são essencialmente protegidas contra o poder executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não só da lei, mas sobretudo da Constituição ou dos textos internacionais ou supranacionais. Em terceiro lugar, a proteção dos direitos fundamentais necessita, para defender-se dos poderes executivo e legislativo, em aplicação dos textos constitucionais (ou internacionais), que deles sejam incumbidos, não mais apenas os juízes ordinários, mas também os juízes constitucionais e mesmo os juízes internacionais” (*Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle*, “L’effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone”. Colloque international de l’Île Maurice, 29 de setembro – 1.º de outubro de 1993, Aupelf-Uref, 1994, p. 48).

Sobre a questão das *liberdades fundamentais*: O. Dord, “Libertés publiques ou droits fondamentaux?”, in *Les libertés publiques*, Cahiers français, n.º 296, maio-junho de 2000, La Documentation française, p. 11; L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2.ª ed., 2001; M. Fromont, *Les droits fondamentaux dans l’ordre juridique de la République fédérale d’Allemagne*, Recueil d’études en hommage à Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, p. 49; E. Picard, “L’émergence des droits fondamentaux en France”, *AJDA*, número especial, julho-agosto de 1998, p. 6; J. Rivero, “La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration”, in *Conseil constitutionnel, la déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25-26 mai 1989, PUF, 1989, p. 75; F. Terré, “Sur la notion de droits et libertés fondamentaux”, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 8.ª ed., 2002, p. 5.

## 3. MÉTODOS E BIBLIOGRAFIA GERAL

## A. Métodos

34. O estudo das liberdades públicas apresenta uma dificuldade particular, devida ao caráter de “disciplina-convergência” própria da matéria. Supõe o conhecimento de certo número de dados fundamentais ligados a outras disciplinas. Constantemente ele recorre a noções tais como as de democracia, de separações dos poderes, de legalidade, de polícia administrativa, para ficarmos em alguns exemplos. Não pode, é evidente, voltar a essas noções, supostamente conhecidas pelo estudante e pelo leitor. Aqueles para quem essa presunção não corresponder à realidade deverão refrescar a memória nas obras de direito constitucional, de direito administrativo e das outras disciplinas envolvidas.

35. A necessidade dos conhecimentos básicos se verifica especialmente no que concerne à *jurisprudência*. É ela que fornece, neste como noutros pontos, o essencial dos exemplos concretos e, além disso, desempenhou um papel criador e regulador de extrema importância. O Tribunal de Conflitos e o Conselho de Estado, em particular, estão na origem das regras essenciais para a proteção das liberdades. Ocorre o mesmo com o Conselho Constitucional e com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Daí a necessidade de ter em mente, para compreender o sentido e o alcance das decisões citadas, os contextos gerais do contencioso administrativo e os principais acórdãos da jurisprudência administrativa (citados, nesta obra, com referência ao livro de Long, Weil, Braibant, Devolvé e Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13<sup>a</sup> ed., 2001, pelo menos para os ali relatados). A mesma observação vale para o Conselho Constitucional, cujas iniciativas jurisprudenciais capitais já assinalamos (Favoreu e Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>a</sup> ed., 2001) e também para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

36. A situação atual das liberdades públicas é função da *história*: evolução das idéias e sucessão dos acontecimentos. Aí também, conhecimentos pelo menos sumários são necessários, e supostamente adquiridos (para um apanhado sintético, o leitor po-

derá consultar a estimulante coleção “Histoire politique de la France”, dirigida por A. Teyssier nas edições Pygmalion).

37. Uma derradeira observação: os problemas apresentados pelas liberdades públicas não são nem um pouco abstratos: é a cada dia, e pelo mundo inteiro, que afloram à superfície da atualidade, às vezes no primeiro plano. É preciso, pois, para dar à matéria seu verdadeiro caráter e sua dimensão, empenhar-se em apreender, através da imprensa e na vida, os fatos a ela vinculados, e que ela pode esclarecer. O contato entre o estudo teórico e a realidade cotidiana, sempre útil, é, em matéria de liberdades públicas, particularmente necessário e fecundo.

## B. Bibliografia geral

38. Do caráter pluridisciplinar da matéria resulta que a bibliografia das liberdades públicas deveria abarcar a maioria das disciplinas jurídicas. As obras de direito constitucional, as de direito administrativo, fornecem bases indispensáveis. Assim como as obras de direito e de processo penal (regime repressivo, liberdade individual), de direito do trabalho (liberdade sindical, direito de greve), de direito internacional e europeu (para a proteção internacional das liberdades).

Resulta também que encontramos, na quase totalidade das revistas jurídicas, artigos relativos às liberdades públicas. Assim, seremos levados a consultar principalmente, além dos ementários de jurisprudência (*Dalloz e Semaine juridique*), a *Revue du droit public et de la science politique*, a *Actualité juridique* (Direito administrativo), a *Revue française de droit administratif*, a *Revue administrative*, a *Revue française de droit constitutionnel*, o *Annuaire international de justice constitutionnelle*, *Droit social*, a *Revue internationale des sciences administratives*, a *Revue internationale de droit comparé*, a *Revue européenne de droit public*, a *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, a *Revue universelle des droits de l'homme*. Ademais, os problemas relativos às liberdades são freqüentemente, na imprensa cotidiana e semanal, objeto de artigos às vezes seriamente documentados, indispensáveis, de todo modo, para seguir a atualidade.

Atendo-nos às obras especializadas, os manuais básicos são: G. Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, 4<sup>a</sup> ed., 1972; R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, *Th. Revet, Libertés et droits fondamentaux*, 8<sup>a</sup> ed.,

2002; C. A. Colliard, *Libertés publiques*, Dalloz, 7ª ed., 1989; L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2ª ed., 2001; A. Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, "Systèmes", 7ª ed., 2002; J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998; G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 5ª ed., 2001; Cl. Leclerc, *Libertés publiques*, Litec, 4ª ed., 2000; D. Lochak, *Les droits de l'homme*, La Découverte, "Repères", 2002; Y. Madiot, *Droits de l'homme*, Masson, 2ª ed., 1991; *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998; B. Mathieu e M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002; J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 5ª ed., 2000; J. Robert e J. Duffar, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, 7ª ed., 1999; B. Stirn, *Les libertés en question*, Montchrestien, "Clefs", 4ª ed., 2002; P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, "Cours", 4ª ed., 2001.

No tocante ao direito europeu, podem-se consultar, por exemplo: J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 3ª ed., 2002; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5ª ed., 2001.

Os principais textos que interessam à matéria estão reunidos principalmente em: M. Delmas-Marty e Cl. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux. Introduction, textes et commentaires*, Point-Seuil, 2ª ed., 2002; J. Robert e H. Oberdorff, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, 5ª ed., 2002.

Afora obras propriamente jurídicas, serão lidas com proveito: R. Aron, *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965; *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, 1965; I. Berlin, *Éloge de la liberté* (1969), Presses Pocket "Agora", 1990; M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, "Les voies du droit", 1989; M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, "Bibliothèque des histoires", 1989; J.-M. Guehenno, *L'avenir de la liberté*, Flammarion, 1999; R. Errera, *Les libertés à l'abandon*, Le Seuil, 1975; D. Halévy, *Décadence de la liberté*, Grasset, 1930.

## PRIMEIRA PARTE

### Os direitos do homem: gênese e evolução

39. A proteção jurídica das liberdades públicas atém-se a traduzir no direito positivo certa concepção ideológica das relações do homem com a sociedade. Seu aparecimento e sua evolução só se explicam em função dessa ideologia.

Na França, a que ainda domina o direito se afirma num momento preciso da história, através de um documento que lhe dá sua forma e continua a base de sua propagação: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Logo, é necessário examinar em primeiro lugar a concepção dos direitos do homem na Declaração, cuja atualidade foi confirmada pela celebração de seu bicentenário (cap. I). Estudaremos em seguida os diversos aspectos da evolução que afetou as concepções iniciais, tal como ela aparece nos documentos constitucionais ou internacionais que, desde 1789, retomaram o problema dos direitos do homem: ela define as bases do direito positivo (cap. II).