

ano 19 - n. 78 | outubro/dezembro – 2019
Belo Horizonte | p. 1-290 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i78
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Das liberdades públicas aos direitos fundamentais: um estudo do caso francês

From public liberties to fundamental rights: a study of the French case

Gabriel Rezende de Souza Pinto*

Université Paris 8 (França)
grezendesou@gmail.com

Recebido/Received: 23.06.2019 / June 23th, 2019
Aprovado/Approved: 20.12.2019 / December 20th, 2019

Resumo: Este artigo examina o processo de expansão mundial dos direitos fundamentais, estudando a introdução deste conceito na França da segunda metade do séc. XX. O caso francês exhibe algumas particularidades importantes, notadamente em sua resistência, ao que, para alguns, pareceu uma assimilação apressada de uma cultura jurídica estrangeira. Esse conflito operativo será discutido de forma esquemática, contrastando-se a teoria dos direitos fundamentais, de origem alemã, e a autóctone teoria das liberdades públicas – derivada dos desenvolvimentos históricos do Direito Administrativo francês. Por meio de revisão da literatura correspondente ao tópico, mostrarei não apenas de que modo as instituições europeias promoveram uma ideia bastante específica dos direitos fundamentais, mas também as razões que levaram esta última à hegemonia no campo jurídico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdades públicas. Direito europeu. Direito constitucional. Direito administrativo.

Abstract: This paper examines the process of world-expansion of “fundamental rights” through a study of this concept’s introduction in France during the second half of the 20th century. The French case exhibits some important particularities, most notably in its resistance to what was deemed by some a hasty assimilation of a foreign legal culture. This operative conflict will be schematically discussed

Como citar este artigo/*How to cite this article:* PINTO, Gabriel Rezende de Souza. Das liberdades públicas aos direitos fundamentais: um estudo do caso francês. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 165-194, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1145.

* Doutor em Filosofia pela Université Paris 8 (Paris, França). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: grezendesou@gmail.com.

by contrasting a German-born theory of fundamental rights and a more autochthone theory of public liberties – which is derived from the historical development of Administrative Law in France. By reviewing the literature on the matter, I shall demonstrate how the European institutions have fostered a very specific idea of fundamental rights. I shall also demonstrate the reason why a theory of fundamental right has become largely hegemonic.

Keywords: Fundamental rights. Public liberties. European law. Constitutional law. Administrative law.

Sumário: **1** Introdução – **2** Uma recepção controversa – **3** Direitos fundamentais e liberdade públicas: a recepção francesa – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

A noção de “direitos fundamentais” está a tal ponto atrelada às nossas ideias de “Estado de Direito” e “democracia”, que temos dificuldade de pensar que a relação entre esses termos possui uma história complexa, não linear e atravessada por dinâmicas de resistência. O caso da recepção francesa do instituto dos “direitos fundamentais” é particularmente ilustrativo neste sentido. Para um leitor brasileiro, esse debate apresenta ao menos dois pontos de interesse. Em primeiro lugar, ele reflete o embate entre a expansão global de um modo de pensar o constitucionalismo e as vicissitudes de uma tradição local. Se estamos acostumados a lidar, no Brasil, com um legado ambíguo de “importação de instituições políticas”;¹ e se essas transposições conceituais acarretam problemas de ordem neocolonial ou de inadequação contextual, o caso francês nos oferece, contudo, o exemplo de uma pressão por homogeneização exercida sobre um país cuja tradição intelectual domina fatia importante do mercado mundial das ideias. Joga-se, assim, luz não apenas sobre aquilo que Pierre Bourdieu chamou de “circulação internacional de ideias”,² mas também sobre as reações protetivas de estruturas constitucionais locais que se intorsam. Referimo-nos a isso como “cis-constitucionalismo”.

Em segundo lugar, ao estudar a contraposição entre os direitos fundamentais e uma das doutrinas que com eles concorrem, as liberdades públicas, verificaremos a existência de uma diferença que não se limita aos contornos semânticos de dois conceitos abstratos. Mais do que a adoção ou não de um instituto jurídico estrangeiro, está em causa uma completa reformulação de determinado sistema de direitos, com conseqüente rearranjo da própria vivência histórica da separação de poderes. Com efeito, poderíamos falar aqui de uma “distinção extensiva”, posto que as vantagens evolutivas dos direitos fundamentais se deixam ler mais como

¹ LYNCH, Christian. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 35, n. 19, p. 75-119, 2016.

² BOURDIEU, Pierre. Les conditions sociales de la circulation internationale des idées. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 145, p. 3-8, 2002.

um salto qualitativo do que como uma alteração gradual. Mesmo o leitor que não possui particular interesse pelo caso francês poderá se beneficiar deste debate, porque ele envolve conceitos *in actu*: uma práxis conceitual que revela variantes inesperadas e resultados imprevistos.

Este artigo está dividido em duas partes. Na primeira delas, são apresentadas as circunstâncias históricas que determinaram a hegemonia da teoria dos direitos fundamentais na Europa. Dá-se ênfase à sua formulação na Alemanha e ao modo como as instituições europeias souberam impô-la a todo o continente. A partir desses pressupostos, discute-se a recepção francesa dos direitos fundamentais e o modo como a doutrina das liberdades públicas, até então dominante naquele país, foi reformulada para competir com a “fundamentalidade”. De um lado, soberanistas, apologistas da tradição local, apostam em um modelo em que indivíduos gozam de conquistas legislativas contra o Estado; de outro, pró-Europeus defendem um modelo de direitos fundamentais baseado no caráter progressivo de direitos básicos afirmados pelo Poder Judiciário. Se esta última posição se tornou dominante, as razões devem ser buscadas – segundo a hipótese que testaremos – em três fatores: a) o incrementalismo dos direitos fundamentais; b) o alargamento do rol de pessoas protegidas; e c) a conciliação entre uma teoria semântica do direito e uma teoria da autoridade do Judiciário.

2 Uma recepção controvertida

Para compreender a recepção francesa da teoria dos direitos fundamentais, é preciso antes entender os mecanismos de pressão que operam sobre aquele sistema jurídico. Tal pressão é, em parte, exercida pelos mecanismos ordinários de circulação de ideias no campo universitário e, em parte, exercida pela crescente integração no seio da União Europeia.

2.1 O surgimento de uma teoria dos direitos fundamentais na Alemanha do pós-guerra

Grande parte da manualística alemã tende a oferecer uma abordagem construtivista dos direitos fundamentais, tratando-os como fruto de desenvolvimento histórico singular que remonta à Magna Carta inglesa e se aprofunda em posteriores marcos acontecimentais (événements): a constituição americana, a Declaração de Direitos, a constituição da Confederação da Alemanha do Norte.³ Tal abordagem,

³ Cf. WIENBRACKE, Mike. *Einführung in die Grundrechte: Mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*. Wiesbaden: Springer, 2013; e EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin: Springer, 2009.

contudo, nos distancia de nosso objeto, a saber, a constituição de uma prática e de uma dogmática específica dos direitos fundamentais. Essas se verificam somente sob o pano de fundo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. O avanço da semântica dos direitos fundamentais não é um resultado episódico; ele não deriva, por exemplo, de um exercício singular de poder constituinte ou de uma lista de direitos de origem legislativa. Como frisa Ernst-Wolfgang Böckenförde, os direitos fundamentais “são muito mais o resultado de uma interpretação e qualificação [desses mesmos direitos] a partir da cooperação entre a jurisprudência constitucional e a Teoria do Estado”.⁴

A construção jurisprudencial dos direitos fundamentais é um elemento importante para pensarmos tanto seu sucesso quanto seu rechaço; ela está no cerne de uma longa controvérsia sobre a “hipertrofia dos direitos fundamentais”⁵ e sobre a transformação dos tribunais constitucionais em “fatores políticos”,⁶ que acabará afetando decisivamente a recepção francesa da teoria dos direitos fundamentais. Mas para que possamos, de fato, compreender os riscos que assim se apresentam, é necessário aportar uma precisão complementar. Há grande consenso na literatura de influência alemã quanto à existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. Aquela diz respeito à defesa dos sujeitos de direito contra as ações estatais; esta se refere àquilo que, após o julgamento do caso *Luth*, em 1958, ficou conhecido como “ordem objetiva de valores”. Por um lado, portanto, direitos fundamentais significam um dispositivo de defesa da liberdade do indivíduo contra o Estado; por outro, eles são uma espécie de decisão fundamental quanto aos valores da comunidade política e a necessidade de protegê-los. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, essa dimensão valorativa de caráter objetivo não se limita a este ou àquele instituto jurídico em particular, senão se espraia por todo o ordenamento jurídico: “Deve se aplicar como um axioma constitucional por todos os ramos do direito: os poderes legislativo, executivo e judiciário recebem dele suas linhas fundamentais e seu impulso”.⁷

⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, v. 29, n. 1, p. 1-31, 1990. No original: “Sie sind vielmehr das Ergebnis einer Ausdeutung und Qualifizierung der Grundrechte in Zusammenwirken von verfassungsrechtlicher Rechtsprechung und Staatslehre”.

⁵ BETTERMAN, K. A. *Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht*. Berlin: Heymann, 1988, p. 49.

⁶ GUSY, Christoph. Das Bundesverfassungsgericht als politischer Faktor. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, v. 9, n. 5, p. 93-101, 1982.

⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BvR 400/51*, 15 jan. de 1958, p. §25. No original: “Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse”.

Robert Alexy desenvolveu conhecido esquema interpretativo, no qual essa dimensão objetiva é predicada com cinco características basilares: a) envolve normas obrigatórias (e não meros programas ou manifestação de intenções); b) independe do modelo clássico de relações jurídicas subjetivas; c) efetiva-se por regras ou princípios; d) possui uma dimensão de fundamentação argumentativa para a defesa de interesses; e) refere-se à proteção de bens coletivos, ainda que estes eventualmente se individualizem.⁸ Independente daquilo que se chamou de uma “tese da subjetivação”,⁹ fica claro que a experiência institucional dos direitos fundamentais está ligada à possibilidade de constantemente determinar e continuamente desenvolver o conteúdo dos valores de uma comunidade política.

É óbvio que a esta conclusão seguem-se dúvidas importantes sobre o ente competente para propulsionar a evolução axiológica das normas constitucionais; pode-se igualmente indagar das vias procedimentais hábeis a conduzir tal processo. O TFC desenvolverá, a partir da segunda metade do séc. XX, uma série de técnicas de fundamentação racional para decisões dos *Grundrechte*. Dentre elas, sem dúvida a técnica da ponderação e, em especial, o conceito de “proporcionalidade” se acham no âmago do projeto. Parafraseando uma afirmação de Bernard Schlink, poderíamos dizer que a história do constitucionalismo alemão do pós-guerra se confunde com o desenvolvimento dos direitos fundamentais por uma corte constitucional;¹⁰ não causa, portanto, surpresa que um número considerável de comentaristas tenha relacionado esse processo àquilo que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.¹¹

De imediato, nota-se que a teoria dos direitos fundamentais aporta duas vantagens competitivas aos juristas. *Primo*, ela oferece ao jogo de dação e recebimento de razões, típico da prática jurídica, um critério de verificação, ou uma “verificação escrupulosa” [gewissenhafte Nachsehen], no sentido de Wittgenstein.¹² De fato, está em curso um “controle através de expansão”, no qual a correção dos critérios de divisão entre lícito e ilícito atende a uma tendência expansiva, um desdobramento constante e necessário, um desenvolvimento irrefreável da lógica constitucional.

⁸ ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. p. 265 et seq.

⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1986, p. p. 452.

¹⁰ SCHLINK, Bernard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, P.; Dreier, H. (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

¹¹ Para uma análise detalhada dessa questão, ver BENVINDO, Juliano. *On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism*. Heidelberg Germany. New York: Springer, 2010.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations – Philosophische Untersuchungen*. Oxford: Blackwell, 2000, p. 70.

Secundo, os direitos fundamentais unificam uma teoria semântica do direito e uma teoria da autoridade. O exemplo mais evidente deste fato é a construção da noção de “mínimo existencial” a partir do conteúdo semântico da expressão “dignidade humana”, contida no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn. Historicamente, TFC e tribunais administrativos construíram, em suas jurisprudências, deveres de prestação positiva pelo Estado não catalogados no texto constitucional, justificando-os pela necessidade de atender as “condições mínimas de uma existência humana digna” – para usar a expressão do TFC no caso *Waisenrente II*.¹³ Assim, o conteúdo da dignidade humana foi paulatinamente sendo precisado¹⁴ em paralelo a um movimento de centralização: o dever-poder de dizer o que é a existência humana digna, em termos constitucionais, vai se deslocando em direção aos órgãos jurisdicionais, notadamente a corte constitucional. Em outras palavras, o desenvolvimento progressivo dos direitos é sensivelmente retirado das contingências típicas dos corpos legislativos e atribuído à autoridade de um corpo de hermenutas autorizados.

2.2 Direitos fundamentais e as instituições europeias

Ao lado do desenvolvimento da teoria e da prática jurisprudencial dos direitos fundamentais na Alemanha do pós-guerra, consolida-se, de forma paulatina, um sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Entre a *Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, que entre em vigor no dia 2 de setembro de 1953, e a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, adotada no ano de 2000 e posteriormente alçada à condição de norma basilar pelo *Tratado de Lisboa*, em 2007, observa-se uma intensificação da semântica da fundamentalidade.

Houve durante bastante tempo, e há ainda hoje, diagnóstico segundo o qual a integração europeia teria se dado através de dois vetores: uma Europa do mercado, cuja ancoragem jurídica teria ocorrido pelas mãos do antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – convertido depois em Tribunal de Justiça da União Europeia –, e uma Europa dos direitos, cuja expressão máxima seria o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A interpretação dominante deste desenvolvimento histórico dá conta de uma inicial autonomia divergente entre os dois campos. Essa fratura teria sido gradativamente recosida por meio de “diálogos entre juízes” e da

¹³ Para uma análise doxográfica da matéria, ver Neumann, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum: Antrittsvorlesung* 19. Mai 1994. Berlin. Humboldt-Univ. zu Berlin, Jurist. Fak., Inst. für Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1995.

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, para uma visão similar das relações entre dignidade humana e direitos sociais.

“diplomacia judicial”, o que reforça a ideia de que se foi construindo uma noção comum de proteção de direitos. É o que afirma Delphine Dero-Bugny:

O emparelamento entre as duas jurisdições, devido essencialmente ao conteúdo dos tratados que as instituiu, durou, contudo, pouco tempo. E isso em virtude, principalmente, da consagração, em nível comunitário, dos direitos fundamentais e da dupla adesão dos Estados membros das Comunidades (e depois da União) aos sistemas da União Europeia e da Convenção Europeia.¹⁵

Para uma Europa marcada por déficits de integração e confrontada com a ausência de liames de solidariedade imediatos (linguísticos, religiosos, étnicos, etc.), a integração pelo direito surgia como horizonte ideal. Enquanto politólogos, juristas e a sociedade em geral discutiam se o direito, de fato, *poderia favorecer a integração europeia* – título de conhecido artigo de Christian Mouly¹⁶ – a resposta conjunta de Luxemburgo e Estrasburgo¹⁷ foi a construção de um núcleo de direitos fundamentais. Trata-se, sem dúvida, de um ônus demasiadamente oneroso, e os objetivos do presente artigo seriam em muito excedidos se dele se esperasse uma aferição do sucesso desta política integrativa. Convém anotar, com Niklas Luhmann, que, desde o princípio, os direitos fundamentais foram um “tema que rompia com o quadro simples da tomada de decisão jurídica, mesmo a constitucional”. Nas palavras do sociólogo de Bielefeld: “Quem trata de direitos fundamentais não pode simplesmente tratar de direitos fundamentais”.¹⁸ Isso significa que o sucesso desses direitos no comércio mundial de ideias tem a ver, para além de soluções jurídicas inovadoras, com o tipo de prestação social que realizam. E nisso residem sua chance e seu risco: sua chance em termos de aprofundamento democrático; seu risco em termos de uma tutela tecnicista dos conceitos de liberdade e igualdade.

Laurence Burgorgue-Larsen, professor da Universidade de Paris I, sugere que a construção, em nível europeu, dos direitos fundamentais se deve não apenas

¹⁵ DERO-BUGNY, Delphine. *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Versão digital não paginada*. Cork: Primento Digital Publishing, 2015, p. Introdução. No original: “Le cloisonnement entre les deux juridictions, découlant pour l'essentiel du contenu des traités qui les ont instituées, a été cependant de courte durée en raison principalement de la consécration, au niveau communautaire des droits fondamentaux et de la double appartenance des États-membres des Communautés puis de l'Union au système de l'Union européenne et à celui de la Convention européenne”.

¹⁶ Cf. MOULY, Christian. Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne? *Revue internationale de droit comparé*, v. 37, n. 4, p. 895-945, 1985.

¹⁷ Sedes do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, respectivamente.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin. Duncker und Humblot, 1986, p. 201. No original: “Grundrechte waren zwar von je her ein Thema, das den Rahmen einer einfachen juristischen, und sei es verfassungsrechtlichen, Entscheidungsvorbereitung sprengte. Wer von Grundrechten handelt, kann nicht nur von Grundrechten handeln”.

a um aprofundamento da noção de “direitos humanos”, senão também a uma pressão adaptativa exercida pelo judiciário alemão sobre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Segundo ele, “a Europa tomou consciência dos direitos fundamentais graças aos juízes alemães, e isso se deu por duas vias: pelo reenvio prejudicial e, em seguida, pelas vias do direito constitucional”.¹⁹ O judiciário alemão, sobretudo a partir dos anos 1970, remeteu à Corte de Luxemburgo uma série de questões prejudiciais²⁰ que, por sua própria natureza, já possuíam a forma da teoria dos direitos fundamentais. O juiz europeu via-se diante de um quadro inovador e, ademais, substancialmente mais protetivo, revelando a defasagem das normas inscritas dos tratados em relação ao direito constitucional nacional (leia-se: alemão).

O caso mais emblemático dessa dinâmica de acirramento é conhecido pelo nome de *Solange I* (1974), e diz respeito a uma empresa alemã que reclamava seu direito constitucional de livre-iniciativa contra a Política Agrícola Comum das Comunidades Europeias. Em face do confronto entre a norma europeia e a norma nacional, o TCF afirmou que as comunidades careciam de um parlamento democraticamente legitimado, e que lhe faltava um catálogo de direitos fundamentais. Diante dessas circunstâncias, o TCF decidiu que não haveria primazia incondicional do direito comunitário. Em outras palavras, enquanto (*solange*) a salvaguarda dos direitos fundamentais em nível europeu não fosse compatível com o nível de proteção alemão, o TCF continuaria a receber recursos atinentes à incompatibilidade das diretivas europeias contra o direito interno.²¹

Decisões como *Solange I* contribuem para um aumento de pressão institucional sobre os tribunais europeus, que se veem forçados a adequar-se normativamente a *standards* de proteção mais elevados. Tanto no caso das cortes de Luxemburgo quanto de Estrasburgo, privilegiou-se, como frisa Constance Grewe (ex-professora da Universidade de Caen), uma reiterada importação de técnicas de decisão em

¹⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. In: AUBY, J.-B. (Org.). *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Paris: Dalloz, 2010, p. 392. No original: “L'Europe intégrée a pris conscience des droits fondamentaux grâce aux juges allemands, et ce, par deux biais. Celui du renvoi préjudiciel tout d'abord et celui des voies de droit constitutionnel ensuite”.

²⁰ Segundo o art. 267 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer de casos que envolvam: a) a interpretação de tratados da União; b) a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. O referido artigo ainda precisa o procedimento a ser adotado caso uma questão prejudicial seja levantada diante de um juiz nacional: “Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. // Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. // Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

²¹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 37, 271 - Solange I*, 29 de maio de 1974.

direitos fundamentais oriundas do judiciário alemão.²² Uma importação não raro deformadora, certamente; mas uma importação que se empenhava em reproduzir certo patamar de racionalidade das decisões expandindo paulatinamente o conteúdo dos direitos fundamentais. Verifica-se, então, em eco uma segunda consequência: os demais Estados membros passam a se orientar por esse mesmo patamar de proteção robustecido. Por um efeito de “contágio”,²³ as técnicas de decisão em direitos fundamentais começam a circular nos espaços nacionais alimentadas pelos usos dos tribunais europeus. Estes desempenham, com efeito, papel de mediação entre os sistemas nacionais e a teoria alemã dos direitos fundamentais, que se difunde agora sem tributos aduaneiros.

Citemos um exemplo. Constituiu-se, entre os tribunais europeus, certa doutrina segundo a qual o desenvolvimento, pelo judiciário, de um catálogo de direitos fundamentais seria o sucedâneo de princípios gerais do direito implícitos nas tradições constitucionais dos Estados europeus. No famoso caso *National Panasonic*, julgado em 1980, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias empregou este dispositivo para afirmar a existência de um “direito ao respeito à vida privada e familiar”. O Tribunal identificou ainda, em sua própria jurisprudência, a existência plena de um princípio da proporcionalidade apto a aferir a legalidade dos atos da Comissão Europeia. Aqui, a teoria dos direitos fundamentais alemã já passava a ser encarada como uma espécie de solo comum de racionalidade desde sempre implícito na longa tradição constitucional dos Estados europeus. É assim que técnicas de decisão, como a ponderação de princípios, serão largamente naturalizadas na *integração europeia pelo direito*.

3 Direitos fundamentais e liberdades públicas: a recepção francesa

Há pleno consenso na literatura de que a introdução da doutrina dos direitos fundamentais na França se inicia com o artigo de Michel Fromont, intitulado *Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA*, publicado nos *Mélanges Eisenmann* em 1975. Em 1981, outro marco da história dessa recepção: o Colóquio de Aix-en-Provence sobre o tema “Cortes constitucionais europeias e direitos fundamentais”. As atas deste colóquio foram posteriormente publicadas e se tornaram um ponto de referência para os juristas franceses. Esse documento reflete

²² GREWE, Constance. Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *RUDH*, v. 161, n. 4, p. 26-32, 2004.

²³ GREWE, Constance. La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe. In: BADINTER, R. et al. (Org.). *Le dialogue des juges: mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009, p. 521.

os trabalhos do *Groupe d'études et de recherche sur la justice constitutionnelle* (GERJC), conjunto de constitucionalistas mais geralmente conhecido como a *Escola de Aix*, e responsável por uma profunda renovação dos conceitos e métodos do Direito Constitucional na França.

3.1 Michel Fromont e o constitucionalismo alemão

Michel Fromont, prógono dos direitos fundamentais na França, é, antes de tudo, um especialista em “Direito Público”, isto é, sua formação foi orientada pela cisão entre um “Direito Público”, onde prepondera o Direito Administrativo, e um “Direito Privado”, de cariz civilista. Isto tem que ver, sem dúvida, com a formatação do mundo acadêmico francês e com a história da organização de suas faculdades de Direito. Mas essa divisão espelha, igualmente, uma rígida distinção que remonta à Lei de 16 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária. Há ali, no art. 13, norma que proíbe aos juízes de se imiscuírem nos assuntos do poder executivo e colocar em xeque os poderes públicos. Ainda que não se possa falar corretamente, neste momento, da criação de duas jurisdições distintas (o que ocorrerá ao longo do séc. XIX), verifica-se já a divisão entre a jurisdição civil e o direito público em geral. Se somarmos a isto o fato de que, após a Revolução Francesa, entre os anos de 1804 e 1830, o ensino do direito constitucional será extremamente limitado,²⁴ podemos entender por que razão o Direito Administrativo funcionará, em geral, como a disciplina doadora de sentido do Direito Público francês. Essas circunstâncias influenciaram drasticamente a recepção da teoria dos direitos fundamentais, que ocorre sob o pano de fundo de forte independência do executivo em relação ao judiciário. Para grande parte dos colegas de Fromont, uma teoria que propõe delirar essas fronteiras, posicionando o judiciário no centro de decisões relativas a princípios basilares da vida republicana, soará como perigosa ameaça à tradição jurídica local.

Michel Fromont é educado, portanto, neste contexto e se torna professor, primeiro na Universidade da Borgonha e em seguida na Universidade de Paris I, na área do Direito Público. Seus estudos atestam, desde cedo, o fascínio pela literatura jurídica em língua alemã, o que certamente influenciará sua decisão de estudar com o famoso professor Ernst Forsthoff, interessando-se pela renovação da doutrina administrativista no Além-Reno. Talvez do encontro do *Droit public* com a *Staatlehre* tenha surgido, para Fromont, a necessidade de refletir sobre a crescente expansão da semântica dos direitos fundamentais, posicionando agora a Teoria da Constituição no centro de suas preocupações.

²⁴ Cf. a este título a Lei de 22 de ventoso do ano XII, que organiza o ensino do direito. “O poder político pós-revolucionário não esconderá sua desconfiança em relação a uma disciplina que tende sempre “atacar [as instituições] que existem”: FAVOREU, Louis *et al.* *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013, p. 13.

Em *Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA*, Fromont vai insistir sobre a “novidade” da dogmática dos direitos fundamentais. Ele a contrastará com uma concepção classificada por ele como “formalista”, para a qual a fundamentalidade se resumia a uma hierarquia formal entre normas superiores e normas inferiores. A doutrina formalista, como veremos, era largamente dominante no contexto francês e se referia, em realidade, a uma teoria das liberdades públicas. Fromont atribui aos direitos fundamentais uma dimensão estruturante, o que significa que todas as regras do ordenamento jurídico devem se ordenar ao redor das liberdades fundamentais. Há, portanto, uma revisão da teoria do ordenamento jurídico que envolve agora uma espécie de hierarquia não apenas formal, mas simbólica e material. Fromont indica ainda que a nova dogmática dos direitos fundamentais, preocupada com a salvaguarda judicial das liberdades, acarreta a exacerbação institucional do – em suas palavras – “derradeiro intérprete”: “o Tribunal Constitucional Federal se torna a pedra angular do edifício constitucional alemão”.²⁵

A noção de “fundamentalidade”, para Fromont, não se restringe a uma discussão sobre a classificação hierárquica superior de um determinado conjunto de normas. Para ele, este é apenas o primeiro de três pilares. Os dois outros são: a) o Estado de Direito se define pelos direitos fundamentais e sua função de limitação dos poderes do Estado; e b) O Estado Democrático de Direito se define pela existência de direitos fundamentais materiais cuja substância é condicionante da própria democracia. Fromont é sensível ao que ele considera ser uma evolução gradual do *Rechtsstaat*, cujas sementes já se encontravam no constitucionalismo alemão do séc. XIX, com suas ideias de federalismo e limitação dos poderes monárquicos. O séc. XX, por sua vez, teria visto surgir, para além deles, um princípio democrático:

Em definitivo, apenas o terceiro elemento característico do constitucionalismo alemão, o princípio democrático, evoluiu consideravelmente em dois séculos: democracia censitária e limitada no séc. XIX, a Alemanha se torna uma democracia parlamentar fundada sobre partidos após a experiência de uma democracia plebiscitária.²⁶

Entre as décadas de 1980 e 2000, Fromont vai se dedicar a um amplo estudo do constitucionalismo nos países europeus, com especial atenção para as cortes constitucionais e o controle de constitucionalidade. Um dos indícios importantes

²⁵ FROMONT, Michel. Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA. In: WALINE, M. (Org.). *Mélanges Eisenmann*. Paris: Éditions Cujas, 1975, p. 64.

²⁶ FROMONT, Michel. Le constitutionnalisme allemand. *Pouvoirs*, v. 66, p. 5-20, 1993. No original: “En définitif, seul le troisième élément caractéristique du constitutionnalisme allemand, le principe démocratique, a considérablement évolué en deux siècles: démocratie censitaire et limitée au XIXe siècle, l'Allemagne est devenue une démocratie parlementaire fondée sur les partis, après avoir fait l'expérience malheureuse d'une démocratie semi-plebiscitaire”.

da evolução de seu pensamento é a querela aberta com a Escola de Aix quanto ao controle abstrato de constitucionalidade das leis. Fromont vai mostrar que a posição dominante entre os constitucionalistas franceses, segundo a qual o controle abstrato e concentrado – cuja origem remontaria ao *Bundes-Verfassungsgesetz* austríaco de 1920 – teria se tornado hegemônico na Europa, estava longe de refletir a realidade. Em *La diversité de la justice constitutionnelle en Europe*, ele constata que os Estados europeus adotam modelos variando desde a total aplicação do paradigma norte-americano à total aplicação do paradigma austríaco: entre esses extremos, contudo, um sem-número de arranjos institucionais mistos se reproduzem com graus variados de sucesso. Fromont chega, então, a duas conclusões importantes. Por um lado, se a presença de uma corte constitucional é, em geral, a regra, não há indícios de uma espécie de monopólio da jurisdição constitucional: o padrão desejável, para ele, parece agora ser um regime de colaboração entre a cúpula e as instâncias inferiores do judiciário. Por outro lado, em face das tendências evolutivas dos constitucionalismos europeus, só seria possível concluir que o constitucionalismo francês faz exceção. Em 2004 – portanto antes da revisão constitucional de 2008, que introduz a *questão prioritária de constitucionalidade* e permite ao Conselho Constitucional, sob provocação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, se pronunciar sobre a conformidade de leis em vigor com os direitos e liberdades fundamentais –, escrevia o autor de *La diversité de la justice constitutionnelle en Europe*:

Enfim, entre os Estados Europeus que praticam a justiça constitucional, a França conta como exceção: nenhuma colaboração foi prevista entre o Conselho Constitucional e as outras jurisdições, a não ser através da regra da autoridade absoluta da coisa julgada; nenhum procedimento concreto de controle de constitucionalidade das leis, e nem sequer um procedimento abstrato de controle *a posteriori* de constitucionalidade das leis pode ter lugar diante do Conselho Constitucional; enfim, o controle de constitucionalidade que os tribunais ordinários exercem sobre os atos de aplicação da lei é frequentemente paralisado pela proibição que eles se auto-impuseram de controlar *a posteriori* a constitucionalidade das leis que eles aplicam, o que acarreta notadamente a extravagante jurisprudência da lei-tela e, conseqüentemente, uma violação da constituição toda vez que a via dissimulada da interpretação da lei em conformidade com a constituição não pode ser praticada. Amiúde, a única saída, na França, é um controle de convencionalidade da lei aplicada e de sua aplicação, haja vista a ausência de um controle de constitucionalidade podendo ser exercido sem entrave fora do processo de elaboração da lei.²⁷

²⁷ FROMONT, Michel. La diversité de la justice constitutionnelle en Europe. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 9, p. 89-103, 2005. No original: “Enfin, parmi les pays européens pratiquant la justice

O longo trecho citado liga excepcionalismo francês – negativamente valorado por Fromont –, dificuldade de juridicização das demandas relativas aos direitos fundamentais, e controle de convencionalidade. Em outras palavras, o juiz francês, logo que se apresenta um caso com contornos de proteção das liberdades fundamentais, recorre aos tratados e à jurisprudência europeia para se livrar da contenção imposta pela ordem jurídica nacional. É possível enxergar, aqui, aquilo que Marcelo Neves chamou de “transconstitucionalismo”: a construção de “pontes de transição” entre ordens jurídicas “mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, (...) sem uma última instância decisória”.²⁸ Esse “diálogo” se dá, no entanto, de forma ambígua. Por um lado, há uma pressão externa por adequação; e a evolução dos tratados europeus confirma claramente a tendência de homogeneizar os mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos. Por outro lado, o emprego da dogmática dos direitos fundamentais e das variadas técnicas jurídicas que lhe são correlatas alberga uma dimensão estratégica. Trata-se de ferramenta empregada numa disputa por expansão dos poderes dos juízes e reflete, igualmente, uma crescente desconfiança com as instâncias clássicas de representação política.

3.2 A Escola de Aix: direitos fundamentais e liberdades públicas

Não existe melhor lugar para estudar essa tensão do que nos escritos dos membros da Escola de Aix, em especial nos de seu fundador, Louis Favoreau. Após o já referido colóquio de Aix-en-Provence sobre as cortes constitucionais europeias e os direitos fundamentais, o debate ao redor dos *droits fondamentaux* passa a ser galvanizado por este grupo de juristas do sudeste da França. Manoel Gonçalves Ferreira Filho se referiu uma vez a Aix-en-Provence como o “olimpico do constitucionalismo”.²⁹

constitutionnelle, la France fait figure d'exception : aucune collaboration n'a été prévue entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions, si ce n'est par l'intermédiaire de la règle de l'autorité absolue de la chose jugée ; aucune procédure concrète de contrôle de la constitutionnalité des lois, et même aucune procédure abstraite de contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois ne peut se dérouler devant le Conseil constitutionnel ; enfin, le contrôle de constitutionnalité que les tribunaux ordinaires exercent sur les actes d'application de la loi est souvent paralysé par l'interdiction qu'ils se sont imposée à eux-mêmes, celle de contrôler a posteriori la constitutionnalité des lois qu'ils appliquent, ce qui aboutit notamment à l'extravagante jurisprudence de la loi-écran et par voie de conséquence à une violation de la Constitution chaque fois que la voie dissimulée de l'interprétation de la loi en conformité à la Constitution n'est pas praticable. Bien souvent, la seule issue est en France le contrôle de la conventionnalité de la loi appliquée et de son application, faute d'un contrôle de constitutionnalité pouvant s'exercer sans entrave hors du processus d'élaboration de la loi”.

²⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. p. 277.

²⁹ ROUX, André *et al.* Hommages à Louis Favoreu. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, v. 20, p. 129.39, 2004-2005.

De modo geral, podemos entender o trabalho dos constitucionalistas *aixois* como uma tentativa de contraposição ao excepcionalismo francês. A renovação do direito constitucional deveria, portanto, fundar-se sobre uma metodologia comparativa radical, capaz de perfurar a dura rocha de uma tradição jurídica muito solidificada. Como escreveu Marc Verdussen: “o direito constitucional será comparado ou não será”.³⁰ Neste contexto, os trabalhos da doutrina alemã logo adquirem centralidade. A mediação exercida pelas instâncias europeias, como já explicamos, é certamente decisiva; mas há também um fascínio pelos ares de cientificidade dos escritos de Além-Reno. Não surpreende que o livro de referência para o estudo dos direitos fundamentais seja, ainda hoje, na França, uma monografia intitulada *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*.³¹ No famoso manual *Droit constitutionnel*, obra principal da Escola de Aix, Louis Favoreu e os demais coautores sintetizam sua posição afirmando que, com o conceito de “direitos fundamentais”, quiseram “marcar, se não uma mudança de natureza, ao menos uma mudança de dimensão das liberdades e direitos entendidos no sentido clássico de liberdades públicas, tentando aproximá-los da doutrina alemã dos direitos fundamentais”.³²

Uma definição minimalista de direitos fundamentais típica da recepção francesa seria a seguinte: são direitos fundamentais todos aqueles direitos e liberdades que se encontram de alguma forma protegidos pela constituição ou por tratados de direitos humanos (internacionais ou europeus). À primeira vista, parece que estamos diante de uma definição formalista fundada na hierarquia de espécies normativas. Veremos, a seu tempo, que, por detrás da aparente simplicidade do conceito, esconde-se uma imensa querela sobre a ideia de “fundamentalidade”. Afinal, o termo “direitos fundamentais” opera com alto grau de abstração e independe de outras subclassificações, como aquelas referentes às gerações de direitos. Não há, igualmente, uma hierarquia interna, isto é, não há direitos fundamentais que sejam *mais fundamentais* que outros e que, portanto, gozem de uma proteção maior *a priori* – a técnica de ponderação surge justamente para resolver os dilemas decorrentes deste fato.

Favoreu propôs três critérios de identificação dos direitos fundamentais: a) são direitos que protegem contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo; b) são direitos garantidos pela constituição e/ou por tratados

³⁰ VERDUSSEN, Marc. Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus. In: ANDERSEN, R. et al. (Org.). *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*. Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 2007.

³¹ CAPITANT, David. *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001.

³² FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013, p. 884. No original: Les promoteurs du concept ont donc simplement voulu marquer un changement sinon de nature du moins de dimension des libertés et droits entendus au sens classique de libertés publiques et tenter le rapprochement avec la doctrine allemande des droits fondamentaux.

internacionais; c) são direitos que reclamam uma aplicação reforçada para além dos juízes ordinários: necessita-se de juízes constitucionais e/ou internacionais³³. A insistência sobre uma metodologia de identificação dos direitos fundamentais pode surpreender os juristas advindos de outras tradições constitucionais, notadamente aqueles acostumados a lidar com catálogos manifestos de direitos e liberdades basilares. Ao contrário, por exemplo, da constituição brasileira, que logo após a enunciação de seus princípios fundamentais enumera um catálogo de direitos, a constituição francesa de 1958 constitui, por assim dizer, a república, isto é, reafirma o significado de sua soberania e passa a descrever a organização dos poderes republicanos. Ocorre que, na França, as “fontes formais da constituição são plurais”;³⁴ a literatura se refere a este fenômeno, em geral, a partir do conceito de “bloco de constitucionalidade”. Instala-se, ali, um jogo de remetimentos no qual o preâmbulo da constituição de 1958 – que teve seu valor jurídico reconhecido por uma decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971 – dispõe que o povo francês se vincula à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao elenco de direitos do preâmbulo da Constituição de 1946,³⁵ e à Carta do Meio Ambiente de 2004. Não é, portanto, autoevidente quais direitos devem ser considerados direitos fundamentais, o que faz com que uma disputa pelos critérios de identificação se instale na doutrina e na jurisprudência. Os membros da Escola de Aix propõem, afinal, que a “fundamentalidade” seja concebida de forma deflacionária, eximindo o intérprete da tarefa de refletir sobre a própria noção de “fundamento” ou de demonstrar os valores da república. Para Favoreu, se há direitos fundamentais que refletem valores fundamentais da comunidade política francesa, há outros – como, por exemplo, o direito dos trabalhadores de serem representados em determinados organismos das empresas – que apenas indiretamente poderiam ser coligados a uma axiologia basilar. Em que pese este fato, já não cabem distinções apoiadas em maior ou menor fundamentalidade dos direitos: direito fundamental, repitamos, nada mais é do que o direito protegido

³³ FAVOREU, Louis. Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle. In: *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*. Paris, Montréal: AUPELF/UREF, 1994, p. 48.

³⁴ ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses universitaires de France, 1999, p. 216. No original: “les sources formelles de la Constitution sont plurielles”.

³⁵ Há um debate historiográfico importante sobre a Declaração de 1789 e o modo como direitos econômicos e sociais foram discutidos para serem, em seguida, colocados em estado de latência. Ver, neste sentido, ZUBER, Valentine. *Le culte des droits de l'homme: une religion républicaine française: XVIIIe-XXIe siècle*. Paris: Gallimard, 2014. De todo modo, não há dúvidas de que a inclusão, no bloco de constitucionalidade, do preâmbulo da constituição de 1946 se dá para complementar a Declaração de 1989 com garantias políticas, sociais e econômicas. É o que assevera Frédéric Rouvillois: “Após ter reafirmado “solenemente os direitos e as liberdades de 1789, e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” – reverência à tradição liberal – o Preâmbulo proclama “ademais, como particularmente necessários a nosso tempo”, certo número de “princípios políticos, econômicos e sociais” de inspiração claramente socialista”. Ver ROUVILLOIS, Frédéric. *Droit constitutionnel: la Ve République*. Paris: Flammarion, 2009, p. 325.

pela constituição (bloco de constitucionalidade) e por tratados internacionais e europeus de direitos humanos.

Essa definição *per genus et differentiam* pode ser ainda mais bem especificada. Quando falamos de direitos “protegidos” por textos constitucionais ou tratados, referimo-nos, em primeiro lugar, a direitos que podem ser judicializados. Não se trata de meras declarações de intenções, de recomendações ou de programações finalísticas, mas sim de normas cogentes, aplicáveis e executáveis, ainda que, eventualmente, reclamem certo grau de mediação normativa. Em outras palavras, para que um direito seja classificado como fundamental, é necessário que ele seja “suscetível de ser realizado por um juiz”.³⁶ Até tempos recentes, existiu uma fricção institucional entre o Conselho de Estado e o Conselho Constitucional quanto à normatividade da Declaração de Direitos de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946. Vimos que o Conselho Constitucional reconhecia sua obrigatoriedade ao menos desde 1971. Embora tenha seguido a mesma direção no aresto *Condamine*, de 1958, o Conselho de Estado, até recentemente, sustentou que tais documentos não eram sujeitos à judicialização, e preferia julgar baseando-se em noções mais abstratas, como aquela de “princípios gerais do direito”. O valor constitucional do bloco de constitucionalidade parece ter sido finalmente assentado com o aresto do Conselho de Estado de 3 de outubro de 2008, *Commune d’Annecy*.³⁷

Segundo Favoreu *et al.*, se os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado e a terceiros, atribuindo assim a seus titulares um poder de agir, sua judiciabilidade não está restrita aos direitos subjetivos. Isto porque, desde o caso *Luth* (supra 2.1), conhece-se a natureza objetiva dos direitos fundamentais, isto é, seu caráter de “ordem de valores”. Surge, imediatamente, uma série de dificuldades teóricas e práticas, entre elas a de saber quem são os titulares das pretensões ligadas a essa “ordem de valores”, e a quem compete protegê-las e acioná-las na justiça. É curioso que, além da resposta mais evidente do ponto de visto jurídico, que consistiria em estabelecer uma autoridade pública responsável por zelar por esses direitos, Favoreu – junto a parte importante da literatura – seguirá a posição segundo a qual a melhor forma de assegurar essas “garantias objetivas” seria a criação de instituições capazes de albergá-las, como a família, o casamento e a propriedade.³⁸ Há evidência de que tanto o TCF alemão quanto o Conselho Constitucional tenham se valido de tal retórica para fundamentar a proteção objetiva de valores. Se compararmos os casos *Anerkannte Privatschulen*, de 1969, e *Loi Chevènement*, de 1985, veremos que as duas cortes defenderam a liberdade de criação de

³⁶ AUTEXIER, Christian. *Introduction au droit public allemand*. Paris: P.U.F., 1997, p. 197. No original: “susceptible d’être mis en œuvre par un juge”.

³⁷ Para uma análise da questão, ver CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Charte de l’environnement : La QPC bute sur l’incipit*. *La Revue des droits de l’homme*, Revista on-line sem paginação, 2014.

³⁸ FAVOREU, Louis *et al.* *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013, p. 891.

escolas particulares sob o argumento de que estas incarnam, em última medida, a liberdade de ensino. Dito de outro modo, foi reconhecido o princípio segundo o qual a liberdade de ensino exige a institucionalização de um pluralismo de modos de organização do ensino.

No manual *Droit constitutionnel*, leem-se ainda dois elementos definidores dos direitos fundamentais – elementos esses estreitamente relacionados com o projeto comparativista da Escola de Aix. O primeiro deles se refere às funções dos direitos fundamentais. A ideia é que à distinção clássica, em direito francês, entre “direitos-liberdade”, “direitos-prestação” ou “direitos de” e “direitos a”, corresponde a trilogia de Georg Jellinek: *status negativus*, *status positivus*, *status activus*. De forma muito resumida, Jellinek acreditava que os direitos individuais se dividiam entre: a) aqueles que representavam a defesa de uma esfera de liberdade (*status negativus*) contra a ação estatal; b) aqueles que reclamam uma prestação positiva do Estado (*status positivus*); e c) aqueles (*status activus*) que determinam “quais pessoas e sob quais condições elas devem exercer ou tomar parte da formação da vontade do Estado”.³⁹ A Escola de Aix tentou construir a partir daí uma noção autóctone de constitucionalismo europeu com foco na interação complexa entre direitos oponíveis às majorias e prestações sociais. Isto teria diferenciado a noção de “constituição” partilhada em solo europeu daquela que se desenvolveu nos EUA – esta amparada apenas por direitos negativos. Neste ponto, o excepcionalismo francês não teria nada de “excepcional”: ao contrário, a efetivação de direitos econômicos sociais, na França, teria servido de farol para todo o continente, de acordo com constitucionalistas *aixois*.

O segundo elemento definidor se refere à limitação dos direitos fundamentais. Favoreu *et al.* consideram errôneas as tentativas de identificar a noção de “fundamentalidade” com algo ilimitável. Salvo os direitos de não ser torturado ou receber tratamento degradante e o direito de não ser submetido à escravidão, nenhum outro direito mereceria o predicado de “absoluto”. Uma vez mais, esse argumento é construído para fundamentar a necessidade de um juiz constitucional garantidor da consistência do sistema. Lê-se em *Droit constitutionnel*:

Apenas a lei pode limitar o exercício de direitos e liberdades (...), e o legislador deve fazê-lo sob a supervisão do juiz constitucional que verifica se ele não ultrapassou certo limiar – “o conteúdo essencial” – e fixa o “limite aos limites”. Isto não é, obviamente, concebível se não há um juiz constitucional.⁴⁰

³⁹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg i. B: Mohr, 1892, p. 129. No original: “Rechssätze müssen bestimmen, welche Personen und unter welchen Bedingungen sie die staatliche Willensbildung auszuüben oder an ihr teilzunehmen haben”.

⁴⁰ FAVOREU, Louis *et al.* *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013, p. 894. No original: “Seule la loi peut apporter des limites à l’exercice des droits et libertés (...), et le législateur doit le faire sous la surveillance

3.3 Reações cis-constitucionais: a doutrina das liberdades públicas

Os constitucionalistas franceses reconhecem, em geral, que o fim do séc. XX e o início do séc. XXI marcam o apogeu de uma era da constitucionalização e da europeização dos direitos. Burgorgue-Larsen atribuiu a este processo quatro concausas: a) a ação do legislador constitucional, exemplificada pelo reforço das funções do Conselho Constitucional na Constituição de 1958; b) a ação do legislador ordinário adotando as categorias da “fundamentalidade”;⁴¹ c) a ação dos juízes, que assumem um papel relativamente mais ativista; e d) as construções doutrinárias.⁴² A absoluta maioria dos autores aquiesce à justeza desta descrição, mas isso não significa que eles a valorem positivamente. Há um significativo contingente de opositores ressentidos da perda de originalidade do constitucionalismo francês.

A Escola de Aix esteve a tal ponto na vanguarda da defesa da noção de “direitos fundamentais”, que passou a se identificar com ela. Não raro, os debates intelectuais ao redor da fundamentalidade se converteram em disputas entre escolas, e a crítica aos direitos fundamentais passou, em larga medida, por uma crítica às posições defendidas por Louis Favoreu e seus colegas de Aix. Em termos teóricos, instalou-se uma concorrência conceitual entre os “direitos fundamentais” e a clássica noção de “liberdades públicas”, termo que povoou a literatura jurídica francesa desde o séc. XIX – e que manteve uma relação estreita com o desenvolvimento do Direito Público naquele país. De um lado, veremos os defensores dos direitos fundamentais sustentar uma expressa superação das liberdades públicas, julgando-as excessivamente limitadas, fruto que eram de positivismo legicentrista. De outro, veremos os detratores desta mesma dogmática dos direitos fundamentais sustentando que as liberdades públicas eram o resultado de uma evolução orgânica do sistema francês e, portanto, mais adaptadas a seu espírito e a seus valores.

Em maior ou menor medida, está em jogo, aqui, uma dinâmica de cis-constitucionalismo.⁴³ Por “cis-constitucionalismo” entende-se uma tendência típica dos ordenamentos constitucionais a se voltarem a si mesmos, a se fecharem,

du juge constitutionnel qui vérifie s’il n’a pas dépassé un certain seuil – “le contenu essentiel” – et qui fixe des “limites aux limites”. Ce qui n’est pas concevable évidemment s’il n’existe pas un juge constitutionnel”.

⁴¹ Pense-se, por exemplo, na Lei nº 2000-597, de 30 de junho de 2000, que torna a ação do juiz administrativo de urgência mais eficaz ao permitir-lhe, com maior facilidade, obstar a execução de atos administrativos que atentem contra as “liberdades fundamentais”. A lei não define quais liberdades são estas, deixando a cargo do próprio judiciário a construção e a operacionalização do conceito.

⁴² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. In: AUBY, J.-B. (Org.). *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Paris: Dalloz, 2010, p. 394.

⁴³ REZENDE, Gabriel. Cis-constitucionalismos. In: CALÁBRIA, C. et al. (Org.). *Fugas e Variações sobre o Transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

protegendo-se de influências externas e construindo mecanismos de defesa que, não raro, se assemelham à criação *ad hoc* de marcos de tradição.

Burgorgue-Larsen, por exemplo, acredita ser possível explicar a querela francesa dividindo os campos do debate entre “soberanistas” e “outros”, isto é, aqueles que demonstram algum grau de empatia com o direito europeu e internacional⁴⁴ – chamemo-los de “pró-europeus”. Ao fazermos uso da noção de “cisco-constitucionalismo”, referimo-nos a práticas e teorias constitucionais complexas que, ao tentar erigir barreiras para proteger o interno do externo, terminam descobrindo que o interno se confunde com o externo. Desencadeia-se, então, algo próximo do que Jacques Derrida chamou de autoimunidade:⁴⁵ dispositivos imunitários votados à proteção contra agentes externos atacam também o “interno”, destruindo a linha demarcatória entre “mesmo” e outro”.

Para melhor compreender esses efeitos autoimunitários, bastaria ler um ferrenho oponente da doutrina dos direitos fundamentais, como Patrick Wachsmann. Em artigo de sugestivo título – *L’importation en France de la notion de droits fondamentaux* –, o professor da Universidade Robert Schumann, de Estrasburgo, censura a sede com que seus compatriotas aderiram acriticamente ao direitos fundamentais sem “pensar nas consequências e, por conseguinte, [sem] mensurar as lacunas do sistema”.⁴⁶ Segundo ele, ao importar todo um cabedal teórico estrangeiro, exprime-se, em verdade, o desejo de ver erigida realidade normativa que ainda não corresponde à vida institucional do país. O risco, para Wachsmann, residiria em fantasiar instituições inexistentes, como o controle de constitucionalidade, descurando do funcionamento teórico e prático historicamente construído na França.

A concordar com este argumento, no entanto, atribuímos à teoria das “liberdades públicas” um excedente de expectativas, chamando-a resolver problemas que exorbitam seu raio de ação. As liberdades públicas, consideradas como fenômenos tipicamente franceses, passam a ser ora lugares-tenentes de direitos fundamentais *ainda* em construção, ora concorrentes explícitos da “fundamentalidade”, respondendo, com armas paroquiais, a problemas típicos de um direito globalizado pressionado por homogeneização.

Tentemos deixar este ponto um pouco mais claro. Ao abrirmos a monografia *Libertés publiques*, de Jean Morange, damo-nos conta de que a definição do conceito de “liberdades públicas” é de difícil precisão, permanecendo excessivamente próxima das noções de “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Seus traços

⁴⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. In: AUBY, J.-B. (Org.). *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Paris: Dalloz, 2010, p. 399.

⁴⁵ Cf. DERRIDA, Jacques. *Voyous: Deux essais sur la raison*. Paris: Galilée, 2003.

⁴⁶ WACHSMANN, Patrick. L’importation en France de la notion de “droits fondamentaux”. *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, v. 161, n. 4, p. 40-49. No original: “penser les conséquences et, par suite, de prendre mesure des lacunes du système”.

definidores passam pela ideia de um Estado concreto que, no exercício de seus poderes, reconhece aos indivíduos o direito de exercer, ao abrigo de pressões externas, certas atividades. Aqui, a definição minimalista de Jean Morange: “Elas são, portanto, liberdades, pois permitem agir sem coerção; e são liberdades públicas, pois cabe aos órgãos do Estado, o titular da soberania jurídica, realizar tais condições”.⁴⁷ A esses predicados, deveríamos somar um outro, capaz de limitar o escopo do conceito. Segundo Jacques Robert: “é necessário adotar uma definição intermediária. Para que exista uma liberdade pública, é preciso, a nosso aviso, que se trate de um direito revestido de certa importância, de uma liberdade fundamental”.⁴⁸ Somos conduzidos, assim, ao terreno da fundamentalidade,⁴⁹ onde a concorrência entre as teorias que analisamos é recrudescida. A grande dificuldade se resume a saber o que é o mais fundamental, o que conta como a base do sistema de direitos e em que sentido o Estado é responsável por sua gestão.

Os autores que continuaram a empregar o termo “liberdades públicas” a partir do último quartel do séc. XX passaram a ter consciência dessa concorrência e preferiram reforçar o fio de tradição que os religava à experiência das declarações de direitos. Descendente direta da Declaração de 1789, a Teoria Geral das Liberdades Públicas seria, então, o âmago de uma forma tipicamente francesa de organizar direitos naturais e promover a liberdade através de ações estatais. Não é outra, afinal, a sempre citada definição dada por Léon Duguit: “Qualificamos como leis sobre as *liberdades públicas* todas aquelas que possuem os propósitos de determinar as obrigações do Estado e de fixar as garantias de seu cumprimento”.⁵⁰

As linhas fundamentais dessa doutrina podem ser traçadas a partir daí. Duguit deixa claro que as liberdades públicas têm que ver com o Estado; que o Estado é o centro de emanação de sentido de um conjunto de direitos em relação aos quais ele ora se abstém de agir, ora age para garanti-los. Trata-se de uma concepção eminentemente publicista, interessada na lógica de relações essencialmente assimétricas entre o Estado e o indivíduo. Desde logo, cabe referir a questão da técnica de programação dos poderes públicos: as liberdades devem ser reconhecidas

⁴⁷ MORANGE, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2007, p. 5. No original: “Elles sont donc des libertés, car elles permettent d’agir sans contrainte, et des libertés publiques car c’est aux organes de l’État, titulaire de la souveraineté juridique, qu’il revient de réaliser de telles conditions”.

⁴⁸ ROBERT, Jacques. *Libertés publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1982, p. 26. No original: “Force est donc d’adopter une définition intermédiaire. Pour qu’il y ait liberté publique, il faudrait, à notre sens, que l’on se trouve en présence de droits d’une certaine importance, de libertés fondamentales”.

⁴⁹ Para uma definição formal da fundamentalidade, podemos nos referir à obra de Jean Rivero, *Les libertés publiques*: “O direito das liberdades fundamentais (...) deve sua unidade a seu objeto: ele estuda todas as regras que concorrem ao ordenamento e à proteção das liberdades”. Cf. RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: P.U.F., 1991, p. 15.

⁵⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1925, p. 2. No original: “On qualifie de lois sur les *libertés publiques* toutes celles qui ont le double but de déterminer les obligations de l’État et de fixer des garanties à leur accomplissement”.

em lei. A lei é o centro de emanção de sentido dessa relação assimétrica e, por isso, o poder legislativo assume protagonismo.

Se é bem verdade que o art. 10 do decreto de 11 de agosto de 1789 inaugura, no singular, o léxico das liberdades públicas (“Sendo uma Constituição nacional e a liberdade pública mais vantajosa para as províncias...”), é preciso entender que, a partir da Constituição do Segundo Império, de 1852, uma doutrina das liberdades públicas começa a existir em seu sentido republicano. O art. 25 dessa constituição afirma que o Senado é o guardião das liberdades públicas, e isso, com o tempo, passará a significar que as liberdades públicas se constituem contra a atuação da Administração Pública. Não surpreende, pois, que muitos autores tenham empregado a expressão “liberdades públicas administrativas” para se referir ao conjunto de direitos basilares que gozavam os administrados no trato com um poder executivo verticalmente superior a eles.

Quando essa doutrina passa a enfrentar a concorrência dos direitos fundamentais, no séc. XX, ela tentará mimetizar alguns de seus traços mais característicos – especialmente a referência a um quadro de valores intocáveis. Entretanto, a lógica administrativista não desaparecerá. Podemos dizer que, se as liberdades públicas são essencialmente a defesa do *administrado* contra a Administração, os direitos fundamentais sugerem que o *cidadão* goza de direitos contra todos os poderes do Estado (incluindo o poder legislativo; algo impensável na clássica definição das *libertés publiques*) e contra poderes de natureza privada. Do ponto de vista jurídico, essa diferença sensível acarreta três outras distinções principais.

i) O ponto de referência das liberdades públicas é o quadro legal emanado pelo poder legislativo, completado, em caso de lacuna e antinomia, pela ação de um juiz administrativo intérprete de princípios gerais do direito. Os direitos fundamentais, ao contrário, excedem estes limites, porque seu ponto de referência é a constituição e as leis europeias entendidas, agora, como conjunto de regras e princípios abertos para o futuro;

ii) Como consequência do ponto “i)”, os direitos fundamentais exigem a figura institucional do juiz constitucional/juiz europeu com competência para rever atos jurídicos de natureza legislativa. No período heroico das liberdades públicas, o juiz administrativo não dispõe de tais poderes, dedicando-se principalmente à revisão da conformidade de atos administrativos com a lei;

iii) Por fim, as liberdades públicas conferem direitos a indivíduos. Os direitos fundamentais operam com horizonte mais amplo, que inclui a proteção de pessoas morais de direito privado e público, além é claro de possuir uma dimensão objetiva, capaz de proteger valores em nível transindividual.

Analisando a evolução da manualística francesa na matéria, especialmente na segunda metade do séc. XX, Véronique Champeil-Desplats identifica uma separação confusa entre os dois institutos. Ela sugere que tanto os autores que

mantiveram, em seus manuais, a denominação “*libertés publiques*” quanto aqueles que a substituíram por “direitos fundamentais” referem-se, *grosso modo*, a um mesmo objeto.⁵¹ No plano puramente referencial, ambas as expressões recobririam, portanto, um conjunto de direitos mais ou menos idêntico, com variações devidas muito mais a orientações teóricas e gostos pessoais dos autores. Segundo Champeil-Desplats, a resposta para a separação semântica destes conceitos deve ser buscada no plano conotativo (para retomar a distinção “denotação-conotação” de Frege), isto é, no conjunto de elementos que se somam ao sentido puramente literal das expressões. Ela sugere três tópicos: “a redefinição das disciplinas (A), o deslocamento dos combates (B), a afirmação de poderes (C)”.⁵² Partamos destes pontos para formalizar, de fato, as diferenças.

Em primeiro lugar, enquanto os direitos fundamentais operam a partir de uma ideal constitucionalista, as liberdades públicas são orientadas por princípios típicos do direito administrativo. O ponto fundamental dessa distinção diz respeito à capacidade dos direitos fundamentais de se espriarem por toda ordem jurídica, ora ajustando, ora subvertendo a lógica dos subsistemas principiológicos das demais disciplinas jurídicas. O direito constitucional, em virtude de sua natureza hierárquica, apresenta tendências altamente expansivas que afetam, sob o argumento da “constitucionalização”, a autonomia jurídica dos demais campos do saber e da prática jurídicos. Ao se falar de “liberdades públicas”, tende-se a isolar um conjunto de direitos construídos essencialmente da relação entre “administrados” e Estado. Os constitucionalistas lamentarão, em geral, o déficit democrático dessa concepção, que tende a reforçar um privilégio da elite burocrática na concepção e na execução dos conteúdos dos direitos. Há, evidentemente, algumas consequências práticas deste administrativismo das liberdades públicas. Por um lado, ele indica, no sistema judiciário francês, a competência do juiz administrativo para a resolução de controvérsias sobre liberdades públicas; prescinde-se, portanto, da atuação institucional de um juiz constitucional. Por outro lado, e em vista do ponto anterior, percebe-se que a natureza das lides é limitada, quase que exclusivamente, a conflitos relativos a atos administrativos. Num certo sentido, as liberdades públicas estão baseadas no quadro legal imposto pelo poder legislativo, deixando de lado discussões sobre influxos supralegais na regulação do Estado.

⁵¹ Essa não é a posição defendida por Favoreu *et al.*, para quem as liberdades públicas envolvem uma lista de direitos restrita aos chamados “direitos-liberdades” (correspondentes ao *status negativus* de Jellinek) e aos “direitos-participação” (correspondentes ao *status activus* de Jellinek). Ficariam excluídos, portanto, os “direitos-crédito” (correspondentes ao *status positivus* de Jellinek), os “direitos-garantia” (referentes a proteções reforçadas para o gozo de outros direitos fundamentais) e os “direitos à igualdade” (referentes à aplicação do princípio da igualdade no plano material e formal). Ver FAVOREU, Louis *et al.* *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013, p. 888.

⁵² CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux”: effets et enjeux d'un changement de dénomination. *Jus Politicum*, v. 5, p. 1-16, 2010, p. 11. No original: “la redéfinition des disciplines juridiques (A), le déplacement des combats (B), l'affirmation de pouvoirs (C)”.

Em segundo lugar, podemos falar de um “deslocamento dos combates”. As liberdades públicas assumiam a possibilidade de conflitos entre administrados e Estado, mas relegava aos demais campos do direito a regulação de conflitos horizontais, como aqueles havidos entre particulares. Os direitos fundamentais, ao contrário, estendem sua proteção para todos os domínios da sociedade. Falamos de um “deslocamento dos combates” porque se multiplicam as possibilidades de interpretação dos direitos basilares. Há uma inflação das instâncias de conflito social, o que torna obsoleta a imagem simplificada de oposição entre os cidadãos e o Estado-administrador.

Em terceiro lugar, no que diz respeito à “afirmação dos poderes”, está claro que os direitos fundamentais se inscrevem em domínio axiológico mais amplo que as liberdades públicas. Estas foram fruto, como notávamos antes, do desenvolvimento do direito administrativo do séc. XIX. Os direitos fundamentais, ao empregar a semântica da fundamentalidade, pretendem se excluir, entretanto, do jogo político e das vicissitudes das relações entre os poderes da República. A figura do “juiz constitucional”, responsável tanto pela afirmação quanto pelo progresso de tais direitos, representa uma salvaguarda de racionalidade contra a contingência exacerbada dos processos políticos havidos no interior do poder legislativo. Por mais estranha que possa parecer esta referência, o juiz constitucional desempenha, neste modelo, função próxima a do “poder neutro” pensado por Benjamin Constant: ele deve estar localizado no exterior, excluído, por assim dizer, da dinâmica dos poderes constituídos, a fim de compor sua função preservadora do bom funcionamento das instituições.

3.4 Reflexividade pronunciada ou atenuada

Depreende-se destas análises que há, velada pelo debate teórico, uma disputa pela hegemonia acadêmica e político-institucional. A distinção entre “liberdades públicas” e “direitos fundamentais” é atravessada por jogos de força que pretendem determinar as instâncias próprias de definição dos direitos. Os “usos”, neste caso, não apenas são inseparáveis dos conceitos, mas iluminam o dilema cis-constitucional que se apresenta, a saber: o que deve contar como autodeterminação e autonomia de uma ordem jurídica parcial?

Neste ponto, nossa análise se distancia daquela de Champeil-Desplats. Consideramos que a disputa entre os defensores das “liberdades públicas” e os defensores dos “direitos fundamentais” opera também no plano objetual ou referencial. E a razão disto tem que ver com algo que Niklas Luhmann notou a respeito dos “direitos humanos”, quando os descreveu como “abertura para o futuro”: o conteúdo semântico de direitos não pode ser completamente limitado

por classificações políticas do presente.⁵³ Com efeito, os direitos fundamentais, em sua própria lógica de funcionamento, adquirem certa indeterminação que os destina a uma espécie de incrementalismo. A doutrina das liberdades públicas, a seu turno, fixada sob o primado da legislação no ordenamento interno, tende necessariamente a evoluir de forma mais lenta, obedecendo às vicissitudes das formações de maiorias no parlamento e às conseqüentes limitações do jogo político em sentido estrito. Ficou evidente nos últimos anos – e muitos foram os autores a notá-la – a desproporção entre o rol de direitos fundamentais e o rol de liberdades públicas. O influxo de decisões dos tribunais europeus prova o óbvio: se é dado aos juízes o papel principal na construção e no desenvolvimento da fundamentalidade, eles o farão com muito mais agilidade do que qualquer órgão legislativo democraticamente eleito. Textos como “*Regards sur un demi-siècle d’eupéanisation de la Constitution de la Ve République*”, de Olivier Dord, mostraram que a interação entre o direito europeu e o direito francês resultou numa intensa produção jurídica por parte do Conselho Constitucional – e também do Conselho de Estado. A pressão por adequação exercida pelas instâncias europeias obrigou as altas cortes nacionais a praticarem amplos exercícios de direito comparado: afinal, os direitos fundamentais exigem sobretudo harmonização. Nas palavras de Yann Favier: “A harmonização dos direitos nacionais pode se realizar sob a influência dos direitos fundamentais, e o direito supranacional, essencialmente jurisprudencial, suplantar em parte o direito escrito e definido em escala puramente nacional”.⁵⁴

A utilização das liberdades públicas como recurso cis-constitucional de garantia da identidade do ordenamento jurídico local esbarra, por assim dizer, na evidência factual da multiplicação dos direitos fundamentais de origem jurisprudencial. Mas há ainda outro elemento, que pretendemos descrever a partir do par conceitual reflexividade pronunciada/ reflexividade temperada. Por “reflexividade da ordem jurídica” entende-se sua capacidade de autodescrição ou, em outras palavras, sua capacidade de fazer de si mesma objeto de suas operações. Os grandes críticos da doutrina dos direitos fundamentais logo perceberam que esta última dispõe de um arsenal reflexivo amplo, pois parecem ser infinitas as possibilidades de revisão normativa baseada em direitos fundamentais. A lógica da fundamentalidade conjuga, por um lado, aquela força expansiva que exige adequação de todos os setores do direito e de todos os poderes do Estado, e, por outro, um nível de maleabilidade ou de indeterminação que torna obrigatória a mediação institucional de um corpo de juízes. A ideia de reflexividade reforçada é garantia, para os proponentes de

⁵³ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1995, p. 115.

⁵⁴ FAVIER, Yann. L’impact du droit européen sur le droit des prestations familiales. *Informations sociales*, v. 1, n. 129, p. 120-29, 2006. No original: “L’harmonisation des droits nationaux peut se réaliser sous l’influence des droits fondamentaux, et le droit supranational, essentiellement jurisprudentiel, supplanter en partie un droit écrit et défini à l’échelle purement nationale”.

uma teoria dos direitos fundamentais, do valor democrático do constitucionalismo, uma vez que admite a revisão do significado dos direitos dos cidadãos à luz do desenvolvimento normativo de uma sociedade livre – sociedade esta não adstrita aos limites clássicos do Estado-Nação; uma sociedade alargada para compreender o conjunto dos Estados democráticos regidos por constituições.

Como Luhmann uma vez escrevera, o problema central, no entanto, é que, diante deste quadro, “toda decisão é possível (...), e toda fundamentação patina”.⁵⁵ Na mesma linha, os teóricos franceses das liberdades públicas, críticos dos direitos fundamentais, denunciaram o que entendiam ser a transformação da indeterminação em instrumento de arbítrio. Se aos juízes é atribuída a função de concretizar normas fundamentais indeterminadas e expandir o rol de direitos num horizonte aberto, nada limita, em tese, seu poder de decisão. O ato de julgar é tão abstratamente determinado que as linhas de demarcação entre normas jurídicas e valores se perdem. Assim, o máximo de reflexividade dos direitos fundamentais, paradoxalmente, torna-se agir irrefletido, pois perde-se a ancoragem normativa que garante que a operação de reflexão seja uma operação do sistema jurídico.

“Ora, essa incerteza no conteúdo das declarações de direitos constitui um vício intrínseco à teoria dos direitos fundamentais: os juízes perigam entrar, às vezes contra sua vontade, no terreno reservado naturalmente ao Político”:⁵⁶ assim resume Christophe de Arango as dificuldades da reflexividade pronunciada. Patrick Wachsmann, a seu turno, acredita que a questão vai ainda mais além. Segundo ele, a erosão de um regime de reflexividade temperada como as liberdades públicas explica também um déficit de intensidade democrática. Segundo ele, a retórica dos direitos fundamentais criou um pseudoliberalismo, um *trompe-l’oeil* destinado a, em verdade, reforçar os poderes arbitrários do poder executivo. A ênfase nos direitos fundamentais e na linguagem do controle de constitucionalidade teria forçado uma reforma apressada do Conselho Constitucional. Para Wachsmann, o principal empecilho residiria na forma de nomeação dos membros da corte, criando um vínculo excessivamente orgânico com os desígnios do poder executivo: “as autoridades supremas do Estado não possuem nenhum interesse real na defesa das liberdades. Estas só lhe servem como slogan político”.⁵⁷ O recurso

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1986, p. 207. No original: “Dann ist jede Entscheidung möglich (...) und alle Begründungen kommen ins Gleiten”.

⁵⁶ ARANJO, Christophe de. Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 74, n. 2, p. 239-261, 2008, p. 259. No original: “Or, cette incertitude dans le contenu même des déclarations des droits constitue un vice intrinsèque à la théorie des droits fondamentaux : les juges risquent d’entrer, parfois malgré eux, sur le terrain réservé par nature au Politique”.

⁵⁷ WACHSMANN, Patrick. Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle. *Jus Politicum*, v. 5, p. 1-21, 2010. No original: “Ce que cet épisode vérité, c’est tout simplement que les autorités suprêmes de l’État n’éprouvent aucun intérêt réel pour la défense des libertés, qui ne leur sert que de slogan politique”.

à fundamentalidade, tendente a gerar, contemporaneamente, um excedente de legitimidade política, seria capturado por técnicas de comunicação política em uma sociedade do espetáculo.

Uma vez mais, a defesa de um regime de reflexividade temperada, como propõem os teóricos contemporâneos das liberdades públicas, significa que o espaço da reflexão deve ser localizado, prioritariamente, no poder legislativo. Por reflexividade temperada, nestes termos, entendemos a limitação da função reflexiva dos direitos fundamentais à relação, mediada pela lei (e pelo poder legislativo), entre Estado e administrados. “Indeterminação” e “abertura para o futuro” seriam aspectos, portanto, a ser controlados. O cerne da discussão, insistimos, é o desenho institucional da separação dos poderes. Citando a famosa decisão do Conselho Constitucional no caso da Lei relativa à comunicação audiovisual, Wachsmann escreve: “É paradoxal que essa decisão regressiva nos faça questionar a capacidade e a vontade do Conselho Constitucional de assegurar a proteção dos direitos e liberdades que a constituição garante, na véspera da entrada em vigor do artigo 61-1”.⁵⁸ O referido artigo diz respeito, justamente, à entrada em vigor do modelo francês de controle de constitucionalidade *a posteriori*, exercido pelo Conselho Constitucional.⁵⁹ Em outras palavras, põe-se em xeque a habilidade de uma corte constitucional, no contexto francês, exercer a defesa das liberdades fundamentais.

4 Conclusão

Ao longo deste artigo, tentamos mostrar que a história da recepção francesa da teoria dos direitos fundamentais é complexa, repleta de mediações e caracterizada por dinâmicas de aprofundamento e resistência. Embora possamos entender essa tensão, em grande medida, a partir do binômio soberanistas/pró-europeus, é também verdade que os direitos fundamentais criam outras importantes divisões, notadamente aquela que separa os partidários de uma reflexividade pronunciada do direito e os defensores de uma reflexividade temperada. A renovação do interesse pela doutrina das liberdades públicas cumpre, por um lado, a função de barricada cis-constitucional contra uma teoria estrangeira da fundamentalidade imposta, cada

⁵⁸ WACHSMANN, Patrick. La séparation des pouvoirs contre les libertés? *AJDA*, v. 12, p. 617, 2019. No original: “Il est paradoxal que cette décision régressive conduise à s’interroger sur la capacité et sur la volonté du Conseil constitutionnel d’assurer la protection des droits et libertés que la Constitution garantit, à la veille de l’entrée en vigueur de l’article 61-1”.

⁵⁹ O artigo diz, literalmente: “Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”.

vez mais, pelas instâncias europeias; mas também funciona, por outro, como um questionamento dos déficits democráticos decorrentes da centralização institucional no poder judiciário.

Nosso interesse, aqui, é menos o de arbitrar entre essas duas posições – o que demandaria um outro tipo de análise e, conseqüentemente, outros argumentos – e mais o de investigar o modo como a semântica dos direitos fundamentais é capaz de circular entre ordens jurídicas com ampla fluidez. Isso cria, por certo, inúmeras possibilidades de atualização conceitual e normativa, mas gera igualmente um sem-número de incongruências locais que deverão ser sanadas institucionalmente. Parece ser ponto incontroverso que a semântica dos direitos fundamentais se estabelece, hoje, como doutrina dominante. Apesar das resistências apresentadas, teorias como a das liberdades fundamentais não conseguiram conter a força expansiva da fundamentalidade no direito nacional e no direito europeu. Ainda que se possa, sobretudo em vista da jurisprudência recente dos tribunais europeus,⁶⁰ discutir as relações de precedência existentes entre o nível local e o nível supranacional, o fato é que todos estes sistemas jurídicos falam o idioma dos direitos fundamentais. Wachsmann, assim como outros soberanistas franceses, sabem muito bem que a lógica do direito interno francês foi revolucionada, não havendo muito mais o que fazer a não ser denunciar os déficits de legitimidade democrática relacionados ao discurso de proteção dos direitos fundamentais.

O sucesso dessa circulação no mercado global de ideias é explicado por três fatores. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais, em sua indeterminação estrutural, apontam para um horizonte coletivo de incremento na proteção de direitos. Em segundo lugar, a fundamentalidade alarga o rol subjetivo de pessoas protegidas – já não se trata mais do modelo Estado-administrado individual – e o rol objetivo – os tipos de direito a serem protegidos. Em terceiro lugar, o judiciário assume protagonismo, retirando a proteção dos direitos fundamentais das vicissitudes do jogo político ordinário. Parece-nos que a vantagem competitiva dos direitos fundamentais está relacionada ao fato de eles conseguirem articular duas instâncias por muito tempo consideradas como conflitivas na teoria do direito: os direitos fundamentais fornecem uma solução no nível semântico e no nível da autoridade. No plano semântico, a fundamentalidade oferece ao interprete uma forma de imantar de sentido todas as normas do ordenamento jurídico a partir de princípios abertos para o futuro. No plano da autoridade, há um deslocamento da formação da vontade para um corpo de intérpretes privilegiados assentes em uma corte constitucional.

⁶⁰ Poder-se-ia pensar, por exemplo, na recente sentença do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Ilmārs Rimšēvičs e Banco Central Europeu c. República da Letônia*, que anula pela primeira vez na história uma decisão nacional tomada no quadro do Sistema Europeu de Bancos Centrais.

Referências

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 37, 271 - Solange I*, 29 maio 1974.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BvR 400/51*, 15 jan. 1958.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- ARANJO, Christophe de. Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 74, n. 2, p. 239-261, 2008.
- AUTEXIER, Christian. *Introduction au droit public allemand*. Paris: Presses Universitaire de France, 1997.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism*. Heidelberg Germany, New York: Springer, 2010.
- BETTERMAN, K. A. *Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht*. Berlin: Heymann, 1988.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, v. 29, n. 1, p. 1-31, 1990.
- BOURDIEU, Pierre. Les conditions sociales de la circulation internationale des idées. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 145, p. 3-8, 2002.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. In: AUBY, J.-B. (Org.). *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Paris: Dalloz, 2010.
- CAPITANT, David. *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Charte de l'environnement: La QPC bute sur l'incipit. *La Revue des droits de l'homme*, 2014.
- DERO-BUGNY, Delphine. *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*. Cork: Primento Digital Publishing, 2015.
- DERRIDA, Jacques. *Voyous: Deux essais sur la raison*. Paris: Galilée, 2003.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1925.
- EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin: Springer, 2009.
- FAVIER, Yann. L'impact du droit européen sur le droit des prestations familiales. *Informations sociales*, v. 1, n. 129, p. 120-29, 2006.
- FAVOREU, Louis. Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle. In: *L'Effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*. Paris, Montréal: AUPELF/UREF, 1994.
- FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2013.
- FROMONT, Michel. La diversité de la justice constitutionnelle en Europe. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 9, p. 89-103, 2005.

- FROMONT, Michel. Le constitutionnalisme allemand. *Pouvoirs*, v. 66, p. 5-20, 1993.
- FROMONT, Michel. Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA. In: WALINE, M. (Org.). *Mélanges Eisenmann*. Paris: Éditions Cujas, 1975.
- GREWE, Constance. La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe. In: BADINTER, R. et al. (Org.). *Le dialogue des juges: mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009.
- GREWE, Constance. Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *RUDH*, v. 161-4, p. 26-32, 2004.
- GUSY, Christoph. Das Bundesverfassungsgericht als politischer Faktor. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, v. 9, n. 5, p. 93-101, 1982.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg i. B: Mohr, 1892.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1986.
- LYNCH, Christian I. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 35, n. 19, p. 75-119, 2016.
- MORANGE, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses Universitaire de France, 2007.
- MOULY, Christian. Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne? *Revue internationale de droit comparé*, v. 37, n. 4, p. 895-945, 1985.
- NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum: Antrittsvorlesung 19. Mai 1994*. Berlin: Humboldt-Univ. zu Berlin, Jurist. Fak., Inst. für Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1995.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- REZENDE, Gabriel. Cis-constitucionalismos. In: CALÁBRIA, C. et al. (Org.). *Fugas e Variações sobre o Transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses Universitaire de France, 1991.
- ROBERT, Jacques. *Libertés publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1982.
- ROUVILLOIS, Frédéric. *Droit constitutionnel: la Ve République*. Paris: Flammarion, 2009.
- ROUX, André et al. Hommages à Louis Favoreu. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, v. 20, p. 129-39, 2004-2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHLINK, Bernard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, P.; DREIER, H. (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- VERDUSSEN, Marc. Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus. In: ANDERSEN, R. et al. (Org.). *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*. Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 2007.

WACHSMANN, Patrick. La séparation des pouvoirs contre les libertés? *AJDA*, v. 12, p. 617, 2019.

WACHSMANN, Patrick. L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux". *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, v. 161-4, p. 40-49.

WACHSMANN, Patrick. Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle. *Jus Politicum*, v. 5, p. 1-21, 2010.

WIENBRACKE, Mike. *Einführung in die Grundrechte: Mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*. Wiesbaden: Springer, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations – Philosophische Untersuchungen*. Oxford: Blackwell, 2000.

ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses universitaires de France, 1999.

ZUBER, Valentine. *Le culte des droits de l'homme: une religion républicaine française: XVIIIe-XXIe siècle*. Paris: Gallimard, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PINTO, Gabriel Rezende de Souza. Das liberdades públicas aos direitos fundamentais: um estudo do caso francês. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 165-194, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1145.
