

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA APÓS A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Paulo Paiva*

1. Considerações gerais

A presente comunicação tem como escopo a exposição e análise do desenvolvimento institucional que levou o constitucionalismo francês, gradativamente, da opção pelo majoritarismo representativo radical até a instauração de um sistema repressivo de aferição da constitucionalidade dos atos normativos que, instituído pela reforma constitucional de 2008, representa inserção de elemento marcadamente contramajoritário dentro do sistema de governo que operou na França desde a revolução parisiense de 1789.

Logo, a alteração constitucional francesa é abordada enquanto capítulo - talvez o final e mais representativo - do mergulho da Europa em uma era de restrição da discricionariedade do governo, e de garantia judicial dos direitos fundamentais, fenômeno que solapou as resistências dos tradicionais sistemas parlamentaristas.

2. O constitucionalismo francês e o majoritarismo parlamentar

A opção por um constitucionalismo de feição marcadamente majoritário-parlamentar colocou a reflexão constitucional francesa ao largo das tensões, amplamente estudadas pelos constitucionalistas americanos, entre democracia, rigidez constitucional e controle de constitucionalidade, condensadas, frequentemente, na expressão *paradoxo* da democracia constitucional¹. E isso porque o sistema que exsurgiu do ambiente revolucionário francês do século XVIII obedecia à lógica estrita da maioria parlamentar como vontade geral, no que se vinculava às linhas gerais antes estabelecidas pela filosofia iluminista, contrária, por princípio, a qualquer tipo de rigidez constitucional ou controle externo (judicial) sobre a então chamada nação em assembleia.

Carré de Malberg afirmou, a esse respeito, que a autoridade judicial aloca-se “em uma posição de subordinação e inferioridade absoluta vis-à-vis com o legislador, e aplicará, sem resistência possível, todos os decretos legislativos, mesmo que contrários à Constituição”².

A par da desconfiança em relação aos juízes, foram afastados quaisquer limites materiais ao poder, detido pela Assembleia, de transformar a Constituição. Rousseau afirmou, nesse sentido,

* Bacharel em História e Direito, especializado em Filosofia, especializando em Direito Constitucional (IDP).

¹ Cf., acerca do tema, Martin Loughlin, *et al.*, *The paradox of constitutionalism*, New York: Oxford University Press, 2007 e Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris: Economica, 1990, p. 272.

² Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *apud*, S. Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, Paris: L.G.D.J., 1974, pp. 17-18.

que “não há no Estado nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social”³. Nesse ponto, Rousseau rende homenagem e vincula-se ao conceito hobbesiano de soberania:

Com a soberania, deixam de contar os “estados” (*états*, ordens, estamentos) enquanto sujeitos contratantes da política, para haver o Estado, no qual o poder supremo se alça a alguém (indivíduo ou assembléia), que se diz soberano na medida exata em que tudo pode decidir e, portanto, não apenas julgar, não só interpretar – mas mudar tudo. A condição para a Revolução, para 1789, está na teoria da soberania: *do Leviatã não sai apenas o Estado absoluto e o monarca absolutista, sai o poder revolucionário e jacobino*⁴.

Essa nota, inerente ao sistema rousseauísta e que o marca como absolutamente majoritário, tornou-se prevalecente com a ascensão jacobina dentro do sistema pós-revolucionário. Dá-nos notícia Jaume que Robespierre manteve a todo pulso, em 10 de agosto de 1791, a “confusão entre representação e poder constituinte”: “para Robespierre e para os democratas radicais como Pétion, as sessões devem ser capazes de expressar sua soberania mesmo durante o mandato do administrador eleito”⁵. A tese jacobina tornou-se ato apenas um ano depois. Em 5 de agosto de 1792, uma sessão parisiense declarou, em nome da vontade geral, que a Constituição estava vazia de qualquer validade. Por fim, em 1793, a rigidez constitucional foi condenada frontalmente na denominada Constituição Jacobina: “Um povo resguarda o direito de renovar, de reformar e de mudar de Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”⁶.

O conjunto de tais teses concorre para a prevalência de uma concepção da lei quase mítica⁷, pelo que acolhemos a ponderação de Rosenfeld, para quem “a proteção dos direitos fundamentais era garantida na Declaração de 1789, mas essa proteção era política ao invés de jurídica”⁸.

³ Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 120.

⁴ Renato Ribeiro, *A Última Razão dos Reis*, São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 102 (Grifamos).

⁵ Lucian Jaume, *The French Revolution and its consequences*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*, cit., p. 72.

⁶ *Constitution du 24 juin 1793*, in: Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1974, p. 72.

⁷ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 76: « La loi est pour lui ‘le reflet d’un ordre transcendant’. Et ce caractère divin de la loi ne doit pas se trouver altéré ni dénaturé par l’intervention de l’homme, grâce à cette volonté ne saurait être arbitraire ou injuste, car elle est ictée par la Raison. On a ainsi réussi... à identifier le droit et la Raison’. C’est conception qui a été intégralement reprise par les penseurs révolutionnaires de 1789. La loi reste pour eux, l’expression de la Raison. Elle dérive, non pas de l’arbitraire des volontés mais de la nature des choses ».

⁸ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, Disponível em: http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em: 14.09.2008, p. 138.

Analisando, sob esse aspecto, as revoluções do século XVIII, Di Giovine afirmou que apenas a americana fez “da constituição ‘o fim e o final’ da revolução”, no que contrasta com o regime francês, “no qual o poder revolucionário-constituente não se exaure”, ao contrário, mergulha em um espiral no qual “uma ‘série de constituições são redigidas, adotadas, suspensas, aplicadas e violadas’: não por acaso se diz que aos franceses se deve a teoria do poder constituinte e aos americanos a sua prática”⁹.

Poullain sintetizou o fenômeno ao ressaltar que a Revolução estabeleceu “um certo amálgama entre constituição e lei, a partir da confusão entre soberania nacional e assembleia soberana”, resultando em um duradouro confisco “da soberania pelos representantes do soberano”¹⁰.

O Parlamento francês manteve sua preponderância institucional até a Quarta República, porém, o sistema criava embaraços aos misteres do Executivo, pelo que passou a ser considerado incapaz de lidar com as necessidades do pós-guerra, instaurando-se uma dinâmica segundo a qual ora era o governo dotado de “poderes especiais”, ora, diante do impasse, a Assembleia terminava por “remeter a decisão ao povo”. Em uma e outra hipótese, “o parlamento não decidia mais”¹¹. A *Loi Laniel*, de 1948, que tentou amenizar o impasse institucional definindo um domínio regulamentar, já indicava a direção da guinada constitucional que se consumaria dez anos depois.

3. A Constituição de 1958 e o *Conseil Constitutionnel*

A Constituição de 1958 e a criação do *Conseil Constitutionnel* consubstanciam marcada reação contra o denominado *regime d’assemblée* e sua pretensão principal foi “contrapor-se à concentração de poder e assinalar ao Parlamento atribuições mais limitadas”¹².

O processo legislativo foi detalhadamente disciplinado na Constituição, que fixou o regime das sessões, limitou as comissões permanentes e submeteu as leis orgânicas do Parlamento ao *Conseil*. Ainda mais significativa foi a instituição de ampla repartição de competências normativas entre lei e regulamento, e a criação de um mecanismo com o qual o Governo poderia

⁹ Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em: 03.11.2008, item nº. 2.

¹⁰ Bernard Poullain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris: Economica, 1990, p. 20.

¹¹ Bernard Poullain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, cit., p. 23.

¹² Pierre Bon, *Le Conseil Constitutionnel français*, in: Dmitri Lavroff, et al.. *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999*, Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2001, p. 177.

opor-se, preventivamente, a qualquer tentativa do Parlamento em usurpar-lhe qualquer das competências a ele cometidas. Buscava-se garantir, em resumo, a autonomia constitucional do Governo, a ser mantida por um novo órgão: “Todos esses controles são confiados a um novo órgão na França: o *Conseil constitutionnel*”¹³.

Cumprе ressaltar, todavia, que nada estava mais distante da intenção do constituinte de 1958 do que a criação de um órgão de jurisdição constitucional. Não se pretendia a garantia dos direitos fundamentais contra o aparelho estatal, nem um sistema de controle de constitucionalidade dos atos do poder público. Ao contrário, o que resulta claro dos trabalhos preparatórios daquela Constituição é que o *Conseil* foi instituído para fazer valer a repartição de competências normativas estabelecida no art. 34 da nova Carta, e garantir, assim, o fortalecimento do Executivo frente ao Parlamento¹⁴.

O sistema deixou de ser centrado no legislativo, mas permanecia, em todos os seus aspectos, marcadamente majoritário e recalcitrante ao controle judicial de constitucionalidade.

4. O *Conseil Constitutionnel* como jurisdição constitucional e o ocaso do majoritarismo

Após alguns anos, e não obstante as linhas claras que definiam sua atuação, o *Conseil* principiou a dar mostras de que não se conformaria com os limites que lhe foram impostos. Em 1971, por exemplo, expandiu radicalmente o parâmetro de controle para abranger não apenas o texto da Constituição de 1958, mas também os preâmbulos de 1946 e 1958 e, logo, a Declaração de Direitos do Homem de 1789¹⁵. Bon descreveu, com precisão, o impacto do aresto:

O controle, que aparentemente não possuía como função essencial a proteção dos direitos fundamentais proclamados no Preâmbulo, mas sim a constrição do Parlamento, depois de 1971, e abandonando a jurisprudência que havia produzido, a proteção dos direitos fundamentais é elevada ao primeiro plano das funções do controle de constitucionalidade (...) Se passa, assim, de um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos, particularmente no do Executivo, a um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos cidadãos¹⁶.

Três anos mais tarde, uma reforma constitucional ampliou o rol do art. 61, que lista os legitimados a provocar a manifestação do *Conseil* acerca da constitucionalidade das proposições

¹³ Bernard Poullain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, cit., p. 24.

¹⁴ Cf., nesse sentido, Dominique Rousseau, *Faut-il supprimer le Conseil Constitutionnel?*, in: *Le Conseil Constitutionnel en questions*, Paris: L’Harmattan, 2004, p. 17 e François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, Paris: Economica, 1980, p. 19.

¹⁵ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

¹⁶ Pierre Bon, *Le Conseil Constitutionnel français*, cit. p. 191.

legislativas. Além dos originalmente legitimados (Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Senado) - considerados por fração da doutrina como pertencentes ao mesmo “consórcio de maiorias”¹⁷ -, 60 deputados ou 60 senadores (respectivamente, 10% e 20% dos membros de cada uma das casas legislativas) poderiam provocar o juízo de constitucionalidade do *Conseil*. Com isso, importante notar, se estava inserindo, pela primeira vez na França, um elemento claramente contramajoritário dentro do sistema político. O *Conseil*, nas palavras de Ponthoreau, passou a ser “um aliado da nova oposição”, estando apto a “entravar os bons desejos da maioria”¹⁸. Lavroff logrou sintetizar o processo por que passou o *Conseil constitutionnel*:

O *Conseil constitutionnel* perdeu uma grande parte de seu papel de controlar a repartição de competências entre os órgãos para tornar-se um defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, o guardião vigilante dos direitos e liberdades dos cidadãos¹⁹.

A Lei de reforma constitucional n. 724, de 23 de julho de 2008, que teve por escopo “a modernização das instituições da V República”, ultimou a transformação do *Conseil constitutionnel* em um autêntico órgão de jurisdição constitucional repressiva.

Foi adicionado ao texto de 1958 o art. 61-1 que autoriza o Conselho Constitucional a declarar a inconstitucionalidade de norma (publicada, vigente, aplicada) que “atente contra os direitos e liberdades que a Constituição garante”.

Ademais, o art. 62 foi aditado para dispor sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão prolatada pelo *Conseil*: “uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61-1 fica revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou a partir da data fixada na decisão”.

Destaque-se, por fim, que a operação do controle repressivo de constitucionalidade estatuído no art. 61-1 foi disciplinada pela *Loi Organique* nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009. Particular atenção merece o disposto no art. 23-2, 3º do Diploma, que alargou o parâmetro de controle para alcançar, “de um lado, os direitos e liberdades garantidos pela Constituição e, de outro, os engagements internacionais da França”.

¹⁷ Pierre Bon, *Le Conseil Constitutionnel français*, cit. p. 191.

¹⁸ Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris : Economica, 1993, p. 75.

¹⁹ Dmitri Lavroff, *Prévalence du fait majoritaire*, in: Dmitri Lavroff, et al.. *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999*, cit., p. 31.

5. Considerações finais

Podemos concluir, de todo o exposto, que a recente reforma constitucional francesa consubstancia a superação integral do majoritarismo representativo de inspiração revolucionária, e que o sistema institucional que entrará em operação nos próximos meses parece responder aos federalistas americanos, e não a Montesquieu.

Esse marco institucional talvez sirva, ademais, para reavaliarmos qual o sentido que podem conter os constantes exorcismos doutrinários contra o denominado ativismo judicial, principalmente quando fundados em uma concepção da separação de poderes e da discricionariedade do governo que é, na melhor das hipóteses, nostálgica.

6. Bibliografia referida

BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris: L.G.D.J., 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*, Paris: Economica, 1990.

DI GIOVINE, Alfonso. *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*. Disponível em:
http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em: 03.11.2008.

DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

LAVROFF, Dmitri, et al.. *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 a 1999*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2001.

LOUGHLIN, Martin, et al.. *The paradox of constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 2007.

LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica, 1980.

PONTHOREAU, Marie-Claire. *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris: Economica, 1993.

POULLAIN, Bernard. *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris: Economica, 1990.

RIBEIRO, Renato. *A Última Razão dos Reis*, São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

ROSENFELD, Michel. *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*. Disponível em:

http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em: 14.09.2008.

ROUSSEAU, Dominique. *Le Conseil Constitutionnel en questions*, Paris: L'Harmattan, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

