

Modelos e Representações da Justiça Constitucional na França: Uma Análise Crítica*

Olivier Jouanjan**

O objetivo dessa exposição é o de questionar algumas representações comuns, e, portanto, dominantes, a partir das quais se construiu o discurso relativo à justiça constitucional e, assim, nossa “ciência” da justiça constitucional, principalmente da forma como ela determinou a análise do Conselho Constitucional francês e a importância doutrinária de sua posição no sistema constitucional francês. Aqui, a instituição do *Bundesverfassungsgericht* não me interessa diretamente, constituindo-se apenas como um ponto de comparação a partir do qual eu posso tentar apresentar alguns problemas que me interessam para a situação francesa.

1. É preciso lembrar esquematicamente que se a Corte constitucional federal alemã rapidamente se impôs como uma instituição fundamental para a nova arquitetura constitucional após 1945 – atingindo rapidamente um interesse científico e doutrinário enorme se compararmos com o *Staatsgerichtshof* de Weimar¹ - o Conselho constitucional continuará, até as mudanças decisivas da primeira metade dos anos 1970, a ser uma figura secundária tanto no jogo político quanto em sua representação científica. Há boas razões que justificam essa diferença de tratamento, tanto no que concerne à composição quanto no que respeita às competências respectivas das duas jurisdições, mas também no que se refere ao ativismo jurisprudencial desenvolvido bastante cedo pela Corte federal, cujo símbolo mais importante é, sem dúvida, o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.² A Lei Fundamental se tornou, por causa da atuação da Corte, o cerne, o “coração” do sistema político e jurídico alemão.³

Da forma como concebido em 1958, o Conselho constitucional francês, em contraste, não era, é verdade, “muita coisa”, como escreveu Charles Eisenmann em uma

* O presente trabalho constitui a versão revisada da comunicação apresentada no Quarto Encontro Franco-Alemão de Direito Público, ocorrido em Friburgo em Brisgau nos dias 17 e 18 de outubro de 2008. Eu mantive o estilo mais informal típico de uma comunicação oral, limitando o número de notas de pé de página. Direito de tradução cedido gentilmente pelo autor para a Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas – Serro/MG – Brasil.

** Olivier Jouanjan é professor de Direito Público na Universidade de Strasbourg, França. Diretor do Instituto de Pesquisas Carré de Malberg (Strasbourg – França). Professor Honorário na Universidade Albert-Ludwig, de Friburgo em Bregau, na Alemanha. Dentre seus trabalhos, temos a obra *Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918)*, publicada pela PUF, em 2005.

¹ Sobre a jurisdição constitucional de Weimar, ver, a partir da literatura da época: Ernst Friesenhahn, “Die Staatsgerichtsbarkeit”, G. Anschütz/R. Thoma (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, Mohr(Siebeck), 1932, p. 523.

² Henne/Riedlinger(dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Perspektive*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

³ R. Wahl, *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter, 2006. Tradução parcial para o francês: “Aux origines du droit public allemande contemporain”, *Revue du droit public* 3/2007, p. 795-821.

célebre reação às primeiras nomeações dos membros da nova instituição.⁴ Daquele momento em diante, fixado nas pouquíssimas possibilidades de atuação que lhe conferia a Constituição, ele provavelmente continuaria a ser muito pouca coisa. Como percebia perfeitamente Eisenmann, o direito de provocação, em matéria de controle de constitucionalidade das leis, limitado a apenas quatro autoridades políticas (presidente da República, presidente do Senado, presidente da Assembléia Nacional e Primeiro-Ministro), “castrou” a principal função do Conselho.

Somente a célebre decisão *Liberdade de associação* de 16 de julho de 1971 pela qual o Conselho constitucional reconhecia o valor jurídico do preâmbulo da Constituição e alargava, dessa forma, os textos jurídicos considerados como constitucionais, para englobar também a Declaração de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946^{NT}, não foi capaz de sozinha realizar a revolução efetivamente experimentada pelo Conselho durante os anos de 1970. Para isso, seria necessário ainda a ampliação da possibilidade de provocar esse órgão por parte da minoria parlamentar, direito esse concedido em 1974 para “aperfeiçoar o Estado de direito”, como afirmava naquele momento o Chefe de Estado. Tudo isso é bastante conhecido: uma vez finalizada a fase de Charles de Gaulle da V República, o Conselho Constitucional tomou uma dimensão que, certamente, não estava configurada no texto inicial.

Que tenha sido preciso que o homem de 18 de junho^{NT} tenha deixado o poder para que o Conselho Constitucional pudesse adquirir alguma importância no sistema institucional, nós o sabemos através da revelação feita, em suas memórias, por Gaston Palewski, antigo chefe de gabinete do General de Gaulle e antigo ministro, presidente do Conselho constitucional de 1965 a 1974, no momento, portanto, da decisão *Liberdade de associação*: na medida em que o General de Gaulle estava na chefia do Estado, “*parecia-me absurdo*, revela Palewski com uma franqueza desconcertante, *explicar ao autor da Constituição de que maneira ela deveria ser aplicada*”!⁵

Assim, é compreensível a profunda revolução representada pela decisão de 1971, na medida em que ela permitiu ao Conselho constitucional verificar a conformidade das leis com os princípios materiais da Declaração, do Preâmbulo de 1946 como também com os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, da forma como mencionado por esse último texto (o Preâmbulo de 1946). Essa decisão modificou profundamente a função de uma instituição que, até aquele momento, compreendia sua missão como apenas a de assegurar a regularidade formal

⁴ Citado em Avril/Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 1992, p. 147.

^{NT} De acordo com a doutrina e jurisprudência francesas, além da Constituição, existem outros textos jurídicos que, apesar de não fazerem parte da Constituição, podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade, é dizer, textos jurídicos que se encontrem em desacordo com esses textos, podem ser considerados inconstitucionais. É o que os franceses denominam de bloco de constitucionalidade.

^{NT} O autor faz referência aqui ao General de Gaulle.

⁵ G. Palewski, *Mémoires d'action*, Plon, 1988, p. 292. É interessante observar que o General de Gaulle era considerado como o “autor” da Constituição, o que, juridicamente, é algo estranho. “Autor”, o General encontra-se, portanto, na posição de Pai do texto que detém para ele um significado transcendental: o discurso de desconstrução da figura do “autor”, tão desenvolvido na teoria literária da época, não conseguiu penetrar o *Palais Royal*...

da lei e o respeito, pelo legislador, da competência limitada que lhe conferia a Constituição.

O direito de provocação concedido à oposição parlamentar, a partir de 1974, aumentou a importância do controle de constitucionalidade no jogo institucional e, por causa disso, o lugar e o papel do Conselho no sistema político. Dessa forma, pode-se celebrar, hoje e de acordo com as palavras do atual presidente do Conselho, o “sucesso inesperado”, na organização institucional da V República, o que seria mais conveniente designar de “jurisdição constitucional” francesa.⁶

2. A doutrina francesa do direito constitucional encontrou, a partir dessa época, um conteúdo e impulsão novas: ela possuía uma jurisprudência para comentar e o direito constitucional podia começar a adquirir o aspecto comum das disciplinas jurídicas que, na França, passa menos pelo comentário das leis do que pelo comentário dos casos.⁷ A transformação que sofreu o Conselho constitucional justificava e legitimava uma nova forma de fazer o direito constitucional. Essa transformação podia servir de base para um reforço da disciplina, tanto na Universidade quanto nas revistas jurídicas especializadas.

A referida mudança autorizava principalmente que se modificasse a forma de estudo dominante do direito constitucional até aquele momento e que tinha sido fortemente imposta, desde os anos de 1950, principalmente por Maurice Duverger: o direito constitucional não é outra coisa do que a análise de um sistema político. Daí um certo estilo dos manuais e das aulas de direito constitucional que, a partir daquele momento, nunca se encontrava no nível das ambições exigidas por uma verdadeira e reivindicada “análise sistêmica”. O direito constitucional, depois de Duguit, Hauriou e Carré de Malberg, dedicava-se a esse “diletantismo” que se contenta “em compulsar mecanicamente as leis e os materiais legislativos, e em apresentar[...] discussões banais da política cotidiana, com considerações superficiais oportunistas, notícias históricas fragmentárias e sem continuidade para as pesquisas de direito público, ou seja, no estágio no qual, na Alemanha, Laband dizia ter encontrado o direito constitucional daquele país.⁸

⁶ J.-L. Debré, “Le Conseil Constitutionnel: une réussite inattendue de la Ve. République”, Association Française de Droit Constitutionnel, 1958-2008: *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008.

⁷ O inverso é verdadeiro para o caso da Alemanha e seria preciso sem dúvida se interessar mais por essas questões de forma de produção doutrinária e por suas conseqüências sobre o estilo e, portanto, pela cultura formal dos juristas, um elemento que não me parece suficientemente considerado no trabalho de estudo comparativo dos sistemas jurídicos.

⁸ *Le droit public de l'Empire allemand*, prefácio à 2ª edição, tradução francesa, pp. 10-11. A obra de Laband influenciou decisivamente e, no meu entendimento, duradouramente quanto à forma, ao estilo da ciência do direito constitucional alemão. Transpondo para o direito público o método “estritamente jurídico” que dominava naquele momento a ciência das Pandectas, dominando quase que exclusivamente a cena da ciência do *Staatsrecht* alemão, ele impôs um modelo que exigia essencialmente que uma “verdadeira ciência” do direito constitucional pudesse rivalizar, em seus métodos e sua cultura argumentativa, com os outros ramos do direito e, principalmente, com o direito civil. Mesmo os adversários mais radicais e conseqüentes do “labandismo” se submeteram, quanto ao essencial, à injunção, condenando o “diletantismo”: houve, desde o início, em sua época fundadora, o objetivo de

Em resumo, a grande transformação sofrida pelo Conselho constitucional no início dos anos de 1970 abria a oportunidade para uma profunda modificação na maneira e nos métodos a partir dos quais o direito constitucional poderia ser compreendido. Mesmo os antigos defensores do método “sistêmico” reconheciam que a “juridicização da vida política”, pela qual a assunção repentina do Conselho constitucional desempenhava um papel chave, impunha “um estudo aprofundado das regras constitucionais e de sua aplicação pelo juiz”. A partir desse momento, o direito constitucional torna-se um “direito provido de sanções, como os outros ramos do direito”, e essa mudança se devia a essa transformação no controle de constitucionalidade das leis.⁹

Ninguém pode seriamente negar a Louis Favoreu o mérito de ter apresentado essa mutação da matéria e de ter assim operado, na área do direito constitucional, uma verdadeira mudança de paradigma. A partir de 1975, no início, portanto, desse movimento, ele publicava, com Loïc Philip, a primeira edição das *Grandes decisões do Conselho constitucional* e começava na *Revista de direito público* uma crônica regular consagrada à jurisprudência do Conselho constitucional, continuando a realizar esse trabalho até 1989. Em 1990, a nova *Revista francesa de direito constitucional* que ele fundou lhe oferece um novo espaço editorial. Em 1978, é lançado o “Que sais-je?”^{NT}, sempre em coautoria com Loïc Philip, consagrado ao Conselho constitucional. Enquanto que essa instituição era apenas, em 1967, um órgão “regulador da atividade normativa dos poderes públicos”¹⁰, ele se tornou após 1971 e 1974 o paladino das

construir um objeto específico com forte densidade jurídica. Completamente diferente foi a fundação francesa da disciplina: Esmein, vinte anos depois de Laband, pretendeu ignorar as doutrinas alemãs, historicizando o direito constitucional, inserindo uma dimensão comparativa e deixando de demarcar, como fez Laband, a ciência do *direito* constitucional e as outras disciplinas que poderiam ter também por objeto a constituição. Assim, essa forma de pensar e trabalhar deixou de forma durável sua marca: a organização clássica do curso e do manual francês de direito constitucional, com suas partes preliminares dedicadas à análise do direito positivo (teoria geral, história constitucional, grandes sistemas estrangeiros), difere completamente daquela do ensino alemão, ainda hoje. É claro que o momento fundamental ocorreu na França quando da confrontação de três obras das mais importantes (Duguit, Hauriou e Carré de Malberg). Mas, na medida em que os três disputavam, nenhum deles pôde impor um esquema geral, como ocorreu com Laband nos anos de 1870. Nos anos de 1930, as pretensões teóricas e epistemológicas que ainda animavam as três obras foram bastante reduzidas em detrimento das considerações práticas que impunha a “crise” (do Estado, da democracia, do parlamentarismo). Ver: Olivier Beaud, “Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique”, *Droits*, 32, 2000, p. 89, que fala de um “giro pragmático” na ciência francesa do direito constitucional. A ciência francesa do direito constitucional, de Esmein a Carré de Malberg, estabeleceu-se a partir daquele momento numa relação complexa com a ciência do “inimigo” alemão, misturando-se a repulsa e a admiração, impondo-se a necessidade de uma *diferença* com a ciência alemã. Ver: Olivier Jouanjan, “Die Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft um 1900”, a ser publicado, *Savigny-Zeitschrift* (Germanische Abteilung), 2009. Para finalizar, observaremos que, para estabelecer seu “método puramente jurídico” no direito constitucional, Laband não precisou de uma jurisdição constitucional e nem de uma jurisprudência...

⁹ Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve. République*, Dalloz, 1995, p. 13-14.

^{NT} A série “Que sais-je?” publicada regularmente pela editora francesa PUF é uma espécie de primeiros passos dedicada a vários temas jurídicos, políticos, sociológicos, dentre outros.

¹⁰ *Revue du droit public* 1967, p. 5.

liberdades. Em 1988, pode-se dizer que a política, através da ação do Conselho constitucional, foi “ligada pelo direito”.¹¹

Mas, a ação do Conselho constitucional não foi apenas a de vincular a política a partir das normas constitucionais. Essa ação permitiu, concomitantemente, o desenvolvimento de um outro processo durável e profundo: o próprio direito passou a ser entendido a partir da Constituição. Foi o processo da “constitucionalização dos ramos do direito”.

Encontramos no manual de direito constitucional dirigido por Louis Favoreu uma representação eloqüente do que se tornou a “ordem constitucional”, em um capítulo com esse título: ela é uma “ordem política”, mas “vinculada ao direito”; ela é uma “ordem jurídica”, mas vinculada à Constituição.¹² Esse é o novo direito constitucional, “direito da Constituição”, e, ao mesmo tempo, “constituição do direito”.¹³ Já em 1980, escrevia Louis Favoreu: “Já é o momento de tomarmos consciência de que o direito público anterior a 1970 vai rapidamente se tornar o antigo direito público e que o estudo das regras constitucionais atualmente em vigor é talvez – ousaremos dizer – o objeto essencial do direito constitucional.”¹⁴ Tudo isso é o resultado das contribuições da jurisprudência do Conselho constitucional para a matéria¹⁵: trata-se de uma revolução no próprio direito que leva a uma revolução na ciência desse direito.

Durante os anos de 1980, essa mudança radical de perspectiva sobre a matéria terminou por impor-se, tornando-se doutrina dominante. Pelo menos, o direito constitucional *jurisprudencial* transformou-se no objeto ordinário e natural do constitucionalista quando, antes de 1971-1974, eram poucos os estudiosos que lhe davam alguma atenção. Todo mundo sabe que Léo Hamon, na época, foi o único a comentar as decisões da instituição, mesmo as mais importantes, que se tornaram hoje as decisões consideradas clássicas.¹⁶ Deve-se dizer que os anos de 1980, na mesma época em que uma parte da doutrina centra a disciplina no direito jurisprudencial, constituem um período particularmente esplendoroso para o Conselho: sob o impulso, principalmente de Georges Vedel (membro de 1980 a 1989) e de Robert Badinter (presidente do Conselho de 1986 a 1995), em uma época na qual a 5ª República começa a *se mover* com profundidade (alternância, coalisção), o trabalho e a herança do

¹¹ L. Favoreu, *La politique saisie par le droit. Alternance, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.

¹² 5ª edição, 2002, pp. 304 e seguintes.

¹³ L. Favoreu, “Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit”, *Rev. fr. dr. const.*, n. 1, 1990, p. 72 e seguintes.

¹⁴ L. Favoreu: “L’apport du Conseil constitutionnel au droit public”, *Pouvoirs*, n. 13, 1980, p. 26.

¹⁵ *Ibid.*, e L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, “Que sais-je?”, 2ª edição, 1980, p. 119 e seguintes.

¹⁶ Assim, Léo Hamon foi o único a comentar a decisão de 6 de novembro de 1962 relativa à eleição do presidente da República através de sufrágio universal direto (*Dalloz* 1963, p. 398). Ver: Florence Blondeau, Léo Hamon, premier annotateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *Revue d’histoire des faculties de droit*, n. 27, 2007, p. 481.

Conselho constitucional são verdadeiramente marcantes e, sob muitos aspectos, decisivos.

3. No entanto, seria preciso ainda *construir* cientificamente o objeto “Conselho constitucional” a partir desta representação bastante geral e vaga. Era preciso uma teoria geral da justiça constitucional em que se pudesse inserir a instituição francesa do Conselho constitucional. Kelsen oferecia naturalmente esse quadro teórico. Disponha-se em francês da tradução, feita por Charles Eisenmann, da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, mas, principalmente, do longo texto intitulado “A garantia jurisdicional da Constituição (A justiça constitucional)”, publicado na *Revista de direito público*, em 1928.¹⁷ Por outro lado, a tese de Eisenmann, consagrada à Alta Corte constitucional austríaca, também apresentava uma certa concepção kelseniana da justiça constitucional.¹⁸ Precisava-se que o Conselho constitucional pudesse ser inserido na categoria geral que constituía o modelo kelseniano da “Corte constitucional” e isso conseguimos fazer.

Uma primeira questão deveria ser regulada. O primeiro grande debate doutrinário em relação ao Conselho constitucional dizia respeito, com efeito, durante os anos de 1970, à questão de saber se ele era ou não uma jurisdição. A doutrina dividia-se.¹⁹ O Conselho constitucional tinha dado, bastante cedo, uma indicação, não absolutamente explícita, mas, de qualquer forma, com uma certa clareza, demonstrando como seria preciso analisar a autoridade de suas decisões (que o art. 62 da Constituição deixava na maior incerteza) de uma forma que lembrava bastante a autoridade da coisa julgada.²⁰ A expressão apenas aparecerá expressamente na jurisprudência do Conselho em 1988.²¹ Primeiramente, isso se deu pela autointerpretação que o Conselho fez do termo “jurisdição”, utilizando um pouco o sentido inverso daquele que tinha sido utilizado pela Corte alemã em seu célebre *Statusdenkschrift*: a Lei Fundamental designa expressamente a Corte como um órgão da *Rechtsprechung*, como um órgão jurisdicional, mas a Corte devia, além disso, se autointerpretar como um “Verfassungsorgan”, como um dos “poderes públicos constitucionais”, como se poderia

¹⁷ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257. A primeira edição da *Revue française de droit constitutionnelle* publicou um importante estudo de Hans Kelsen: “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine”, *Rev. fr. dr. const.*, n. 1, 1990, p. 17. Foi apenas recentemente que saiu publicado em francês o trabalho de Kelsen intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (Michel Houdiard, 2006).

¹⁸ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*(1928), reedição, Economica, 1986. Sobre Eisenmann, mais recentemente: N. Chiffot, *Le droit administrative de Charles Eisenmann*, tese, Strasbourg (a ser publicado, Dalloz). Sobre a relação com Kelsen: O. Pfersmann, “Charles Eisenmann”, Walter/Jablonek/Zeleny(dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Viena, Manz, 2008, p. 75.

¹⁹ Eu me limito a enviar a exposição dessa controvérsia, considerada “estéril”, por Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7ª edição, Paris, Montchrestien, 2006, p. 53 e seguintes, e referência citada. Para mim, longe de ser “estéril”, essa controvérsia era *necessária* para que se estabelecesse uma certa representação científica do Conselho que permitisse trabalhar sistematicamente sua jurisprudência, quaisquer que fossem naquele momento as críticas que se pudessem formular a partir das representações dominantes.

²⁰ Decisão 18 L de 16 de janeiro de 1962, *Lei de orientação agrícola*, Rec. 31.

²¹ Decisão 244 DC de 20 de julho de 1988, *Lei da anistia*, Rec. 119.

traduzir em francês; tratava-se de afirmar sua igualdade de posição com os outros órgãos constitucionais que, inclusive, submeteriam seus litígios a ela, afirmar sua legitimidade para decidir soberanamente casos políticos de natureza constitucional e de dar a seus poderes uma base jurídica na qual a Corte pudesse afirmar uma “autoridade” específica sobre seu exercício, se qualificando, por exemplo, a partir dessa base, como “soberana de seu procedimento”.²² O Conselho constitucional devia fazer, de qualquer forma, o caminho inverso.

A Constituição de 1958 instituía esse órgão como um dos poderes públicos constitucionais da nova República. Mas, nenhuma palavra desse texto indicava que a esse órgão era atribuída a qualidade de jurisdição. Em nenhum lugar ele era qualificado de jurisdição, seus membros não eram chamados de “juízes”, mas apenas “membros”, e sua função não era estabelecida como função jurisdicional. Nada no texto indicava nesse sentido. Mas, também nada indicava no sentido contrário. Assim, o debate doutrinário era bastante especulativo por necessidade. Foi apenas em 1988 que se começou a publicar os resumos das discussões prévias para a elaboração do texto de 1958, principalmente as discussões do Comitê consultivo constitucional e do Conselho de Estado. Essas discussões não tinham a qualidade de “trabalhos preparatórios” e não obrigavam, portanto, de forma alguma a interpretá-las dessa forma, mas resulta claramente da leitura dessas discussões que os participantes da redação do texto pensaram sobre a qualidade jurisdicional do Conselho e decidiram explicitamente pela *negativa*. Quando a questão foi colocada no Comitê consultivo se não se estaria criando, através do Conselho constitucional, uma espécie de “corte constitucional” como existia naquele momento na Alemanha ou Itália, a resposta do comissário do governo é claramente negativa. Quando, no momento das discussões sobre a redação do que viria a ser o artigo 62, foi evocada perante o Conselho de Estado a possibilidade de qualificar a autoridade das decisões do Conselho constitucional de “autoridade de coisa julgada”, a vontade de evitar essa redação foi precisamente motivada pela intenção de não instituir o Conselho constitucional como uma Corte, como uma jurisdição.²³

O Conselho constitucional precisava contudo, em relação a si mesmo, afirmar sua legitimidade no sistema e a qualidade de jurisdição poderia ajudá-lo a cercar sua imagem com um conjunto de representações mentais indistintas, mas protetoras: independência, imparcialidade, simples aplicação do direito... Essa necessidade cruzou com a de uma doutrina que precisava legitimar essa nova atividade que consistia em comentar as decisões do Conselho e de transformar assim o direito constitucional. Essas duas necessidades se reforçaram mutuamente e fizeram do Conselho constitucional uma jurisdição importante. Uma jurisdição tão mais importante que ela passava – devia passar – no esquema teórico último de legitimação, no “modelo kelseniano de justiça constitucional”, expressão considerada equivalente a “modelo europeu de justiça

²² Texto de memória reproduzido em: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 6, 1957, p. 144 e seguintes. Comentário: Leibholz, *ibid.*, p. 110 e seguintes. O §19 do regimento interno da Corte envia expressamente para sua “posição como órgão constitucional supremo”.

²³ Ver: *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, principalmente t. 2, p. 73, t. 3, p. 164, p. 275.

constitucional”. Dessa equivalência postulada, resultou uma certa confusão no método de elaboração do “modelo”: construiu-se uma espécie de tipo-ideal que imitava uma teoria construída *a priori*, juntando-se ao modelo elementos mais ou menos comuns, através da inserção de elementos que pareciam ter um “ar de família”, apenas para se encaixar nas principais jurisdições constitucionais européias. Ao assim agir, pretendia-se *legitimar* o Conselho constitucional. Através dessa construção, passava-se, a partir do modelo, sem precauções excessivas, do plano descritivo (da análise institucional) para o plano normativo (crítica de decisões em nome do “modelo”): darei exemplos disso mais a frente, mas já posso assinalar que essas escorregadas me parecem alimentar uma grande incerteza quanto à definição que se dava, no modelo, do “monopólio” de competência que deve caracterizar uma “corte constitucional”.

A mencionada escorregada decorria também, eu acredito, do fato de que a natureza teórica do discurso kelseniano sobre a Corte constitucional não era plenamente identificada: o discurso kelseniano sobre a Corte constitucional não é e não pode ser um discurso da *ciência do direito*, pois ele é prescritivo e não descritivo; ele não diz que a existência de uma corte constitucional se *deduz de um sistema jurídico* – o que seria evidentemente absurdo – mas que se quisermos, em um certo tipo (europeu continental), assegurar a hierarquia das normas – que é uma noção mais complexa e dinâmica do que a entende a vulgata constitucionalista – *seria bom* introduzir um órgão específico e que, por motivos de *política jurídica*, estabelecidos teoricamente pelas contribuições da teoria pura do direito, esse órgão deveria assumir tal ou qual característica. Se se pode falar de “modelo”, talvez não seja no sentido em que a doutrina francesa parece ter entendido geralmente essa palavra: esse modelo não é *um modelo para a ciência do direito*, mas *um modelo para a política*. Juridicamente, não se pode deduzir nada desse modelo.

Invariavelmente, o Conselho constitucional passou a ser considerado uma “Corte constitucional” conforme o “modelo europeu”, de acordo com o “modelo kelseniano”. E a “corte constitucional” passou a ser assim definida: “Uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente do contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente deste como também dos poderes públicos.”²⁴

A definição apresentada levanta uma série de questões:

1) O que é esse “contencioso constitucional” que deve ser especial e exclusivamente conhecido pela corte constitucional? Essa matéria deve ser estabelecida *a priori* – o que pareceria lógico, já que essa definição da corte constitucional comporta uma pretensão de validade geral, a título de “modelo” – ou *a posteriori*, pela via indutiva, pela tipificação ideal dos dados positivos existentes (que supõem que seja identificada nos sistemas positivos uma instituição “corte constitucional” antes mesmo que se tenha o conceito dessa instituição), e até que ponto a delimitação dessa matéria pode variar de uma ordem jurídica para outra?

²⁴ L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 3ª edição, 1996, p. 3.

2) A delimitação prévia do que pertence ao domínio desse contencioso permite apenas concluir pela exclusividade da competência, uma “exclusividade” que se coloca sob dois aspectos que nem sempre são claramente identificados e separados: por um lado, a competência é exclusiva, na medida em que exclui a competência de qualquer outra jurisdição na matéria constitucional; a competência é exclusiva também na medida em que a corte constitucional somente pode conhecer da matéria constitucional. Vemos com clareza o problema que essa dupla questão coloca, na medida em que se afirma, ao mesmo tempo, que a existência da corte constitucional em um sistema constitui o vetor principal da “constitucionalização dos ramos do direito”. Fica difícil distinguir o que é “constitucional” em um conjunto normativo em que tudo, aparentemente, constitucionaliza-se. Percebe-se então a extrema prudência que se deve ter para retirar desse postulado inevitavelmente frágil de exclusividade e do princípio que lhe é subjacente de um “monopólio de competência” conseqüências normativas relativas ao próprio direito positivo.

3) A exterioridade e independência em relação ao “aparelho jurisdicional ordinário” são suficientes para caracterizar a relação da corte constitucional com esse aparelho? Isso porque tal relação deve existir na medida em que temos duas ordens jurídicas independentes, aquela da matéria constitucional monopolizada pela corte constitucional e aquela da matéria ordinária deixada para as jurisdições ordinárias, uma representação das coisas evidentemente absurda e na qual nenhuma “constitucionalização” dos ramos do direito (ordinário) seria possível. A hipótese que formularei é precisamente que essa caracterização exclusivamente negativa (exterioridade, independência) da relação entre corte constitucional e jurisdições ordinárias traz como conseqüência uma cegueira quanto à análise institucional dos fenômenos das jurisdições constitucionais já que, precisamente, a natureza e eficácia das relações positivas existentes entre os níveis constitucional e ordinário de jurisdição oferecem um certo número de critérios de avaliação e de distinção quanto a algumas das questões centrais que se colocam para a análise constitucional atual: a natureza e o grau de dependência nos quais se encontram as jurisdições ordinárias em relação com a jurisdição constitucional, os mecanismos eventuais de cooperação entre os dois níveis parecem-me especialmente essenciais para compreender e analisar, do ponto de vista institucional, os mecanismos da “constitucionalização dos ramos do direito”, que talvez não se deixe reduzir à simples revisão da corte constitucional da atividade jurisprudencial das jurisdições ordinárias.

4) Além disso, uma tal “definição” deixa de lado o conjunto dos aspectos relacionados à composição, organização e procedimento e que desempenham, no quadro kelseniano da jurisdição constitucional, um papel verdadeiramente importante.

Em outro lugar, eu afirmei que um conceito é uma espécie de foco de uma máquina fotográfica²⁵ e um conceito assim apresentado através de um critério tão banal

²⁵ O. Jouanjan, “Sur un vaste débat: le Conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une cour constitutionnelle?”, *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 540.

da corte constitucional apresenta defeitos bastante consideráveis quanto à clareza, ao enquadramento e à profundidade do campo de visão. Principalmente, a doutrina dominante utilizou o conceito sem previamente ter se questionado sobre sua utilidade e praticidade. Assim, foi utilizada uma noção sem consistência.

4. Limitar-me-ei aqui, apesar de tudo o que já falei, a apresentar alguns elementos relativos à composição, organização e procedimento. É suficiente sublinhar, com efeito, que as diferenças existentes entre, por um lado, a regulamentação dessas questões na França e os sistemas estrangeiros da Europa como, por outro lado, entre o direito positivo francês e o quadro kelseniano da jurisdição constitucional foram amplamente eufemizadas. Ora, do ponto de vista das regras relativas à composição do Conselho, as singularidades francesas não são pequenas em comparação com as jurisdições constitucionais européias.²⁶

A existência de “membros natos” representados pelos antigos presidentes da República é, sem dúvida, muito mais do que uma “particularidade discutida”. Anunciar essa regra em “quase desuetudo”²⁷ no início dos anos 2000 seria temerário. Hoje, dois membros natos presidem as deliberações dos casos que eles consideram estar à altura de sua dignidade passada. Isso traz como consequência a criação *de facto* de duas formações de julgamento distintas, a ordinária e a solene, de acordo com o interesse revelado pelos antigos presidentes nos casos submetidos a julgamento. Essa regra, segundo a qual os antigos chefes de Estado necessariamente farão parte da jurisdição constitucional, é absolutamente única na Europa.

Da mesma forma, o princípio exclusivo de nomeação dos nove membros ordinários do Conselho. Até o presente momento, os membros do Conselho são nomeados discricionariamente por uma das três autoridades designadas (presidente da República, presidente do Senado, presidente da Assembléia), sem qualquer possibilidade de revisão²⁸, sem nenhum controle ou discussão prévia. Enfim, essa escolha está submetida apenas ao limite da nacionalidade. Em nenhum outro país europeu um tal sistema exclusivo de nomeação foi criado. Em nenhum outro país da Europa, não há qualquer condição quanto à qualidade das pessoas nomeadas. Naquela época, Kelsen esclarecia que “era da maior importância fixar na composição da jurisdição constitucional um lugar adequado para os juristas profissionais”.²⁹ Assim, não é suficiente constatar que qualquer nomeação de juízes constitucionais é política para identificar, sem qualquer outra forma de procedimento, o procedimento francês de nomeação com os diversos procedimentos europeus de nomeação dos juízes constitucionais.

²⁶ É o que demonstra principalmente Michel Fromont, “La justice constitutionnelle en France ou l’exception française”, *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l’honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 167.

²⁷ De Villiers/Renoux, *Code constitutionnel*, reeditado em Favoreu, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 265.

²⁸ CE, Ass., 9 de abril de 1999, Mme. Ba, Rec. 124, *Ver. fr. dr. adm.* 1999, p. 566, concl. Salat-Baroux.

²⁹ “Garantie juridictionnelle”, art. cit., p. 227.

Podemos acrescentar que Kelsen insistia no ponto de que o Parlamento devia ter um certo poder na designação dos juízes ou, pelo menos, de uma parte deles (ele preferia um sistema de eleição parlamentar a partir da proposta do governo).³⁰ A inovação introduzida pela revisão de 23 de julho de 2008 que submete as indicações a confirmação pública das comissões parlamentares é, sem dúvida, um progresso, mas limitada, nesse sentido: as indicações pretendidas pelo presidente serão objeto de uma consulta por parte da comissão competente em cada uma das duas assembleias, já as indicações propostas pelos presidentes das assembleias, passarão por uma consulta pela comissão competente da assembleia respectiva; nesse momento, as comissões respectivas poderão opor um veto definitivo às indicações, desde que atinja a maioria qualificada de 3/5 dos votos. Enquanto que os sistemas estrangeiros de indicação com frequência introduziram um mecanismo de eleição parlamentar com maioria qualificada, obrigando maioria e oposição a encontrarem um consenso positivo, introduzimos na França a possibilidade de um consenso negativo entre a maioria e a oposição em que se pode prever que haverá pouca possibilidade de um entendimento entre maioria e oposição. A inovação deve ficar bastante restrita em seus efeitos. Pelo menos, deverá se instalar em torno da indicação um certo debate público que romperá com o sistema do silêncio, da especulação e da surpresa que ocorre hoje no processo de indicação. O novo sistema, resultante da combinação dos novos artigos 13 e 56 da Constituição, deve ainda ser regulamentado por uma lei orgânica antes de poder ser aplicado.

Da mesma forma, temos outro problema, já que se construiu um conceito no mínimo amputado da Corte constitucional, largamente eufemizado ao se tratar das singularidades de um procedimento pouco formalizado em se tratando de contencioso eleitoral, e que somente a prática, mais uma vez durante os anos de 1980, relativa, mas informalmente jurisdicionizou, ao introduzir principalmente uma forma de contraditório. Por outro lado, não existe, por exemplo, nenhuma regra, formal ou não, que regule a recusa ou abstenção do juiz de julgar. Da mesma forma, se questiona pouco sobre o significado institucional do voto preponderante dado, em caso de empate, ao presidente do Conselho, nomeado pelo chefe de Estado. Parece-me que se trata aqui também de um mecanismo pouco no conjunto das jurisdições constitucionais europeias.

Vou limitar-me a esses traços sobre a singularidade da jurisdição constitucional francesa, em relação à sua composição e funcionamento. Trabalharei um pouco mais detidamente as outras três questões levantadas mais acima: Pode-se determinar a matéria do “contencioso constitucional”? O que significa a exclusividade da competência da jurisdição sobre essa matéria? Como podem ser caracterizadas as relações entre a jurisdição constitucional e o aparelho jurisdicional ordinário?

5. Provavelmente, não haja uma resposta certa sobre o que seja a matéria constitucional, o ou os domínios próprios da justiça constitucional, qualquer que seja sua forma. Não existe justiça constitucional pelo simples fato de que uma regra de valor

³⁰ *Ibid.*

constitucional possa ser aplicada em um processo. Se assim fosse, chegaríamos a uma conclusão absurda no sentido de que uma grande parte do contencioso administrativo se transformaria em um contencioso constitucional pela simples razão de que, tratando-se de uma questão relacionada a servidores públicos ou direito urbanístico, seria conveniente aplicar, por exemplo, o princípio da igualdade. Essa maneira de colocar o problema é manifestamente insatisfatória. Se queremos distinguir um tipo de contencioso “constitucional” em relação aos contenciosos civil, penal e administrativo, é necessário procurar um critério relacionado à própria natureza dos litígios e não à qualidade das normas aplicadas. Principalmente, se pretendemos delimitar a competência exclusiva da jurisdição constitucional.

Contudo, se essa precaução nem sempre é assumida, encontramos algumas derivas doutrinárias que, no fundo, apenas podem ser explicadas pela idéia de que a única jurisdição plenamente habilitada a aplicar o direito constitucional seria o juiz constitucional, o Conselho constitucional. Ora, já que, por um lado, celebra-se a constitucionalização dos ramos do direito, constata-se e saúda-se a aplicação do direito constitucional por parte da jurisdição ordinária. Assim, essa tendência de reservar para o Conselho constitucional a aplicação do direito constitucional apenas se manifesta verdadeiramente em casos concretos excepcionais. Nas situações comuns, a aplicação da norma constitucional pelo juiz ordinário não traz dificuldades. Um exemplo de caso excepcional de aplicação da regra constitucional certamente foi representado no célebre julgamento *Moussa Koné* do Conselho de Estado em 1996.

Nesse caso, o Conselho de Estado retirou de sua própria autoridade um “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”, ou seja, um desses princípios não escritos que uma lei republicana, datada de antes de 1946, reconhecia de uma maneira ou de outra como fazendo parte da República, como algo consubstancial à idéia republicana francesa. O Conselho de Estado, assim, afirmou-se como um intérprete e um aplicador plenamente habilitado do direito constitucional. O que chocou uma parte da doutrina, nesse caso, foi o fato de que a jurisdição administrativa havia descoberto por suas próprias luzes uma regra constitucional não escrita que o Conselho constitucional nunca havia desenvolvido ou aplicado (a obrigação de negar a extradição requerida com um objetivo político). O juiz administrativo havia feito algo que somente o Conselho constitucional poderia juridicamente fazer: era esse o sentimento.³¹

Entretanto, isso ocorreu justamente porque se postulava implicitamente que o verdadeiro aplicador e intérprete legítimo do direito constitucional seria o Conselho constitucional e que o juiz ordinário, se ele precisava aplicar a Constituição, apenas o faria a partir de uma competência menos importante e, no final das contas, derivada: quando o Conselho reconhecesse o princípio em causa, o juiz ordinário poderá e deverá aplicá-lo. Tal representação – que, algumas vezes, manifesta-se quando se fala de um “monopólio da interpretação constitucional” que seria a característica do “modelo”

³¹ Ver a nota em Favoreu, *Ver. fr. dr. adm.* 1996, p. 882 (e as referências citadas nas notas 14 e 15): “Somente o Conselho constitucional pode consagrar a existência de uma norma constitucional justamente porque somente ele goza do estatuto de juiz constitucional.”

européu³² - sustenta-se em alguns postulados implícitos e evidentemente não encontra nenhum fundamento de direito positivo. Mas, uma certa imagem, sem nitidez, bastante fluida, sem grande profundidade no campo de visão da “corte constitucional” poderia levar a essas conclusões.

Evidentemente, pode-se deixar a questão da matéria constitucional completamente aberta: há um núcleo duro que forma, em toda a parte, o cerne material da justiça constitucional, e esse cerne é o controle da constitucionalidade das leis (formais). O resto apresenta uma geometria variável, de acordo com os sistemas constitucionais. Pelo menos, essa é uma solução que tem o mérito de controlar e limitar os perigos de um recurso incontrolado ao “modelo” no trabalho jurídico propriamente dogmático. O “monopólio” da corte constitucional não é mais indistintamente de “interpretação constitucional”, mas de “apreciação da constitucionalidade das leis”. No entanto, mesmo assim fechado, a definição do monopólio continua extremamente imprecisa.

A significação profunda da proposição kelseniana da instituição das cortes constitucionais no continente europeu parece-me ser a seguinte: é preciso uma corte, de caráter excepcional e com enorme legitimidade, situada, por sua composição, fora do sistema jurisdicional ordinário, para impedir que as jurisdições ordinárias punham a mão na lei e, assim, controlem o parlamento democrático; com efeito, na Europa continental (fora o caso especial da Suíça), as jurisdições ordinárias são formadas por magistrados de carreira formando no topo do Estado uma espécie de casta relativamente fechada, uma oligarquia conservadora – na época, pelo menos, em que escrevia Kelsen sobre esse tema, nos anos de 1920 – que, através do controle da lei, controlavam de fato o sistema democrático. Assim, eu acredito que a Corte constitucional kelseniana apresenta uma dupla vantagem do ponto de vista da democracia: não apenas pelo controle da lei – e dos principais atos normativos – ela equilibra o sistema garantindo a posição da minoria política, mas ainda, através de uma competência exclusiva de análise da lei e dos principais atos normativos, ela impede que uma elite judiciária fechada coloque o sistema parlamentar democrático aos seus pés através do controle “difuso”.

Entretanto, se por um lado, essa visão das coisas é correta, o controle não deve se limitar apenas à própria lei, mas também – o que Kelsen expõe expressamente – aos principais atos normativos do executivo, tais como os regulamentos “autônomos” do executivo que não poderiam ser deixados completamente para os juízes ordinários, os juízes de carreira. Por outro lado, o monopólio absolutamente irreduzível que era preciso dar para a Corte constitucional – ou dizendo negativamente, o que se retirava das jurisdições ordinárias – consistia em pronunciar a sanção de inconstitucionalidade declarada da lei: tratava-se de evitar qualquer *poder* do juiz ordinário sobre a lei, poder que lhe daria a competência de declarar a inconstitucionalidade. É o que os alemães chamam de *Verfassungsmonopol*: no sistema alemão, o controle da lei é difuso; uma jurisdição ordinária controla sempre a lei que ela aplica e, se ela a aplica, essa aplicação

³² Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 203.

significa que a lei está em conformidade com a Constituição; se, por outro lado, a jurisdição ordinária está convencida, uma vez realizado esse controle, que a lei é inconstitucional, então ela deve enviar a questão para a Corte constitucional como uma questão prejudicial. O controle é difuso, a sanção de inconstitucionalidade é concentrada.

Com frequência, o juiz ordinário envia a questão prejudicial somente quando há uma dúvida séria sobre a conformidade da lei formal que ele deve aplicar com a Constituição.³³ Também aqui, o controle é difuso e o que foge da competência das jurisdições ordinárias é a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei. A doutrina francesa, quando não fala abusivamente de monopólio da interpretação constitucional, descreve o monopólio da competência que distingue o modelo europeu da justiça constitucional como monopólio do “controle” da constitucionalidade. Para mim, essa descrição é abusiva, porque excessivamente imprecisa.

Sem dúvida, essa imprecisão explica-se pelo fato de que, até hoje, o Conselho constitucional não pode ser provocado através de uma questão prejudicial. Essa instituição do “controle concreto”, que se encontra em todos os outros países europeus que estabeleceram uma jurisdição constitucional especial, falta na França até a recente revisão de 23 de julho de 2008. Assim, de fato, as jurisdições ordinárias recusam realizar qualquer controle da lei, já que um tal controle não abriria qualquer perspectiva: a jurisdição respectiva não poderia nem declarar a inconstitucionalidade (monopólio do conselho constitucional), nem provocar o juiz constitucional. Podemos generalizar essa especificidade francesa, e a introdução de uma forma de controle concreto, filtrado, em cada instância de jurisdição, através das jurisdições supremas (Corte de cassação, Conselho de Estado)³⁴, obrigará a precisar de maneira mais clara, na ordem constitucional positiva, em que consiste o monopólio da competência do Conselho constitucional. Essa precisão é necessária, pois relacionada à repartição das competências, a definição desse monopólio estabelece-se em função do direito positivo e não em função da representação vaga de um modelo de “justiça constitucional concentrada”.

É essa competência constitucional que delimita, negativamente, as jurisdições ordinárias em relação à lei. É justamente a falta do procedimento de controle concreto que permitia na França concluir pela incompetência das jurisdições ordinárias quanto ao controle da constitucionalidade das leis, e não o velho princípio caduco segundo o qual a lei na França é perfeita e incontestável uma vez promulgada. Esse princípio é, pelo menos, caduco, desde as decisões *Jacques Vabre* da Corte de cassação (1975) e *Nicolo* do Conselho de Estado (1989). Ora, relacionar corretamente o fundamento da incompetência das jurisdições ordinárias em relação à questão da conformidade das leis com a Constituição leva a conseqüências precisas sobre um ponto há muito tempo

³³ Na Alemanha, o juiz ordinário tem a obrigação de mostrar, na petição de envio, a inconstitucionalidade da lei sob análise, sob pena da questão não ser recebida pelo Tribunal Constitucional.

³⁴ Novo artigo 61-1 C. Esse mecanismo somente entrará em vigor quando a lei orgânica sobre a matéria for aprovada, estabelecendo as condições de funcionamento e utilização do mecanismo.

discutido na doutrina. O controle de constitucionalidade da lei é na França um controle abstrato e preventivo. Contudo, no caso em que a resposta à questão da constitucionalidade da lei preventivamente deferida impõe ao Conselho constitucional se deparar com o problema da constitucionalidade de uma lei já promulgada, porque, por exemplo, a lei nova estende o campo de aplicação de uma disposição legislativa cuja constitucionalidade é duvidosa, o Conselho, em uma decisão histórica, mais uma vez durante seu grande período de inovação, em 1985, aceitou controlar a lei antiga, ou seja, realizou um controle *a posteriori*. Todavia, como é certo que o Conselho não possui o poder de anulação, o dispositivo de sua decisão apenas pode impedir a promulgação da lei nova, sem mexer na lei antiga cuja inconstitucionalidade tenha sido, por hipótese, constatada nos motivos da decisão. Portanto, cabe à jurisdição ordinária retirar as conseqüências dessa inconstitucionalidade constatada, mas não sancionada, pelo Conselho constitucional. Se for utilizado o argumento de que a lei promulgada é perfeita, convém continuar a aplicar a lei antiga inconstitucional. Essa foi uma posição sustentada. Mas, se fundamos a incompetência da jurisdição ordinária para apreciar a constitucionalidade da lei sobre o monopólio do Conselho, a conseqüência é completamente diversa: a jurisdição não invade de nenhuma maneira a competência de controle do juiz constitucional na medida em que este já realizou previamente o controle e, estando a declaração de inconstitucionalidade da lei antiga revestida da autoridade de coisa julgada, é da competência das jurisdições ordinárias tirar as conseqüências jurídicas desse fato deixando de aplicar tal lei.³⁵ Quando for criada a possibilidade de provocar o Conselho constitucional em uma questão prejudicial, este continuará a ter o monopólio quanto à sanção de inconstitucionalidade da lei promulgada e a questão que será colocada será a de saber se, na hipótese examinada em que o Conselho constitucional declare previamente a inconstitucionalidade da lei promulgada, o juiz ordinário deverá provocá-lo através da prejudicial, ou as instâncias ordinárias poderão de ofício retirar todas as conseqüências da inaplicabilidade dessa disposição. Há aqui complicações que seriam evidentemente evitadas se revogássemos o princípio da análise da constitucionalidade *a priori*, ao qual se conferem virtudes que ele não possui.

Vê-se aqui que a questão do “monopólio da competência” do juiz constitucional não é uma questão que pode ser resolvida tirando da manga um curinga representado por um “modelo”, mais ou menos seguro metodologicamente, de “justiça constitucional concentrada”: ao contrário, essa questão necessita de um trabalho dogmático preciso a partir dos dados do direito positivo nacional.

6. De qualquer forma, o monopólio da competência não define a matéria constitucional. A matéria constitucional pode ganhar consistência em um ensaio de reconstrução histórica do problema do “guardião da constituição”. Eu não posso realizar

³⁵ A decisão da Corte de Apelação de Douai de 30 de março de 2000 que deixou de aplicar uma lei promulgada cuja inconstitucionalidade havia sido afirmada pelo Conselho constitucional não é explícita em sua motivação. Ver: J. Bonnet, *Rev. fr. dr. adm.* 2005, p. 1049.

aqui essa reconstrução: eu vou me limitar a indicar as grandes linhas dessa questão.³⁶ O Estado moderno se constitui como um triplo processo de territorialização, secularização e institucionalização do poder político. Essa institucionalização comporta uma dinâmica de juridicização do poder político, que se nota antes da Revolução francesa e que perpassa o processo de constitucionalização do poder. Essa juridicização e constitucionalização comporta em si a *quaestio diabolica* da “garantia da Constituição”. Nesse contexto insinua-se, como por necessidade, a idéia de um órgão especial cuja função consistiria exclusivamente ou quase a garantir a manutenção da ordem constitucional. São os censores americanos, os planos italianos (nas obras de Vincenzo Cuoco e Francesco Mario Pagano) de um eforato na República Partenopéia^{NT} natimorta e o júri constitucional de Sieyès. São os ensaios do *Staatsgerichtsbarkeit* no constitucionalismo alemão do século XIX. Podemos colocar o problema de uma maneira bastante simples: a constitucionalização do poder implica que seja considerado um certo número de questões certamente jurídicas, mas que dizem respeito diretamente à própria arquitetura do poder e que, por isso, apenas dificilmente seriam confiadas a um juiz ordinário. Vemos aparecer essas questões: nos sistemas “federativos”, as relações do centro e da periferia e das comunidades periféricas entre si (bastante cedo, desde o Sacro Império); depois, a questão da jurisdição penal dos ministros (se compreendi bem, foi Robert von Mohl quem, em 1837, emprega pela primeira vez a expressão “jurisdição constitucional” para o órgão encarregado de definir a responsabilidade penal dos ministros); os conflitos entre órgãos constitucionais supremos; o controle das normas superiores, e, inicialmente, no constitucionalismo clássico, das ordenanças monárquicas; o contencioso da veracidade da representação, o contencioso eleitoral; a garantia dos direitos constitucionais. Se consideramos historicamente as coisas, vemos a que ponto as questões sensíveis do direito constitucional não se reduzem apenas ao controle de constitucionalidade das normas e que mesmo, desse ponto de vista, o primeiro objeto mais sensível foi o controle de constitucionalidade das normas executivas e não da lei formal.

Mas, se contornarmos essas questões que sempre colocam um problema específico, percebemos que a concentração ou centralização desses contenciosos é apenas relativa, de acordo com os sistemas jurídicos positivos. A justiça política penal pode ser considerada um elemento da justiça constitucional, não sendo unanimemente confiada à jurisdição constitucional. A mesma coisa vale para a justiça eleitoral (tratando-se de eleições parlamentares e, portanto, da garantia da veracidade da representação política). A resolução desses problemas jurídicos dos poderes supremos é diversamente confiada à jurisdição constitucional, às jurisdições ordinárias, às autoridades especiais e, algumas vezes, como na França, deixada para os próprios atores (conflitos constitucionais). Em todo caso, não se pode tirar nada desse quadro tão vago que possa ter qualquer pertinência para a análise do direito positivo.

³⁶ Para um ensaio de reconstrução dessa história na Alemanha: Olivier Jouanjan, “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”, in: C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13.

^{NT} República Partenopéia refere-se ao reino de Nápolis, na Itália, que, durante a Revolução Francesa, foi convertido em República.

Por outro lado, quem se debruça um pouco sobre essa história das “funções da justiça constitucional” percebe, pelo menos, duas coisas. Primeiro, a impossibilidade recorrente de situar o exercício dessas funções em uma doutrina das funções do Estado. Ela não é apenas função jurisdicional; ela não é legislativa; e, claro, ela não é executiva. Ela é a função inominada do Estado constitucional precisamente porque se relaciona com o centro de suas engrenagens ao mesmo tempo em que movimenta as categorias que o legitima: se o júri constitucional não conseguiu encontrar guarida no imaginário constitucional dos Revolucionários, mesmo os termidorianos, foi porque a instituição aliava em si duas dimensões absolutamente incompatíveis para esse imaginário: justiça e representação, justiça e legislação, era o que Sieyès chamava, no 18 termidor, a “grande analogia entre as funções jurisdicionais e as do legislador”.³⁷ Não obstante, vemos outra coisa também, quanto os problemas fundamentais do guardião da constituição e da justiça constitucional foram colocados tão cedo: o debate francês de 1794-1795 é, nesse aspecto, exemplar. A oposição frontal entre Sieyès e Thibaudeau toca na questão essencial, não apenas quanto ao problema normalmente levantado: quem guardará o guardião? Por trás disso, há um argumento mais interessante ainda e que dá à questão do guardião do guardião sua verdadeira profundidade: Sieyès, diz, em resumo, Thibaudeau, propõe uma assembleia, de natureza representativa, para controlar a ação das próprias assembleias igualmente representativas; tal sistema não oferece nenhuma garantia, já que postula que a representação deve se garantir por si mesma; o problema da garantia da constituição fica andando nesse círculo, apresentado como vicioso, da representação. De uma forma mais geral, o problema de todo guardião da constituição refere-se ao fato de que tal guardião é necessariamente, representativo ou não, um poder constituído encarregado de proteger o tesouro do poder constituinte. Sob a constituinte, o próprio Sieyès, explicara que um litígio de constitucionalidade apenas poderia ser apresentado e decidido pelo próprio poder constituinte, pelo “proprietário” do tesouro constitucional. O guardião da constituição é a instituição através da qual o poder constituinte decide entregar seus bens para a proteção de uma outra pessoa e uma tal situação é evidentemente arriscada.

Isso não condena a idéia do guardião, menos ainda, sem dúvida, do guardião judicial da constituição. Mas, impõe, na representação que se faça, que ele se situe no centro do sistema político e constitucional e não, como por um angelismo cego, como o “poder neutro”, simples aplicador do direito.³⁸ A política encontra-se menos vinculada pelo direito do que pela justiça. Daí a idéia de que um esforço de construção de um

³⁷ Ver Lucien Jaume, “Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une réinterprétation”, *Historia constitucional*, n. 3 (revue électronique, <http://hc.rediris.es>).

³⁸ Podemos pensar aqui em Hauriou que, mesmo antes do desenvolvimento de uma justiça constitucional específica, apresentava o equilíbrio próprio ao “estado de direito” como repousando sobre uma separação última e fundadora entre o que ele chamava a “soberania política” e a “soberania jurídica”, essa última essencialmente situada no poder jurisdicional que se encontra estritamente separado do poder de dominação política. Ver: M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2ª edição, Tenin, 1916, p. 33 e seguintes. “Compreende-se [...] a importância constitucional de uma boa e forte organização do poder jurisdicional. Não se trata de equipar um poder com algo a mais para lançá-lo nas lutas políticas, trata-se, ao contrário, de fortalecer um poder no Estado que se encontre fora das lutas políticas e cuja grande autoridade seja um contrapeso para a política.” (*Ibid.*, p. 39).

modelo institucional dos sistemas de justiça constitucional ganharia se pensássemos a instituição do juiz constitucional menos em relação com os esquemas clássicos, que eu já tentei mostrar alguns limites radicais, e mais pela análise das relações institucionais do juiz constitucional com o conjunto dos poderes constituídos entre os quais ele se encontra e as interações daí resultantes.

É claro que encontramos análises, na doutrina francesa, que rompem, mais ou menos com um certo angelismo ambiente – que não é certamente kelseniano – como com uma cegueira relativa devida a um conceito excessivamente sumário da “corte constitucional”. Eu vou limitar-me aqui a citar as análises do “realismo jurídico” que colocam o juiz constitucional no sistema do poder e as “críticas”, ou a análise, bastante diferente, proposta por Dominique Rousseau em termos de teoria da democracia.

7. Para terminar, eu gostaria de concentrar-me em uma única questão, portanto uma parte apenas de um programa mais vasto que eu venho tentando esboçar seus elementos, a saber, a relação da “corte constitucional” com o aparelho judiciário ordinário. Na descrição do “modelo kelseniano-europeu” citada mais acima, essas relações foram apresentadas como de separação e exterioridade. Esses são apenas dois elementos essenciais, mas parciais, dos sistemas europeus de jurisdição constitucional especializada, ou seja, por um lado, que os magistrados dessas jurisdições não chegam a essa função através da “carreira” – e já mostramos porque essa consideração era importante para Kelsen – e, por outro, que a “corte constitucional” não era uma “jurisdição suprema” em relação aos outros escalões da jurisdição ordinária – conhecemos o *leitmotiv* da jurisprudência da Corte alemã segundo o qual ela não é um “*Superrevisionsgericht*”. Mas, as relações da jurisdição constitucional com as jurisdições ordinárias não se limitam a isso.

É um sistema específico aquele no qual a jurisdição constitucional pode se desenvolver tanto através dos procedimentos de controle abstrato que geralmente desempenham um papel bastante marginal, como também através de um procedimento concreto no qual a questão da constitucionalidade colocada perante a jurisdição ordinária deve ser enviada para a jurisdição constitucional através de uma questão incidental, ou ainda ser provocada através de um recurso individual (tipo *Verfassungsbeschwerde* ou *amparo*) do último julgamento ordinário e cassá-lo, reformando a decisão. Mesmo que a Corte constitucional não desempenhe o papel de um *Superrevisionsgericht*, no entanto ela unifica consideravelmente toda a jurisprudência nacional e o processo de constitucionalização do direito adquire aqui uma forma específica, através do poder da Corte constitucional sobre o aparelho ordinário. Existe a centralidade da jurisdição constitucional no conjunto do sistema jurisdicional nacional.

Já na França até hoje, o sistema é completamente diferente, pois não conhece nenhum procedimento de recurso individual contra os julgamentos, não conhecendo nem mesmo um procedimento de controle concreto, e mesmo o controle abstrato realiza-se preventivamente. A relação entre a jurisdição constitucional e o aparelho

jurisdicional ordinário se dá inteira e exclusivamente no reconhecimento e na importância que os juízes ordinários conferem à autoridade das decisões do juiz constitucional.

Ora, na França, as jurisdições ordinárias deram a essa autoridade, entendida, como pretendia o próprio Conselho constitucional, como autoridade de coisa julgada, uma importância estritamente delimitada para a aplicação da lei controlada pelo Conselho, recusando, assim, de se submeter pura e simplesmente às interpretações gerais do Conselho, negando além da autoridade de coisa julgada, uma autoridade denominada de coisa interpretada. A doutrina do Conselho constitucional, privado de qualquer controle sobre a atividade dos juízes ordinários, não se impôs, portanto, pela força do direito, mas apenas por sua força eventual de persuasão.³⁹ Aqui, sem dúvida, pode-se falar de *separação* e *exterioridade*: a jurisdição constitucional encontra-se em uma posição de *marginalidade* em relação ao aparelho jurisdicional ordinário. Acrescente-se a isso a concorrência que podem exercer as jurisdições ordinárias quanto ao controle da lei, se não o controle de sua constitucionalidade que continua proibida, pelo menos o controle de sua “convencionalidade”. E não é certo que nesse sistema concorrential de controle dos atos legislativos, o Conselho constitucional beneficie-se de uma posição dominante.

Enfim, há um terceiro tipo de relações institucionais, relações de *colaboração* ou de *cooperação* entre as jurisdições ordinárias e a jurisdição constitucional quando um procedimento de controle concreto se estabelece sem que um recurso individual contra os julgamentos seja possibilitado perante a jurisdição constitucional.

Uma análise do mesmo tipo, das interações, deveria ser igualmente realizada ao se tratar das relações entre a Corte constitucional e os outros ramos do poder, o legislativo e o executivo. Essa análise não será limitada ao exame dos procedimentos de indicação, mas deveria se estender ao conjunto das reações recíprocas autorizadas pelo sistema constitucional. Por exemplo: a amplitude das competências da jurisdição constitucional quanto aos conflitos entre os órgãos, pelo menos reduzido na França; a capacidade de reação do legislador ordinário, através da modificação eventual das regras que organizam a jurisdição constitucional (o problema da submissão da jurisdição constitucional à lei e o caso *Brouant*); a possibilidade do poder de mudança constitucional superar uma decisão de inconstitucionalidade, pois, a partir desse ponto de vista, a situação não é a mesma se a jurisdição constitucional pode exercer o controle da lei constitucional (RFA) ou não pode (França), o que questiona a teoria denominada do controlador (uma declaração de inconstitucionalidade da lei é apenas uma decisão relativa a um erro de procedimento, podendo a lei ordinária inconstitucional ser válida se aprovada através de uma mudança constitucional).

Tal empreitada teria, então, por finalidade melhorar consideravelmente nossas representações da jurisdição constitucional, tornando mais precisas as condições de

³⁹ O ponto culminante quanto a essa questão ocorreu no caso *Breisacher*, julgado pela Corte de cassação em 2001. Veja nota de Jouanjan/Wachsmann, *Rev. fr. dr. adm.* 2001, p. 1169.

análise institucional “multi-critérios” que me parece melhor dar conta das diferenças existentes entre os sistemas de justiça constitucional, “europeus” e “americanos” (um mesmo trabalho deveria ser feito para distinguir, dentre os sistemas denominados de “tipo americano”, a posição da Corte Suprema nos Estados Unidos, que não é a mesma daquela das Cortes Supremas japonesa ou argentina, por exemplo). O postulado é que não se deve ver a Corte constitucional como um ator “transcendental” – e “angelical” – em relação ao sistema político-constitucional, mas como um ator imanente a esse sistema (a diferença entre os meios “exteriores” e os “inerentes”, dizia Thibaudeau, que percebia bem as coisas essenciais, face ao grande Sieyès). O preço a pagar seria o de abandonar uma classificação binária, mas excessivamente simples, entre “modelo americano” e “modelo europeu” que, por excesso, marca pelo menos toda a doutrina francesa, com graves efeitos.

8. Conclusões.

Situar, em nossa representação (científica) das coisas, a jurisdição constitucional no centro do sistema político requer, portanto, uma análise institucional mais precisa do lugar da jurisdição constitucional na organização constitucional dos poderes, o que passa pela crítica dos modelos recebidos. Ora, precisamente, a análise institucional que, sem dúvida, era um traço característico da ciência francesa do direito constitucional foi amplamente banida, a partir dos anos de 1980 por uma espécie de normativismo frouxo, muito distante do rigor kelseniano. Um normativismo frouxo que, por um lado, através da recondução a “modelos” insuficientes, reintroduzia a análise institucional sem realmente o saber, um pouco como o Senhor Jourdain fazia com a prosa. Mas, desses modelos, deduziam-se conseqüências de direito positivo que, pelo menos, estavam sujeitas a caução.

O que eu denominei aqui de “análise institucional da justiça constitucional” me parece certamente necessária para a ciência do direito. Isso porque, como qualquer ciência, ela precisa imaginar seus objetos, colocá-los em imagens para poder trabalhar com eles. Todavia, isso não leva a um ecletismo de métodos. Os “modelos” – e eu preferiria dizer as “imagens” – institucionais não nos livram das justificações positivas das soluções jurídicas. Elas serviriam muito mais para nos prevenir contra as deduções precipitadas. Para isso, elas deveriam ser minuciosamente estabelecidas a partir dos dados do direito positivo, mesmo se ultrapassassem, como qualquer imaginação, esses dados.

Os conceitos, as imagens, as representações das instituições nas quais o direito se desenvolve, parecem-me, ao contrário, necessários para enquadrar, dar a nitidez e a profundidade do campo de visão necessários para a análise jurídica: dizendo de outra forma, uma síntese deve preceder a análise, um quadro, a análise do detalhe. Ainda é preciso que haja múltiplas precauções metodológicas que eu tentei precisar, em parte, nessa exposição. Isso me parece tanto mais necessário que – e eu anunciarei aqui uma tese geral, talvez uma teoria – o direito não me parece isolável, separável das representações que são feitas de seu sistema, um sistema dependente de tudo isso. Foi a

razão pela qual essa exposição trabalho tanto com os dados do direito positivo e com as representações doutrinárias desses dados.

Contudo, a síntese, a imagem, a representação é também o lugar a partir do qual o jurista, atento ao direito positivo, exerce uma das missões que não deixo de afirmar, qual seja, sua função crítica. Há um certo ponto de vista *de lege ferenda*, um ponto de vista de *política jurídica* que não é ilegítima e que me parece se situar no centro da construção kelseniana da justiça constitucional. Se aceitarmos esse ponto de vista, então essa análise institucional nos diria também que a jurisdição constitucional, não superposta, mas inserida no sistema constitucional do poder deve ser apreciada de acordo com os próprios princípios desse sistema e, portanto, do ponto de vista do princípio democrático.

Se admitirmos esse ponto de vista, muitas questões podem ser colocadas e muitos conselhos podem ser dados pelos juristas considerando os sistemas da justiça constitucional.⁴⁰ A idéia da democracia representativa não repousa exclusivamente sobre o poder de decisão majoritária, porém sobre a capacidade do sistema de a informar e de a criticar. Inserida nesse sistema, a justiça constitucional não traz em si – contrariamente ao que uma representação “angelical” entende – a *ultima ratio*, a razão transcendente em relação a esse sistema, mas lhe traz – *deve* ou *deveria* lhe trazer informação e crítica. Ela deveria aprofundar a capacidade crítica do sistema. Isso passa, na teoria do governo representativo, pela realização de dois princípios fundamentais e complementares, o princípio da publicidade e o princípio da discussão.⁴¹ Esses princípios são tão mais centrais na medida em que a jurisdição constitucional se ocupa da lei, cuja elaboração, em um tal sistema, pressupõe publicidade e discussão.

A forma jurisdicional não é a forma parlamentar e os princípios da publicidade e discussão conhecem necessariamente, na forma jurisdicional, modificações substanciais em relação à forma ordinária da deliberação parlamentar. Contudo, algumas questões se encontram no centro da deliberação das cortes constitucionais, entendidas sob esse ponto de vista: a motivação é um elemento essencial da publicidade e para a discussão pública das decisões; a mesma coisa vale para a possibilidade aberta ou não da expressão de opiniões dissidentes; sem dúvida, podem-se conferir virtudes decisivas para o sigilo da deliberação que impede perceber a publicidade dos debates.

Entretanto, em sua função crítica, o jurista poderia aconselhar, por todas as razões acima expostas, se pretendemos que a justiça constitucional não seja um poder obscuro e em contradição com os princípios da deliberação democrática, tanto uma maior atenção com a motivação das decisões constitucional quanto abrir o debate,

⁴⁰ Eu desenvolvi um pouco essas análises em: “Justice et espace public: convergences, tensions, contradictions?”, in: H. Yamamoto, O. Jouanjan (dir.), *Action public et globalisation, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n. 8, 2006, p. 169-188 e “Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale?”, *Droits*, n. 43, 2006, pp. 73-89.

⁴¹ Ou, em uma versão mais moderna e sofisticada, os princípios da “imparcialidade”, da “reflexividade” e da “proximidade”. Ver a importante síntese de Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, em que a justiça constitucional é colocada no centro das “instituições da reflexividade”.

através da possibilidade dada aos membros dissidentes da jurisdição de exprimir sua opinião.

Esses dois aspectos não são independentes entre si, mas se encontram em estreita relação: a possibilidade da dissidência pública leva relativamente à melhoria da motivação majoritária. Não são problemas alemães, mas sim, por outro lado, problemas franceses que a recente revisão nem regulamentou nem verdadeiramente percebeu.

Tradução: José Emílio Medauar Ommati^{***}

^{***} Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I na PUC Minas – Serro; Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas – Serro.