

O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias¹

The Continuous Constitutional Law: Institutions, guarantees of rights and utopias

Dominique Rousseau²

Université Paris I, França

dominique.rousseau@univ-paris1.fr

Resumo

O Direito Constitucional, que era o Direito do Estado, tornou-se o Direito da Sociedade; o Direito Constitucional, que estava fechado em si, conectou-se não somente com outras áreas do Direito, mas com a Filosofia, a História, a Linguística; o Direito Constitucional, que estava em silêncio ou indiferente para com a questão democrática, está hoje colocado no coração da reflexão sobre a democracia. Por estas qualidades, ele construiu o imaginário das sociedades contemporâneas; o institucional, a garantia dos direitos e a utopia são as três partes do Direito Constitucional. O primeiro termo reúne as formas históricas de organização da política, o segundo refere-se aos modos de afirmação, expressão e proteção dos direitos fundamentais, e o terceiro trata dos imaginários das sociedades humanas. O Direito Constitucional se perde quando é limitado por completo ao primeiro, ao segundo ou ao terceiro termo; ele encontra-se, ilumina-se e torna-se uma força viva quando suas três experiências são equilibradas. E o equilíbrio é a manifestação do Direito, a sua medida.

Palavras-chave: direito constitucional, democracia contínua, direitos fundamentais.

Abstract

Constitutional Law, which was once the Law of the State, became also the Law of the Society; Constitutional Law, which was closed within itself, connected not only to the other branches of the law but to Philosophy, History, Linguistics; Constitutional Law, which was silent or indifferent to the democratic issue, is now placed in the heart of the reflection on democracy. Due to these qualities, it built the imaginary of contemporary societies; the institutional, the guarantee of rights and the utopia are the three parts of

¹ Artigo originalmente publicado como "Le droit constitutionnel continue: institutions, garantie des droits et utopie". *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 130(6):1517-1533 (2014). Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira e Juliano Alves Lopes.

² Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Sorbonne na Université Paris I. Rue Malher, 9, 75004, Paris, França.

Constitutional Law. The first term brings together the historical forms of organization of politics, the second concerns modes of affirmation, of expression and of protection of fundamental rights, the third regards the imaginaries of human societies. Constitutional Law is lost when it became entirely limited to the first, to the second or to the third term; it finds itself, it enlightens itself and becomes a living force when these three experiences are balanced. And the balance is the manifestation of the Law, its measure.

Keywords: constitutional law, continuous democracy, fundamental rights.

Introdução

A seguinte situação histórica se apresenta ao direito constitucional: de todos os lados surgem questões de constituição e, portanto, aqui e ali, vozes se elevam para proclamar o declínio do saber constitucional, para prever até mesmo o desaparecimento do direito constitucional. Após uma dezena de anos, de fato, e ainda mais depois da introdução da QPC, em 2008, a constituição saiu da Universidade; ela não é mais somente propriedade dos professores que discutem com seus doutorandos sobre os méritos respectivos das estruturas constitucionais parlamentares, presidenciais ou primo-ministeriais; ela não é mais exclusividade dos universitários. Ela se tornou um texto conhecido, discutido e utilizado por atores que, até então, ignoravam-no ou que com ele não se preocupavam mais: os juízes judiciais que, pelo controle da seriedade da questão de constitucionalidade suscitada perante eles, “fazem” o direito constitucional e se tornam doravante juízes constitucionais de direito comum; os advogados que, em defesa de seu cliente, devem agora integrar a dimensão constitucional em uma demanda fiscal, social ou penal; os governantes que, para evitar o incômodo de uma censura, devem “fazer tudo para detectar e eliminar os riscos de inconstitucionalidade suscetíveis de macular os projetos de lei, as emendas e proposições legais inscritas na ordem do dia, mesmo que a hipótese de uma provocação do Conselho Constitucional seja pouco provável”, conforme os termos da circular Rocard-Carcassonne, de 25 de maio de 1988; e mesmo a rua, quero dizer os cidadãos, pois a constituição se tornou para eles um meio de se proteger contra os abusos dos poderes, de demandar contra seus representantes. Juízes judiciais, advogados, governantes e cidadãos ignoravam a constituição; hoje, eles se apropriaram dela; ou melhor, hoje eles fazem o direito constitucional.

Ora, no momento em que a constituição se faz ato vivo, vozes se elevam para fazer-nos compreender que o deslocamento da constituição para fora de seu espaço “natural” conduziu o saber constitucional à sua perda.

Essas vozes ligeiramente condescendentes articulam uma tese deliciosamente aristocrática: o direito constitucional se distinguiria radicalmente dos outros ramos do direito pela nobreza do seu objeto. Enquanto os direitos civil, empresarial, social, penal e de família teriam por objeto a sociedade (com um s minúsculo) e compreenderiam as “pessoas” em suas atividades cotidianas, o direito constitucional teria por objeto o Político (com um P maiúsculo), o Estado (naturalmente com um E maiúsculo), e diria respeito aos Representantes (sempre com um R maiúsculo). Assim, a introdução e o hiperdesenvolvimento do controle de constitucionalidade conduziram o direito constitucional a se tornar um direito “como os outros”: as grandes construções teóricas sobre o Estado, a soberania ou os partidos políticos dariam lugar a necessários comentários das decisões do Conselho Constitucional, e a análise da vida política, parlamentar e legislativa, ao estudo dos juízes. Nesse sentido, a questão prioritária de constitucionalidade, evidentemente, viria acabar com a nobreza do direito constitucional ao abrir a todo litigante – todo litigante! – a possibilidade de utilizar a constituição por ocasião de um processo ordinário – ordinário! Antes que seja tarde demais, antes que a QPC termine por matar o direito constitucional, seria conveniente toda urgência em defender e reabilitar o verdadeiro direito constitucional, conviria pleitear uma renovação do direito constitucional como direito político.

Seria preciso ser Bourdieu para decifrar as lógicas sociais atuantes nesse discurso, identificar as transformações morfológicas dos constitucionalistas que o expressam, bem como a sociologia e as trajetórias, sociais e universitárias, daqueles que o sustentam, as posições que eles ocupam no campo e os recursos acadêmicos e editoriais dos quais dispõem. Mas, apesar de não ser Bourdieu e, portanto, correndo o risco de fazer uma crítica de “jurista”, é possível discutir fortemente a pertinência intelectual deste discurso. Assim, reservar apenas ao direito constitucional a denominação de “direito político” é um *a priori* discutível na medida em que o direito civil, o direito social, o direito fiscal ou o direito penal são também direitos

políticos pelos valores que expressam e sancionam: o casamento para todos, a supressão das contribuições familiares ou a penalização dos clientes das prostitutas dizem respeito tanto ao estado político de uma sociedade quanto ao modo de eleição do presidente da República ou ao número de assembleias parlamentares. Durkheim considerava o próprio direito penal como verdadeiro direito político pelas interdições que impõe. Assim, fazer das instituições políticas o coração da disciplina constitucional é uma redução da inteligibilidade da constituição que, de acordo com os termos do artigo 16 da Declaração de 1789, compreende sem dúvida “a organização dos poderes”, mas também “a garantia dos direitos”, quer dizer, os direitos e liberdades dos quais os cidadãos podem se valer no exercício de todas as suas atividades sociais. Enfim, proclamar a morte do direito constitucional não é verdadeiramente uma ideia nova ou original. Sem remontar-nos às origens, Burdeau, já em 1956, apontava o “declínio da noção de constituição”, a qual não seria mais do que um “templo alegórico habitado por sombras” (Burdeau, 1956, p. 53), principalmente porque lhe faltaria o instrumento que permitiria fazer respeitar as regras e princípios que ela impõe aos atores políticos. Em outros termos, no final dos anos 1950, a “crise” do direito constitucional se explicava pela ausência de um juiz constitucional capaz de dar um alcance efetivo às prescrições constitucionais, enquanto nos dias atuais a “crise” do direito constitucional se explicaria pela presença de um juiz constitucional que esterilizaria intelectualmente a reflexão constitucional.

Se estas observações convidam a avaliar com prudência os prognósticos atuais sobre o futuro impossível do direito constitucional, é verdade que a introdução e o desenvolvimento rápido do controle de constitucionalidade provocaram um “mal-estar na constituição” o qual se manifestaria pela esterilização do pensamento constitucional e pela deturpação do princípio democrático. Contra essas duas afirmações, é possível sustentar que, longe de esterilizar o pensamento constitucional e de corromper o princípio democrático, o contencioso constitucional, profunda e felizmente, renovou o primeiro (I) e o segundo (II).

I. A renovação do pensamento constitucional

Até os anos 1980, o pensamento constitucional ronronava embalado pelas doces e repetitivas querelas

sobre os méritos respectivos dos sistemas parlamentares, presidencialistas e semipresidencialistas (ou semiparlamentares, para outros), sobre as vantagens e inconvenientes do bicameralismo ou sobre a natureza “real” da Quinta República. Nada de novo nessas trocas convencionadas – ver e rever, por exemplo, os debates televisionados entre Léo Hamon e Maurice Duverger, ou reler as disputas entre François Luchaire, Maurice Duverger e Georges Vedel no *Le Monde* – somente reprise de argumentos conhecidos. Basta se reportar às – raras – teses de direito constitucional, aos temas de colóquios de constitucionalistas e de artigos à RDP para constatar que, exceto algumas poucas e brilhantes exceções, há pobreza em uma reflexão constitucional voltada sobre si mesma e sempre realizada pelos mesmos sujeitos. A introdução do controle de constitucionalidade, e mais ainda da QPC, irá despertar o pensamento constitucional, pressionando os seus sujeitos habituais a se ocupar de dois objetos novos ou deixados um pouco de lado: o que é uma constituição (A) e o que é a vontade geral (B).

I.A. A renovação do objeto “constituição”

I. Uma norma ou um texto? O contencioso constitucional revela a constituição como um ato de linguagem. A expressão pode surpreender e não goza de unanimidade: ela designa o objeto de estudo em sua realidade material. A Constituição é, de fato, um texto, quer dizer, um conjunto de palavras escritas; palavras que, sem dúvida, manifestam valores – a liberdade, a igualdade... –, palavras que, igualmente sem dúvida, têm a ambição de ser portadoras das normas, mas que são antes de tudo palavras. Essa “descoberta” conduziu logicamente os constitucionalistas a se abrir a outras disciplinas e em particular às diferentes filosofias da linguagem para compreender os modos de determinação do significado das palavras. Se, quaisquer que sejam os esforços de redação, as palavras são sempre portadoras de diversos sentidos, é preciso, para saber qual a obrigação de comportamento que prescreve este ou aquele enunciado, decidir sobre o significado desse enunciado; é preciso, por meio de uma operação intelectual, atribuir-lhe um sentido que permita ordenar esse comportamento. Em outros termos, é o sentido que faz a norma, não a palavra. É isso que reconheceu o Conselho Constitucional quando afirmou, em sua decisão de 6 de outubro de 2010³, que é a inter-

³ CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, R. p. 264.

pretação jurisprudencial que dá a uma disposição legislativa seu “alcance efetivo”. Longe de empobrecê-lo, o contencioso constitucional também enriqueceu o pensamento constitucional ao trazer questões relativas à interpretação da parte mais viva e estimulante da disciplina, como o demonstram diversos trabalhos de pesquisa e colóquios.

Destas reflexões, e contrariamente à ideia anteriormente apresentada, a constituição não “sai” enfraquecida; pois se ela não é uma norma “propriamente dita”, é uma norma em “devir” no que ela adquire uma força normativa pelo trabalho de construção dos sentidos dos enunciados constitucionais. E, por reflexo, a constituição se torna o ponto nodal da sociedade, o texto por onde a sociedade se comunica consigo mesma. A indeterminação das palavras pelas quais a constituição fala da sociedade obriga, de fato, os atores a comunicar, a intercambiar, a debater para chegar a um acordo sobre um sentido; e esses debates, sinais da liberdade política, nunca são definitivamente encerrados; eles podem ser retomados, colocando a constituição em situação de ser lugar ativo onde se recria continuamente o vínculo social por meio da evolução dos sentidos das palavras que ela contém.

2. Sociedade ou Estado? O contencioso constitucional revela a constituição como um ato da sociedade. Esse deslocamento é igualmente a consequência lógica do controle de constitucionalidade. O juiz constitucional aprecia leis relativas à família (o Pacts: Pacto Civil de Solidariedade), ao trabalhador (as 35 horas), ao consumidor (o Conselho da Concorrência), ao enfermo (Seguridade Social), aos estudantes (Universidade), ao telespectador (concentração das empresas de comunicação), à administração e, por isso, ele é, de fato, necessariamente conduzido a colocar a questão do que o decano Vedel chamava de “as bases constitucionais” das atividades sociais e privadas dos indivíduos, e não mais somente as bases constitucionais das atividades dos homens políticos. A constituição não é mais constituição do Estado, mas constituição da sociedade, pois todas as atividades dos indivíduos compreendidas pelo direito podem ser reportadas à constituição; isso é o que, na linguagem jurídica, se traduz pelas expressões “constitucionalização” do direito civil, do direito do trabalho, do direito administrativo, do direito penal, etc., ou seja, pela ideia de que todos os ramos do direito, e não somente o direito político, encontram seus princípios na constituição.

Ademais, ainda que a constituição seja ato que informa – no sentido filosófico do termo – a sociedade, ela não apresenta em relação a esta uma ruptura senão

do ponto de vista do hábito adquirido de se pensar a constituição como ato organizador dos poderes públicos, em que apenas o Código Civil, o qual Jean Carbonnier dizia que era a verdadeira constituição da França, estaria reservado à sociedade. Contudo, em relação à Declaração de 1789, essa concepção “societária” da constituição é menos uma ruptura do que uma continuidade. Com efeito, segundo o artigo 16 dessa Declaração, o objeto da constituição não é o Estado, mas a sociedade. Enuncia o artigo 16: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é tutelada e em que a separação dos poderes não é determinada não possui constituição”. “Toda sociedade”, portanto, e não “todo Estado”! Quando Montesquieu imagina a constituição ideal, ele parte de uma análise da sociedade, de uma análise dos “poderes sociais” – a nobreza, burguesia, etc. – e busca uma estrutura de poder que expresse a estrutura social; quando Rousseau redige seu projeto de constituição para a Córsega, ele toma por base e objetivo de seu trabalho explicitamente a estruturação do corpo social corso. Essa concepção da constituição-expressão da sociedade se desfez ao passo em que se consolidou, ao longo de todo o século XIX, a ideia de que ela era somente o estatuto particular dos governantes; logicamente, ela reaparece nos dias de hoje com a emergência e desenvolvimento de uma justiça constitucional que contribui para implantar a constituição no conjunto das atividades sociais.

Indiretamente, mas de forma necessária, essa concepção “societária” da constituição produz também efeitos sobre o domínio da aplicação da separação dos poderes. Na medida em que o objeto da constituição é reduzido ao Estado, a exigência de separação posta pelo artigo 16 da Declaração de 1789 só se aplicaria aos poderes do Estado: os poderes executivo, legislativo e judiciário. Mas se a constituição tem por campo a sociedade, a exigência de separação se aplicaria a todos os poderes em questão na sociedade: os poderes econômicos, midiáticos, religiosos... E a constituição deveria então se apropriar desses poderes, desses terceiros-poderes que, para fazer eco ao célebre folheto de Siéyès às vésperas da Revolução, são tudo no funcionamento de uma sociedade, nada até o momento na ordem constitucional, e que nela deverão se tornar alguma coisa. Que, por exemplo, a constituição tome conta do “quarto poder” e coloque os seus princípios de modo a garantir para os cidadãos sua independência em relação aos poderes políticos e econômicos; que ela dê, por exemplo, a um Conselho Econômico e Social a capacidade de transformar os meios de participação da sociedade civil organizada na formação da vontade geral.

I.B. A renovação do objeto “regime político”

I. Renovar o regime de enunciação da vontade geral. Até agora, era pacífico que a vontade geral era fabricada por vontade do Parlamento ao se expressar por meio da lei. Essa representação do modo de produção da vontade geral foi transformada pelo advento do juiz constitucional que colocou novas regras no modo de fabricação da lei. Em sua decisão de 23 de agosto de 1985⁴, o Conselho precisou que “a lei votada não exprime a vontade geral senão quanto ao respeito à constituição”. No entanto, se conforme a definição dada pelo artigo 6º da Declaração de 1789, “a lei é expressão da vontade geral”, então essa mudança de definição da lei – a passagem do afirmativo ao negativo e a introdução da condição de constitucionalidade – implica e legitima, ao mesmo tempo, a mudança do modo de fabricação da vontade geral⁵. O modo indicado pelo artigo 6º da Declaração de 1789 é aquele de uma confecção da lei pelo Parlamento, isoladamente; os representantes são os únicos habilitados a expressar a vontade geral, e as leis expressam a vontade geral apenas da maneira em que são produzidas por eles; a qualidade de lei e a validade normativa não dependem de nenhuma outra instância; a sanção parlamentar é suficiente para fazer da lei a expressão da vontade geral. Ao contrário, o modo posto pela nova definição da lei dado pelo Conselho, em sua decisão de 23 de agosto de 1985, é aquele de uma confecção da lei por uma pluralidade de atores, o ator governamental e parlamentar com certeza, mas também o ator jurisdicional. Resulta, realmente, dessa nova definição que a “fabricação” parlamentar da lei não é mais suficiente para garantir sua validade normativa; a lei somente poderá expressar a vontade geral se, e somente se, ela respeitar a constituição. Dito de outro modo, se, e somente se, o Conselho Constitucional julgar que o texto votado pelo Parlamento não contém lesão a este ou àquele direito ou princípio constitucional; pois se fosse assim, ou seja, se o texto fosse julgado contrário à constituição, ele não poderia expressar a vontade geral e, por consequência, a qualidade de lei não poderia lhe ser reconhecida.

Esse modo concorrencial de produção da vontade geral se inscreve perfeitamente em uma lógica democrática. Primeiramente, porque ela tem por princípio de funcionamento necessário a deliberação. Por isso, de

fato, que a vontade geral não é “situada” em uma só instituição e que a vontade dos representantes não é por si mesma vontade geral, pois a vontade geral se constrói pela confrontação do texto votado pelos representantes às exigências constitucionais, e que, sendo assim, a vontade geral só pode ser produto de um processo deliberativo, de uma troca argumentativa entre os diferentes atores do regime de fabricação da lei. Quando o regime repousa sobre um só ator ou quando o regime estabelece a identidade de vontade entre o corpo do povo e o corpo dos representantes, não há necessidade alguma de deliberação ou debate para construir a vontade geral: ela está no corpo da Nação, de modo que é suficiente que o Rei ou os representantes se expressem para que sua vontade tenha a qualidade de lei, uma vez que com ela têm identidade. Em contrapartida, quando os corpos são separados e ninguém pode reivindicar deter solitariamente a vontade geral, a deliberação se impõe como princípio constitutivo do modo de produção da lei. A deliberação se impõe, assim, como princípio ativo do regime concorrencial de enunciação da vontade geral por meio do direito e em particular dos direitos fundamentais de valor constitucional que definem o código de realização da atividade deliberativa.

Assim sendo, a intervenção do juiz constitucional introduz uma temporalidade longa na construção da lei. Ao suscitar os princípios de fundo que a constituição enuncia – a presunção de inocência, o princípio de não retroatividade das leis penais, os direitos de defesa, a liberdade de expressão, o direito à saúde, etc. – obrigamo-nos a uma reflexão sobre o sentido, o valor, o alcance que pode representar para o “bem comum” a adoção desta ou daquela lei; cria-se uma distancia com o imediato, com a rapidez, com a emoção. Tal fato não é contrário à ideia democrática de que o tempo de reflexão deve prevalecer sobre o tempo da emoção. A vontade geral não se produz espontaneamente, ou no descuido de um instante; ela se “fabrica” com comedimento, com prudência, e o Conselho Constitucional é a instância que permite ao tempo curto, rápido e, por vezes, atordoado de uma iniciativa legislativa se confrontar ao tempo longo dos princípios que a constituição enuncia. O legislador redige a regra na velocidade dos eventos; os juízes retomam sua escrita no ritmo mais lento da reflexão e no contato com assuntos cada vez particulares.

Por outro lado, esse modo complexo de fabricação da vontade geral introduzido pelo contencioso constitucional concretiza os projetos dos constituintes

⁴ CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

⁵ Ver, por exemplo, Blacher (1999).

de 1791 e mais ainda de 1793, que, notadamente com Condorcet e Héroult de Séchelles, propunham institucionalizar em benefício dos cidadãos um “meio de demandar” que lhes pudesse permitir intervir no processo legislativo ao reclamar a censura de uma lei. Um dos constituintes, David Williams (1793, p. 589), chegou a propor, ainda em 1793, a criação de um “Conselho Constitucional” com a finalidade, dizia ele, “de garantir o melhor modo de produção da vontade geral”.

2. Renovar o regime de garantia da liberdade política. A lição de Montesquieu continua pertinente. Se a tendência natural de um poder é ir ao limite de sua lógica, quer dizer, ao absolutismo, importa para a liberdade dos cidadãos que, pela disposição das coisas, cada poder seja limitado por outro poder, que cada poder esteja ligado ao outro de forma que, equilibrando-se e controlando-se mutuamente, a legislação seja moderada. E os constitucionalistas traduziram esta lição ao fazer do Parlamento o contrapeso do Chefe do Executivo, seja na forma de uma separação flexível, dita parlamentar, seja na forma de uma separação rígida, dita presidencial. No primeiro cenário, a possibilidade de cada um dos dois poderes se destruir por meio da dissolução pelo Executivo e por moção de censura pelo Parlamento, induz um compromisso com o equilíbrio; em um segundo cenário, a independência recíproca dos poderes abre-se para a possibilidade de um “parlamentarismo de corredores” como forma de evitar os bloqueios e conseguir uma trégua. Em 2008 ainda, os constituintes pressentiam a revalorização do Parlamento – matéria recuperada de uma parte da ordem do dia, reescrita de projetos de lei, limitação do artigo 49-3, etc. – como meio de reequilibrar as instituições e principalmente a hiperpresidência.

No entanto, esse esquema institucional do equilíbrio é obsoleto. E há muito tempo. Especialmente após a demonstração feita pelo decano Vedel, em uma conferência no Congresso da Associação Internacional de Ciência Política, ocorrido em Roma, no ano de 1957, de que, na prática, a estrutura e os mecanismos dos partidos “unem estreitamente Legislativo e Executivo”. Qualquer que seja, de fato, a qualidade do texto constitucional, qualquer que seja a organização constitucional dos poderes escolhidos, a unidade dos poderes se reconstitui em torno do Executivo em razão da lógica majoritária que atribui ao campo vitorioso e ao seu

chefe o controle do poder normativo. E esse fenômeno não é especificamente francês ou ligado à Quinta República; ele se encontra tanto na Alemanha quanto na Espanha, Grã-Bretanha e Áustria, mesmo que esses países tenham constituições diferentes. Para dizer abreviadamente, em nenhum lugar o Parlamento é hoje um contrapeso ao poder presidencial ou primo-ministerial.

Ao lado do direito constitucional dos textos, desenvolve-se um direito constitucional da prática que “funciona” com base em três postulados simples expostos por Vedel (1997): o poder de determinar a política do país e, portanto, de fazer as leis é dado ao homem que ganha as eleições; o poder de sancionar a equipe governante não decorre mais do Parlamento, mas do povo por ocasião das eleições gerais que ocorrem a cada quatro ou cinco anos; entre os dois momentos eleitorais, “o caráter democrático do sistema é assegurado pelo controle jurisdicional, a garantia das liberdades públicas e o estatuto de oposição”. Destes postulados vedelianos, conclui-se que o poder jurisdicional é, atualmente, aquele que, entre dois momentos eleitorais, pode impedir o poder legislativo de ir ao limite de seu poder, impondo-lhe o respeito ao Direito.

No esquema constitucional clássico, o equilíbrio entre os poderes era precedido do risco de destruição recíproca dos poderes em regime parlamentar ou do risco de bloqueio das instituições em regimes presidenciais; no esquema constitucional moderno, o equilíbrio entre os poderes é precedido do risco de inconstitucionalidade. “Convém fazer tudo”, escreve Michel Rocard a seus ministros por ocasião de sua nomeação como primeiro-ministro em maio de 1988, “para detectar e eliminar os riscos de inconstitucionalidade suscetíveis de macular os projetos de lei, as emendas e proposições legais inscritas na ordem do dia; essa preocupação deve ser a mesma nas hipóteses em que uma provocação do Conselho Constitucional seja pouco provável; eu lhes peço com essa finalidade que façam estudar atentamente pelos seus serviços as questões de constitucionalidade que possam provocar uma discussão de um texto em curso de elaboração”⁶. A existência de um juiz encarregado de controlar a constitucionalidade da lei, e hoje a questão prioritária de constitucionalidade, transformou todos os juizes em juizes constitucionais, colocando em cena uma representação política que institui uma lacuna entre o corpo dos representantes e o corpo dos representados. E o risco reside, precisamente, nessa lacuna

⁶ Circulaire “Rocard”, J.O. 25 mai 1988, p. 7381. Evidentemente, outros ministros não terão a mesma preocupação como esse ministro da Justiça, que convidou, em 2005, os parlamentares e, notadamente, os de oposição a assumir o “risco da inconstitucionalidade” ao não submeter ao controle do Conselho Constitucional a lei que impõe a alguns delinquentes a obrigação de portar um bracelete eletrônico. Ele atraiu para si, então, uma réplica imediata do presidente do Conselho, Pierre Mazeaud: “O respeito pela constituição não é um risco, mas um dever”.

produzida pelo juiz constitucional que faz com que a lei votada pelos eleitos não seja automática e necessariamente a expressão da vontade geral, o que ela será se, e somente se, respeitar a constituição.

II. A renovação da teoria constitucional da democracia

Os juristas abandonaram amplamente a reflexão sobre a democracia a outras disciplinas, à história, à ciência política ou à filosofia. Hans Kelsen publicou, em 1932, um livro intitulado *A democracia, sua natureza, seu valor*, mas este é atribuído ao Kelsen ideólogo, ao Kelsen social-democrata, não ao Kelsen jurista e teórico do direito. Em seu belo artigo, Stéphane Pinon buscou compreender as razões desse desinteresse do pensamento jurídico francês pela questão democrática. Dentre suas explicações está o domínio, ao longo do século XX, da ciência política sobre o direito constitucional e a grande influência do positivismo que impunha aos juristas o interesse pela norma, pela forma jurídica, pelo procedimento de edição das normas, repelindo toda discussão sobre o conteúdo, a substância e os valores alcançados por essas normas. A introdução da justiça constitucional despertou os constitucionalistas, que agora discutem sobre a natureza política de um sistema constitucional no qual a lei votada pelos representantes do povo é controlada por um juiz constitucional. A hipótese proposta é que essa nova configuração constitucional não pode continuar a se denominar “democracia representativa”, podendo ser qualificada como “democracia contínua” (A). Fortemente contestada, essa proposta, expressa em 1990⁷, será aqui reafirmada e mantida (B).

II.A. A renovação da ideia de democracia: a hipótese da “democracia contínua”

I. A lacuna ou a fusão. A hipótese da “democracia contínua” repousa sobre a ideia de que o contencioso constitucional institui uma lacuna entre o corpo dos representantes e o corpo dos representados, lacuna que é constitutiva do princípio democrático. Essa diferenciação é consequência lógica do controle de constitucionalidade. Em cada decisão do Conselho, de fato, encena-se a mesma obra: os atos votados pelo corpo dos representantes – as leis – são julgados quanto aos direitos do corpo dos representados – a constituição.

Isso implica conceber dois espaços distintos, aquele dos representantes e aquele dos representados, portadores cada um deles de vontades normativas potencialmente contraditórias. De forma concreta, a constituição define progressivamente um espaço que garante simbólica e praticamente – pela sanção da lei – a autonomia dos representados em relação aos representantes. E esse espaço se expande e se reforça na medida em que o Conselho “descobre” os novos direitos constitucionais. O controle de constitucionalidade produz, assim, uma nova forma de colocar distância entre governados e governantes, ao constituir os direitos dos primeiros em corpo separado dos direitos dos segundos: a carta jurisprudencial de direitos e liberdades constitucionais simboliza o espaço dos governados, já a lei, o espaço dos governantes.

Essa figura da lacuna é profundamente diferente da figura da fusão que prevalece ainda nas mentalidades. Em sua formulação mais banal, de fato, o ideal democrático exige a implicação cada vez maior do povo no poder – pela extensão do sufrágio universal, por exemplo – e se realiza plenamente pela fusão do povo no corpo político da representação nacional. Se as “democracias populares”, com o partido único, conduziram essa lógica da fusão ao extremo, as “democracias burguesas”, igualmente, porém com maior moderação, a ela aderiram. Raymond Carré de Malberg (1984) descreveu perfeitamente o funcionamento desses regimes parlamentares que repousam sobre a identificação dos governados aos governantes, sobre a confusão entre o povo e seus representantes, entre a vontade geral e a vontade parlamentar, fazendo do Parlamento um igual ao soberano, ou melhor, como escreve o mestre de Strasburgo, edificando-o efetivamente como soberano. Devido ao fato de que o povo é a Nação e que a Nação não pode se expressar senão por seus representantes, não pode existir outra expressão da vontade do povo além daquela manifestada pelos representantes da Nação. Siéyès reivindicava isso claramente quando afirmava sem rodeios que “o povo não pode falar, não pode agir, senão por meio de seus representantes”.

A constituição-garantia dos direitos, pelo controle de constitucionalidade que ela requer, rompe com essa fusão. Antes da existência e do desenvolvimento da jurisprudência constitucional, a atividade legislativa dos representantes é diretamente imputada à vontade do povo sem que esse possa de alguma forma protestar, pois, de acordo com essa definição constitucional, ele não existe de maneira separada e independente, não

⁷ Permito-me remeter a Rousseau (1990).

pode ter vontade fora daquela expressa pelos representantes. Com o controle de constitucionalidade os representantes estão sempre habilitados a expressar a vontade do povo, mas a fusão das duas vontades não é mais possível: pela carta dos direitos fundamentais que constrói e que desenha o espaço da representação autônoma da soberania do povo, o juiz constitucional está sempre em posição de apontar – “em face da constituição”, como escrevem ao assinar as decisões – e, se houver oportunidade, sancionar a lacuna entre as exigências constitucionais e suas traduções legislativas pelos representantes. Ao “determinar” assim que os dois espaços não podem coincidir e que, na hipótese de um conflito, o primeiro se sobrepõe ao segundo, o juiz constitucional proíbe aos representantes de pretender ser o soberano e revelam sua situação de simples delegados que podem ser sempre lembrados quanto aos direitos do verdadeiro soberano. De certa maneira, o juiz constitucional revela o que a representação queria esconder: o esquecimento do povo. Ao afirmar sua existência, a representação faz, de fato, desaparecer o povo ao colocar como princípio constitucional o fato de que ele não pode estar presente, como dizia Siéyès, senão nas pessoas dos representantes. O juiz constitucional dá nova dimensão para a existência do povo como figura autônoma e soberana ao colocar em representação a própria representação: mostra que a representação é uma cena em que dois atores encenam papéis diferentes, os eleitos aquele de delegados do soberano e o povo aquele do soberano.

Essa lógica democrática de lacuna poderia ser transportada no campo filosófico ao debate que, em março de 1929, em Davos, opôs Heidegger e Cassirer sobre a noção de limite em Kant. Ao primeiro, que sustentava que o conhecimento não poderia senão advir poeticamente do ser ao homem, pois o homem estaria limitado em seu acesso ao saber, Cassirer respondia que a finitude do homem significava uma separação entre ele e o ser, lacuna que implicaria que o conhecimento do ser se construa pela mediação da linguagem, da cultura e de uma política simbólica. O mesmo ocorre aqui, isto é: ou a vontade geral está no ser, o ser do Rei ou da Nação, pouco importa, e os homens estão limitados – “ele mesmo o povo quer bem, mas porque ele mesmo não se vê todos os dias”, escreve Jean-Jacques Rousseau – no que caberia aos representantes da Nação “revelar” aos homens a vontade geral; ou a lacuna entre a vontade geral e os homens é tal que condena os homens a poder se aproximar apenas pela linguagem. No primeiro

caso a democracia é de aclamação, no segundo ela é de deliberação.

2. A lógica da democracia de lacuna. Por mais democrático que seja, o modelo político da fusão não é, na realidade, nada além da reprodução transposta do princípio monárquico segundo a qual o corpo da nação e o corpo do rei são apenas um: “Os direitos e interesses da Nação, de que alguns ousam fazer um corpo separado do monarca”, declara Luís XV em um discurso ao Parlamento de Paris, em 3 de março de 1766, “são necessariamente unidos com os meus e repousam apenas em minhas mãos; não aceitarei”, continuou ele, “que se introduza um corpo imaginário que não possa nada mais do que atrapalhar a harmonia”⁸. Em 1789, os revolucionários certamente quiseram e acreditavam na separação dos dois corpos; eles pensavam mesmo que o ato revolucionário era, precisamente, essa afirmação audaciosa da autonomia do corpo da Nação em relação ao corpo do Rei. Na realidade, portanto, os homens de 1789 reconstituíram a unidade do corpo ao dar à Nação um novo corpo ao qual se fundir, o corpo dos representantes. Essa continuidade constitucional é sem dúvida menos ditada por uma continuidade doutrinária do que pelas restrições do combate político das legitimidades em 1789; à unidade do corpo do Rei os revolucionários não podiam, politicamente, opor a diversidade social do povo, mas deveriam afirmar a unidade do corpo povo-nação sob pena de fragilizar a legitimidade já incerta de sua reivindicação de poder. Todavia, ao fazer isso, eles engajavam a Revolução não na via da ruptura com o Antigo Regime, mas naquela de uma simples “modernização” do sistema político de representação da Nação.

Ao final, os constituintes tiveram rapidamente consciência da lógica representativa na qual engajavam a Revolução e buscaram manter e institucionalizar essa lacuna, a autonomia entre os cidadãos e seus representantes. Desde 1791, mas sobretudo em 1793, as proposições se multiplicavam para reconhecer ao povo, na constituição, os meios de exercer sua sanção contra seus deputados e de se garantir contra a opressão do corpo legislativo por estabelecimento de uma instância de controle da representação. Mesmo que não estivesse só – veja, por exemplo, as proposições do montanhês Hérault de Séchelles – Condorcet é, evidentemente, a figura emblemática dessa preocupação política em inaugurar uma nova relação entre o povo e seus representantes. No centro, de fato, de suas proposições constitucionais, encontra-se a institucionalização em benefício dos cidadãos do que ele chama de “um meio legal de

⁸ Citado por Guiomar (1974, p. 39).

demandar”, a instauração de uma instituição, ao lado da instituição da representação, encarregada de representar “a majestade do soberano”, segundo as palavras de Hérault de Séchelles, e de controlar o trabalho dos representantes. Trata-se de pensar em conjunto a representação, inevitável, e o controle da representação, indispensável para garantir a participação do povo na produção legislativa. Essa instituição de controle não é, portanto, de inspiração “liberal”, mas claramente de inspiração democrática: sem instituição de controle da representação, a democracia é representativa; com uma instituição de controle, ela é contínua.

II.B. A renovação da controvérsia constitucional: a hipótese da “democracia contínua” mantida

I. A ideia de “democracia contínua” criticada

Desde que se desenvolveu a justiça constitucional, tem sido um problema a pertinência da legitimidade de continuar a chamar de “democracia” um sistema que atribui à constituição e ao juiz constitucional uma função na fabricação da vontade geral: “contínua”, pode ser, “pela constituição”, mas também pode ser também “democracia”? E depois, as reticências, as críticas, as polémicas continuaram e continuam a surgir. Nesse sentido, Jean-Marie Denquin (2009) tem dúvidas de que seja possível chamar de “democracia” um sistema no qual um juiz não eleito e irresponsável decide, arbitrariamente, no lugar dos eleitos; Stéphane Rials (1991, p. 163) denuncia um retorno do teológico-político com o direito como religião e os juízes como os grandes sacerdotes; Pierre Brunet (2005, p. 115) estigmatiza uma concepção liberal e aristocrática do poder, ao colocar o povo fora do jogo político; Bastien François (1993) percebe nessa República dos Juízes uma vontade de poder dos professores de direito a serviço de um mecanismo sofisticado de expropriação do poder dos cidadãos em proveito dos juízes. E Eric Desmons (2012) critica o fato de que, ao fazer do Conselho Constitucional “o Deus da Quinta República”, o sistema político francês matou a figura do cidadão e do Estado em proveito da figura do litigante, do indivíduo, da sociedade civil e, assim, favoreceu a ocorrência da “democracia do mercado e da opinião”.

Portanto, a crítica é menos sobre a descrição da nova configuração política produzida pela introdução de

um juiz constitucional do que sobre a qualidade democrática atribuída a esta nova configuração. Quaisquer que sejam as palavras de um ou de outro, o espírito geral de suas argumentações implica três proposições: se o princípio democrático se define pela soberania do povo e se, por razões de tempo, de instrução, de filosofia ou de geografia, o povo não pode escapar a sua representação, a única verdadeira necessidade democrática é que ele designe, por meio do seu voto, aqueles que agirão em seu nome; o ideal democrático é, portanto, atingido em seu coração quando as leis votadas pelos eleitos do povo podem ser desfeitas por uma instituição desprovida daquilo que dá a um poder a sua legitimidade: o sufrágio universal; ao admitir mesmo que uma delegação de poder seja em favor de uma instituição jurisdicional, como ocorreria nas instituições parlamentares e executivas, ao admitir que o juiz constitucional seja um representante – tese de Michel Troper –, a diferença restaria no fato de que essa representação não poderá jamais merecer o qualificativo de “democrática”, pois lhe falta aquilo que constitui a democracia: a eleição em si. Em outras palavras, ela mesma, sem levar em consideração sua jurisprudência, a existência de um juiz constitucional é a manifestação de uma desconfiança, ou mesmo de uma hostilidade em relação ao sufrágio universal e aos eleitos pelo povo. Em efeito, nesse registro de inteligibilidade da democracia, onde o princípio de legitimidade é o sufrágio universal, os direitos e liberdades são os obstáculos possíveis à livre expressão do soberano, de modo que aquele que guarda esses direitos e pode a ele se opor é uma anomalia.

Evidentemente, a ideia de “democracia contínua” não deixou de sofrer críticas! Ela encontrou também um eco favorável e a convergência com os trabalhos de historiadores como Pierre Rosanvallon. O próprio decano Vedel, que havia abertamente manifestado seu “ceticismo” em relação a essa noção no momento do seu nascimento, em 1992⁹, dava alguns anos mais tarde uma definição da “democracia contemporânea” muito próxima daquela proposta na “democracia contínua”. Três “leis”, escrevia ele em 1997, identificam-na: o exercício do poder por aqueles que são designados pelo sufrágio universal; a responsabilidade política dos governantes não perante o Parlamento, mas perante o povo até o final do seu mandato; a garantia das liberdades entre esses dois momentos pelo estatuto da oposição e do controle jurisdicional. E, concluía Vedel (1997), “é por essa terceira lei que se reconhece o caráter democrático do sistema político”. Este é, precisamente, o elemento que define também a democracia contínua!

⁹Ver seu prefácio à obra citada de Rousseau (1995).

Invocar a autoridade do decano Vedel não valeria, contudo, para dispensar de se envolver e de responder à lancinante questão acerca da legitimidade de denominar “democracia” a democracia continuada pela constituição.

2. A ideia de “democracia contínua” mantida

Sem voltar à inspiração democrática e não liberal na qual foi pensada, no momento da Revolução, uma instituição de controle da representação, deve-se destacar a crítica sobre dois aspectos: a figura do litigante e a do indivíduo. A figura do cidadão é múltipla, plural; ela não se reduz ao eleitor e ao direito de voto; realiza-se igualmente no jurisdicionado e no direito de acesso à justiça. E a segunda figura não é menos democrática que a primeira; ela pode ser talvez até mais democrática porque o cidadão-eleitor coloca em cena a figura abstrata da Nação, do Povo, de modo que o cidadão-jurisdicionado coloca em prática a figura concreta da pessoa comum, dos comuns, do “todo como cada um”. Não é o mesmo povo que está envolvido como o eleitor e o jurisdicionado. Quanto aos indivíduos, na medida em que pertencem à sociedade, a constituição volta-se, de fato, aos que a compõem e participam, em um momento particular da história política, na construção de suas identidades. Isso porque a questão política de hoje não é mais a questão do indivíduo, nem mesmo a de uma sociedade que será feita de indivíduos fluidos, para retomar uma expressão Pascal Michon (2008). O capitalismo, com sua mística do interesse individual, seus mecanismos de individualização dos contratos de trabalho e seu direito de propriedade, moldou, indubitavelmente, seu processo individualista; todavia, com o socialismo não é o contrário, uma vez que, segundo o próprio Marx, a sociedade concreta seria aquela onde “o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos”. Portanto, se o processo social e histórico é aquele de uma sociedade de indivíduos, a questão política será feita pela organização dessa fluidez social, pelo estabelecimento com coerência dessa fluidez para que ela não produza uma sociedade caótica, pelos instrumentos que permitam construir o espaço comum, pela generalidade dentro dessa sociedade fluida. Ora, essa questão está, hoje, sem resposta. Ou, mais exatamente, as respostas de outrora não “funcionam” mais: Deus, a Nação, o Estado, as classes sociais que deram aos indivíduos um sentimento de pertencimento comum – como a comunhão cristã, a comunhão nacional, a comunhão socioprofissional – não são mais os operadores eficazes do senso comum dos indivíduos.

Nessa configuração histórica, a constituição, tal qual se renovou sob o efeito do controle de constitucionalidade, talvez seja o instrumento comum aos indivíduos pelo qual eles possam se reconhecer nas suas particularidades, nos seus ritmos próprios, mas também nos seus valores compartilhados, os valores constitucionais comuns que Habermas chama de “patriotismo constitucional”. Se os indivíduos tornaram-se fluidos, a constituição é o texto que os impede de flutuar, pois lhes dá um ponto fixo no qual todas as suas atividades podem ser articuladas, uma vez que é por meio delas que as suas experiências de vida encontram forma e figura comum. O ser humano é plural; ele é parente de aluno, automobilista, pedestre, marido, pai, músico... Sem os valores constitucionais, cada uma dessas experiências de vida se desenrola de maneira autônoma, compartimentada e “primária”; com os valores constitucionais, as experiências são religadas pela figura do cidadão. Isso se traduz nas expressões “ter um comportamento cidadão” em seu modo de consumir, de agir, de trabalhar, etc. Em outras palavras, a figura do cidadão que constrói os valores constitucionais difunde a soberania democrática em todas as atividades sociais, não somente em sua atividade como eleitor.

O ser humano só é humano pela sua consciência, consciência de si mesmo e de si mesmo em meio aos outros. “O eu é um outro” (“*Je est un autre*”), escreveu Rimbaud. Todas as tragédias do século XX tiveram por causa o esquecimento, a ignorância ou a destruição da consciência de si que ocorre quando os homens abdicam ou são forçados a abdicar do seu si em meio a um grande todo: o partido, o Estado, a religião, a raça... E o que faz a consciência humana é propriamente o senso crítico, a tensão permanente entre certeza e dúvida, como o famoso “O que sei?”, de Montaigne, a interrogação contínua sobre os conhecimentos.

Os valores constitucionais exprimem essa tensão constitutiva da consciência humana, uma vez que eles são promessas que a miséria do mundo coloca em questão de modo incessável. A igualdade entre os homens e as mulheres, a liberdade individual, a fraternidade são, entre outros, valores constitucionais que a exclusão, as injustiças, o arbitrário desmentem quotidianamente. Desse choque entre as promessas constitucionais e a miséria do mundo nasce a possibilidade de uma crítica da positividade social, crítica à autoridade reforçada pelo fato de poder se enraizar não em um outro lugar ideológico, mas diretamente nos valores enunciados pela constituição. Assim, os valores constitucionais permitem ao ser humano tomar consciência do estatuto de cidadão, isto é, de sujeito de direito autônomo, capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história, de refleti-la, de discuti-la e de pensá-la.

Considerações finais

O direito constitucional, que era o direito do Estado, tornou-se também o direito da sociedade; o direito constitucional, que era fechado sobre si mesmo, abre-se não somente aos demais campos do direito, mas à filosofia, à história, à linguística; o direito constitucional, que era silencioso ou indiferente à questão democrática, situa-se hoje no coração da reflexão sobre a democracia. A introdução do controle de constitucionalidade tem, portanto, contribuído muito para emergência de um “novo” direito constitucional. Ou, mais exatamente, ela contribuiu para tornar o direito constitucional aquilo que é hoje, isto é, um direito que é e se “faz” a partir de três componentes: o institucional, a garantia dos direitos e a utopia. O primeiro termo resume as formas históricas de organização do político; o segundo, os modos de afirmação, de expressão e de proteção dos direitos fundamentais; o terceiro, os imaginários das sociedades humanas. O direito constitucional perde-se quando se fecha totalmente no primeiro, no segundo ou no terceiro termo; ele se encontra, irradiando e tornando-se uma força viva, quando seus três componentes se equilibram. E o equilíbrio é a manifestação do Direito, sua medida.

Referências

BLACHER, P. 1999. *Volonté générale et contrôle de constitutionnalité*. Paris, Dalloz, 246 p.
BRUNET, P. 2005. Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. In:

O. JOUANJAN; C. GREWE; E. MAULIN; P. WACHSMANN (org.), *La notion de juge constitutionnel*. Paris, Dalloz, p. 115-135.
BURDEAU, G. 1956. Une survivance: la notion de constitution. In: AA. VV., *L'évolution du droit public: études en l'honneur d'Achille Mestre*. Paris, Sirey, p. 53-62.
CARRÉ DE MALBERG, R. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Economica, 228 p.
DENQUIN, J.-M. 2009. Que veut-on dire par «démocratie»? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle. *Juspoliticum: Revue de droit politique*, 2:1-25.
DESMONS, E. 2012. La planète des sages, le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie. In: P. CHARLOT, M. DOAT (org.), *Liber Amicorum Gilles Darcy*. Brussels, Bruylant, p. 231-251.
FRANÇOIS, B. 1993. Critique du discours constitutionnaliste contemporain. In: J. CHEVALLIER (org.), *Droit et Politique*. Paris, PUF, p. 53-64.
GUIOMAR, J.-Y. 1974. *L'idéologie nationale*. Paris, Champ libre, 285 p.
MICHON, P. 2008. *Les rythmes de la politique: démocratie et capitalisme mondialisés*. Paris, Les Prairies ordinaires, 311 p.
RIALS, S. 1991. Entre artificialisme et idolâtrie. *Le Débat*, 64(2):159-173. <https://doi.org/10.3917/deba.064.0159>
ROUSSEAU, D. 1990. Une résurrection, la notion de constitution. *RDP Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 106(1):5-22.
ROUSSEAU, D. 1995. *La démocratie continue*. Paris-Brussel, Bruylant/LGDJ, 165 p.
VEDEL, G. 1997. Le régime présidentiel? La moutarde après dîner. *Le Monde*, 31 octobre.
WILLIAMS, D. 1793. *Observations sur la dernière constitution de la France: Avec des vues pour la formation de la nouvelle constitution*. Paris, Chez les Directeurs de l'Imprimerie du Cercle Social, t. LXIII, 48 p.

Submetido: 23/08/2016

Aceito: 09/09/2016