



Fernando Rabello

O TRIUNFO DE SIEYÈS

6

SIEYÈS'S TRIUMPH

Edilson Pereira Nobre Júnior

RESUMO

Examina resumidamente a transformação no Conselho Constitucional francês promovida pela Lei Constitucional 724, de 23 de julho de 2008, e pela Lei Orgânica 1523, de 10 de dezembro de 2009, nas quais se instituiu modelo de controle posterior à vigência das normas impugnadas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Conselho Constitucional francês; questão prioritária – constitucionalidade; França – Lei n. 724/2008, Lei Orgânica 1523/2009.

ABSTRACT

The author briefly examines the reform of the Constitutional Council of the French Republic instituted by the Constitutional Law No. 724, of 23 July 2008, and by the Organic Law No. 1523, of 10 December 2009, which established a paradigm of constitutional control subsequent to the effectiveness of the contested norms.

KEYWORDS

Constitutional Law; Constitutional Council of the French Republic; priority issue – constitutionality of; France – Law No. 724/2008, Organic Law No. 1,523/2009.

Dentre os movimentos revolucionários irrompidos no século XVIII, destaque maior angariou a Revolução Francesa, mediante a qual se golpearam de morte as injustiças resultantes da estrutura jurídica do regime feudal e a pretensão do exercício ilimitado do poder pelo absolutismo régio.

O ideário do movimento francês foi assinalado por algumas características nucleares, tais como a tentativa de implantação de uma separação rígida das funções estatais, o estabelecimento de direitos e garantias individuais, cujo ponto maior foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e o império da lei, única com o apanágio de limitar a liberdade individual.

A última das características citadas, bem expressa no art. 6º da Declaração de 1789 e no art. 3º, inserto no Título III, Capítulo II, da Constituição de 3 de setembro de 1791, foi consequência do surgimento do novo conceito de soberania, que se deslocou da figura do monarca para a do povo. Sendo sua elaboração resultante do órgão de representação popular, e, por conseguinte, de origem do poder, à lei se procurou confiar o ponto mais elevado do sistema jurídico¹.

Côncio da tendência humana para o arbítrio, do qual não estaria livre o legislador, e dada a sua condição de conatural falibilidade, Emmanuel-Joseph Sieyès, autor do panfleto *O que é o Terceiro Estado?* e revolucionário de primeira hora, propugnou, com assiduidade, para que se instituisse mecanismo que pudesse representar uma força moderadora entre o Legislativo e o Executivo, invalidando as transgressões à Constituição.

Vislumbrava, igualmente a crença que então atormentava a América, a supremacia, não da lei, mas da Constituição, como norma suprema do Estado, com a diferença de que não confiava tal função aos membros do Judiciário, em virtude de aspecto peculiar à sociedade francesa, marcada por uma forte desconfiança nos juizes, forjada pela memória acerca do funcionamento das cortes su-

periores do velho regime (*parlements*)².

Frustrada a primeira tentativa, que se deu por ocasião da elaboração da Constituição de 1795, a qual deixou de aceitar sua proposta de júri constitucional, restou aceito, com a Constituição do Ano VIII (art. 21), o *Sénat Conservateur*, cuja atividade não se apresentou satisfatória, principalmente em face da real conjuntura política vivenciada pela era napoleônica³.

Outras tentativas, a esse respeito, podem ser exemplificadas pelo Senado de Luís Napoleão, previsto na Constituição de 14 de janeiro de 1852 (Segundo Império), como o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas e, posteriormente, como o Comitê Constitucional da Lei Máxima de 1946.

Assim, mesmo sem inclinar-se pela criação de organismo integrante do Judiciário, mas presente a necessidade de assegurar a prevalência da Lei Maior, a Constituição de 1958 moldou o Conselho Constitucional, incumbindo-o do controle da legitimidade para fiscalizar o cumprimento da Constituição pela atividade estatal normativa.

O ideário do movimento francês foi assinalado por algumas características nucleares, tais como a tentativa de implantação de uma separação rígida das funções estatais, o estabelecimento de direitos e garantias individuais [...]

Limitando-se à verificação preventiva, antecedente à promulgação da proposição normativa, dito órgão, formulado com a perspectiva de defesa do Executivo, transformou-se, ao depois de 1971, com a retirada de Charles De Gaulle da cena política, em intransigente defensor dos direitos fundamentais, sendo de destacar a construção da teoria do bloco de constitucionalidade (D.C. 71-44, de 16-07-71, relacionada à liberdade de associação), papel reforçado com a reforma constitucional de 1974⁴.

Esse papel ativo na tutela dos direitos e liberdades fundamentais⁵ ocasionou mudança no modo de visão que

lhe reservava a doutrina, a qual passou a obscurecer-lhe o cariz de órgão político, equiparando-o, pelo método desenvolvido em sua atividade⁶, a um autêntico tribunal ou corte constitucional.

Tanto assim, que François Luchaire (LUCHAIRE, 1997, p. 48-53) chegou a apontar, ao apagar das luzes da centúria pretérita, que, na doutrina, vicejam pontos de vista ora assentando o caráter jurisdicional, ora o político, ora o institucional (participe do processo de criação das leis), do Conselho Constitucional, muito embora relate que a maioria dos autores se tem posicionado favoravelmente à primeira corrente.

Por seu turno, Louis Favoreu (2005), em escrito comemorativo de quarenta anos da Constituição de 1958, apresentou-se dentre aqueles que, categoricamente, acentuam a indiscutível natureza jurisdicional do órgão: *O Conselho Constitucional faz parte da família das Cortes e tribunais constitucionais que foram criados na Europa após a segunda guerra mundial, inicialmente na Alemanha, Áustria ou Itália, depois em Espanha, Portugal, Bélgica e, enfim,*

*multiplicaram-se após a queda do muro de Berlim, nos países da Europa central e oriental [...]. Apresenta as mesmas características quanto à sua composição e ao modo de recrutamento de seus membros*⁷.

Sem embargo da vantagem que proporciona o controle preventivo em termos de segurança jurídica –, porquanto, examinando-se a compatibilidade vertical das leis antes da sua promulgação, não haveria, a princípio, como cogitar de relações jurídicas formadas com base em lei inconstitucional (com a vantagem de afastar o recurso, muito comum no sistema brasileiro, dos efeitos prospectivos da

declaração de inconstitucionalidade) – com o passar do tempo se foi sentindo em solo francês que tal forma de fiscalização, prevista como única, poderia igualmente ser capaz de gerar situações inconvenientes.

Considerando-se que a obrigatoriedade de submissão das proposições normativas ao Conselho Constitucional somente ocorre quanto às leis orgânicas e aos regulamentos parlamentares, não se aplicando no particular das leis ordinárias e dos tratados internacionais, os quais devem ser impugnados pelos legitimados previstos no art. 61 da Constituição francesa, é plenamente possível que, por ausência de questionamento, sejam promulgados diplomas normativos inconstitucionais, e que doravante não mais poderão ser contestados, frustrando, assim, os direitos e liberdades dos cidadãos, cuja proteção é um dos mais relevantes objetivos da fiscalização de constitucionalidade.

O primeiro aspecto a ser observado é o de que a disposição constitucional transcrita não ostenta aplicabilidade imediata, somente passando a vigorar a partir de 01/03/2010, por força do art. 5º da Lei Orgânica 1.523, de 10/12/2009.

Cioso da necessidade de uma proteção mais eficiente da supremacia constitucional, o Conselho Constitucional, no desenvolvimento de sua atividade fiscalizadora do respeito à Lei Fundamental, lançou-se, por meio de seu engenho criativo, ao desafio de evadir-se do controle unicamente preventivo.

Tal sucedeu a contar da DC 85-187, de 25 de janeiro de 1985, quando o órgão, invertendo sua jurisprudência anterior, permitiu, expressamente, a possibilidade de contestação de lei promulgada quando do exame de uma nova lei, desde que esta venha: a) modificar a antiga; b) completar a anterior; c) afetar o domínio da lei antecedente⁸.

Diante dessas iniciativas precursoras, o Presidente da República, por ocasião da segunda sessão ordinária de 1989-1990, acolhendo proposição do Governo, apresentou à Assembleia Nacional projeto de lei constitucional (emenda constitucional, entre nós), alvitando rever os arts. 61 a 63 da Constituição e, assim, instituir controle de constitucionalidade das leis pela via da exceção⁹.

Não obstante seu adiamento temporal, enfim, a proposição resultou aprovada com a Lei Constitucional 724, de 23 de julho de 2008, ao acrescentar art. 61 – 1 à Lei Maior de 1958, dispondo: *Quando, por ocasião dum processo em curso perante uma jurisdição, é sustentado que uma disposição legislativa fere os direitos e liberdades garantidas pela Constituição, o Conselho Constitucional pode conhecer da questão, por remessa do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, pronunciando-se num prazo determinado. Uma lei orgânica determinará as condições de aplicação do presente artigo*¹⁰ (Tradução nossa).

O primeiro aspecto a ser observado é o de que a disposição constitucional transcrita não ostenta aplicabilidade imediata, somente passando a vigorar a partir de 01/03/2010, por força do art. 5º da Lei Orgânica 1.523, de 10/12/2009.

Referido diploma legal, alterando a lei orgânica sobre o

Conselho Constitucional (*Ordonnance* 1.067, de 07 de novembro de 1958), disciplina a questão prioritária de constitucionalidade nos seus arts. 23-1 a 23-7, permitindo sua postulação em causa pendente perante a jurisdição judiciária ou administrativa, a fim de ensejar remessa ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, apontando o atentado, por disposição legal, a direitos e liberdades tuteladas constitucionalmente. A decisão de transmissão da questão, por parte da instância jurisdicional, é de ser proferida com motivação.

Para tanto, demanda-se que a suscitação, demais de motivada, preencha algumas condições, a saber: a) ser a norma contestada aplicável ao litígio ou ao processo; b) não haver a norma questionada sido declarada conforme a Constituição por decisão anterior do Conselho Constitucional, seja quanto à motivação ou à parte dispositiva, salvo mudança das circunstâncias; c) a questão suscitada se apresentar séria, fundada.

Poderá ainda a questão prioritária de constitucionalidade ser suscitada pela via do recurso de cassação, ou perante procedimento no âmbito do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação.

Em qualquer dos instantes onde houver a suscitação da questão, competirá ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação se pronunciar acerca do seu envio no prazo de três meses, findo o qual se tem, automaticamente, sua transmissão ao Conselho Constitucional.

Mesmo suscitada a questão prioritária de constitucionalidade, caberá ao correspondente órgão jurisdicional ultimar a instrução, bem como a apreciação de eventuais medidas provisórias ou conservatórias de direitos.

Daí se tem que tal reforma mudou consideravelmente a face da fiscalização de constitucionalidade na França: a) que não mais se manifesta unicamente de forma prévia, podendo agora ser manejada posteriormente ao ingresso da norma impugnada no sistema jurídico; b) cuja legitimidade para ativação, pela via da questão prioritária de constitucionalidade, pertence também aos particulares, não mais se restringindo aos legitimados no art. 61 da Constituição.

O parâmetro de tal modalidade de controle consiste nos direitos e liberdades consagrados pela Constituição, sendo, no particular, de fundamental importância o conceito de bloco de constitucionalidade, no qual estão incluídos a Declaração de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta do Meio Ambiente de 2004, pois são estes os documentos que, no ordenamento constitucional francês, retratam os direitos ditos fundamentais. O legislador (art. 23-2 e art. 23-5 da *Ordonnance* 1.067, de 1958, com a redação ofertada pelo art. 1º da *Loi organique* 1.523, de 2009) parece ter ampliado o padrão aferidor da compatibilidade vertical, com o propósito de igualmente abranger possível violação a compromissos internacionais assumidos pela França.

Dois críticas, motivadas por razão de ordem processual, hão de ser expostas. A primeira delas é a de que o legislador (art. 23-1 e art. 23-5) vedou que a questão pudesse ser articulada de ofício pelo órgão jurisdicional, no qual pendente de tramitação a causa, ao contrário do previsto nas questões de legitimidade constitucional suscetíveis de conhecimento por outras cortes constitucionais, tais como sucede na Itália (art. 23, *Legge* 87, de 11 de março de 1953), na Espanha (art. 35, *Ley Orgánica* 07, de 21 de abril de 1999) e na Alemanha (§80 da Lei

sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 12 de março de 1951).

Isso sem contar que a exclusão dessa possibilidade parece ter frustrado parte da doutrina que, ansiosa, esperava a promulgação da proposta de lei constitucional¹¹.

Trata-se, evidentemente, de retrocesso, uma vez que, em desenvolvendo postura ativista, o Conselho Constitucional já vinha, principalmente em matéria de direitos fundamentais, examinando a conformidade de proposição normativa à Constituição com base em argumento não mencionado pelo formulador do pedido de fiscalização prévia.

A segunda censura está na circunstância de a disciplina ofertada legislativamente à questão prioritária de constitucionalidade vir dotada de certa complexidade.

Não havia necessidade, segundo penso, de que a autoridade da jurisdição judiciária ou da jurisdição administrativa, primeiramente, suscitasse o questionamento à Corte de Cassação e ao Conselho de Estado para que estes, na condição de intermediários, remetessem-no ao Conselho Constitucional. Poder-se-ia, a exemplo do vivenciado pela legislação dos demais tribunais e cortes constitucionais, prever o endereçamento da arguição diretamente ao guardião dos direitos e liberdades fundamentais.

De qualquer maneira, não se nega que, com a possibilidade de posterior exame da constitucionalidade das leis vigentes, cuja verificação de sua conformidade à Lei Magna não sucedeu antes de sua promulgação, por ausência de impugnação, houve considerável avanço no sistema francês de defesa da Constituição, com o propósito extremamente salutar de preservação de direitos fundamentais.

A novidade alvissareira servirá de relevante mecanismo para a continuidade da estabilidade política da França, a qual, na observação de Enterría (1985), não era obtida, porquanto, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos, cujos dois séculos de vigência foram afeiçoados pela atividade interpretativa da Suprema Corte, as quatorze constituições francesas anteriores não previam um tribunal constitucional capaz de impor a sua interpretação e efetividade. Agora parece que o embaraço está removido com a nova feição outorgada ao Conselho Constitucional.

Por tudo isso, deve-se realçar o pleno êxito, quase dois séculos após, da ideia de Sieyès, protagonista da garantia da supremacia constitucional na Europa, a exemplo do contributo de Hamilton e Marshall na América do Norte.

NOTAS

- 1 Segundo Enterría: *La Ley es, en efecto, un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además, y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad* (GARCIA, 2001, p. 111).
- 2 A bem da verdade, as razões contrárias ao controle judicial de constitucionalidade das leis podem, inicialmente, ser tributadas aos conflitos que opunham os Estados Gerais aos Parlamientos, verificando-se, no seio destes, forte propensão conservadora e que se materializara na oposição das reformas pretendidas por Luís XVI. De outra parte, havia motivos doutrinários, relacionados ao modo de interpretar a separação de poderes. Enquanto nos Estados Unidos a separação de poderes foi compreendida em sentido funcional, permitindo que o Judiciário pudesse julgar todos os atos estatais, na França se acolheu versão essencialmente orgânica, de modo que o Legislativo e o Executivo são independentes do Judiciário e, portanto, não podem ser julgados por este. Ademais, como salientado acima, a teoria revolucionária da soberania nacional se opõe a um controle de constitucionalidade, sendo a Nação, representada pelo órgão legislativo, soberana.
- 3 Narrativa do papel formulador de Sieyès é encontrada em Isser Woloch (2008, p. 22; 43-48).
- 4 Cuidou-se da Lei Constitucional de 29 de outubro de 1974, mediante a qual se alteraram os arts. 54 e 61 da Constituição francesa, a fim de estender a legitimidade para se provocar o Conselho Constitucional, originalmente restrita a quatro importantes agentes políticos (Presidente da República, Primeiro-Ministro, Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado), às minorias políticas, representadas por sessenta deputados ou sessenta senadores.
- 5 Ponto alto dessa postura defensora dos direitos fundamentais é realçada por notável descortinar do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, assentado como portador de inegável valor constitucional, apesar de não inscrito no texto da Constituição de 1958. Para tanto, utilizou-se, com sucesso, o Conselho Constitucional, da fórmula do bloco de constitucionalidade, ora invocando o art. 11 da Declaração de Direitos de 1789, ora a segunda alínea do Preâmbulo da Constituição de 1946. Isso tornou possível a expansão da eficácia da dignidade da pessoa em áreas como a bioética (D.C. 84-181, de 11 de outubro de 1984; D.C. 94-343/344, de 27 de julho de 1994) e os direitos econômicos e sociais (D.C. 94-359, de 19 de janeiro de 1995). Amostra disso é visualizável, a contento, em Véronique Gimeno-Cabrera (2004, p. 45-52 ; 93-97).
- 6 A interpretação da Lei Maior de 1958 tem-se pautado por critérios jurídicos, havendo inclusive a prolação de decisões manipulativas. Outro ponto é o de que das suas decisões não cabem

recurso, fazendo coisa julgada, sem contar que são vinculativas, ou seja, obrigatórias, para os demais poderes públicos e autoridades administrativas e jurisdicionais.

- 7 *Le Conseil constitutionnel fait partie de la Famille des Cours et tribunaux constitutionnels qui ont été créés en Europe après la deuxième guerre mondiale, d'abord en Allemagne, Autriche ou Italie, puis en Espagne, Portugal Belgique et enfin se sont multipliés, après la chute du mur de Berlin, dans les pays d'Europe central et orientale [...]. Il présente les mêmes caractéristiques quant à sa composition et au mode de recrutement de ses membres (La Constitution de 1958 a quarante ans – La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em 26 de agosto de 2005. Tradução nossa). Reconhecendo, na atualidade, o Conselho Constitucional como verdadeiro órgão de jurisdição constitucional, sentinela das liberdades individuais, encontre-se Pier Giorgio Lucifredi (2001, p. 137). Por seu turno, também Dominique Rosseau (1998, p.25 e 63) alude ao Conselho Constitucional como órgão que integra, na Europa, a justiça constitucional.*
- 8 Outra oportunidade e que, segundo Thierry di Mano (1994, p. 37-38), é ainda mais significativa, foi a DC 87-230, de 28-07-87, pela qual se revelou possível ao Conselho Constitucional examinar a conformidade à Constituição de disposições que restauravam a vigência de lei anterior (*Loi 77-826*, de 22 de julho de 1977, definidora de obrigações dos funcionários públicos), cuja constitucionalidade já tinha sido admitida, antes de sua posterior ab-rogação.
- 9 O texto original da proposição é encontrado em François Luchaire (1997, t. 1, p. 191-192).
- 10 Original: *Lorsque, à occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.* Disponível em <<http://www.senat.fr/connaitre/constitution.pdf>> Acesso em 5 de fevereiro de 2010.
- 11 Nesse particular, conferir Thierry di Mano (1994, p. 173-176)

REFERÊNCIAS

- DI MANO, Thierry. *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*. Paris: economica, 1994.
- FAVOREU, Louis. *La Constitution de 1958 a quarante ans: La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>> Acesso em 26 de agosto de 2005.
- GARCIA, Enterría. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- _____. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- GIMENO-CABRERA, Véronique. *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol*. Paris: L.G.D.J., 2004.
- LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato: il sistema francese*. Milão: Dott.

A. Giuffrè Editore, 2001.
LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Economica, 1997. t. 1.
ROSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 1998.
WOLOCH, Isser. *Napoleão e seus colaboradores: a construção de uma ditadura*. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2008.

Artigo recebido em 3/3/2010.

Artigo aprovado em 8/5/2010.