

Constitucionalismo e democracia¹

Constitutionalism and democracy

Dominique Rousseau²

Université Paris I, França
dominique.rousseau@univ-paris1.fr

Resumo

Qual é a legitimidade do juiz constitucional quando este anula uma lei aprovada pelos representantes do povo? Pode desempenhar uma função de impedimento da vontade majoritária? No artigo pretende-se demonstrar que a Constituição não caracteriza um óbice à expressão democrática, mas sim a condição do seu enriquecimento e do seu aprofundamento.

Palavras-chave: Direito constitucional, constitucionalismo, democracia.

Abstract

What is the legitimacy of the constitutional judge when it annuls a law approved by the representatives of the people? Can it play a role in preventing majority will? The article intends to demonstrate that the Constitution does not characterize an obstacle to democratic expression, but rather the condition of its enrichment and its deepening.

Keywords: constitutional law, constitutionalism, democracy.

Considerações introdutórias

Alguns casos concretos – “*hard cases*”, diriam os americanos – para introduzir a reflexão. Anula-se, mediante um plebiscito ou por meio de um voto majoritário dos representantes eleitos do povo, o direito das mulheres de praticar o aborto. Esta vontade política do

povo pode realizar-se pelo único fato de consubstanciar a vontade do povo, e de o sufrágio universal ser, em um sistema democrático, o instrumento de legitimidade dos governantes e das decisões? Ou será que esta vontade pode ser impedida, não por uma discussão ou uma contestação deflagrada com base em argumentos morais, filosóficos ou de sociológicos, mas por meio de uma ação

¹ Artigo, adaptado e atualizado pelo autor, originalmente publicado como “Constitutionnalisme et démocratie”, *Vie de las idées*, Vol., 123, n° 6, 2008, p. 1476-1486, disponível em: <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. Tradução para o português de Thomas Passos Martins (thom4fr@yahoo.fr).

² Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Sorbonne. Université Paris I. Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. Rue Malher, 9, 75181, Paris, França.

jurisdicional mobilizando argumentos de direito? Mais precisamente, é possível e legítimo, em um regime democrático, impedir o povo – ou os seus representantes – de suprimir o direito ao aborto opondo-lhe o direito constitucional da mulher de dispor livremente do seu corpo? Obviamente, este caso é fictício, pois ninguém imaginaria que se tornaria realidade um dia. No entanto, não é muito diferente de casos que realmente ocorreram.

Em agosto de 1993, o Conselho Constitucional francês invalidou determinados dispositivos da lei relativa ao controle da imigração, alegando que estes “ofendiam de forma excessiva os direitos fundamentais de valor constitucional reconhecidos a todos os que residem no território da República”. Logo, o então Ministro do Interior, Charles Pasqua, que havia defendido o projeto de lei, denunciou os juízes constitucionais de impedir o governo de aplicar uma política de imigração que foi submetida ao debate nacional, aprovada pelas eleições legislativas de março de 1993 e adotada “por unanimidade da maioria na Assembleia Nacional e no Senado”. Em setembro de 2005, o Ministro da Justiça Pascal Clément defende, junto aos deputados, um projeto de lei estabelecendo uma medida de detenção – o bracelete eletrônico – com efeito retroativo; ciente, segundo as suas próprias palavras, “do risco de inconstitucionalidade”, declarou que “os recentes acontecimentos (dois estupradores reincidentes haviam sido processados no decurso daquela semana) me levaram a correr este risco, e todos os parlamentares poderão me seguir; basta, para eles, não provocarem o controle do Conselho Constitucional, sendo que aqueles que decidirem ajuizar uma ação de inconstitucionalidade responderão, política e humanamente, pelo fato de impedir esta nova lei de ser aplicada ao estoque de detentos”³. Isso levou o presidente do Conselho Constitucional, Pierre Mazeaud, a responder da seguinte forma: “o respeito à Constituição não é um risco senão um dever”. Em fevereiro de 2008, o Conselho Constitucional julgou contrário ao princípio da não retroatividade da lei, a aplicação da medida de internação compulsória às pessoas atualmente condenadas, após o término do cumprimento da pena. Logo, o então Presidente da República, Nicolas Sarkozy, apelou à opinião pública para afirmar que o princípio da não retroatividade não há de ser colocado a serviço dos criminosos mais perigosos, e que “a imediata aplicação da internação compulsória aos criminosos já condenados constitui

um objetivo legítimo para a proteção das vítimas”⁴. Além disso, escreveu ao presidente da Corte de Casação para lhe pedir para encontrar os caminhos jurídicos para alcançar este objetivo.

Em todos estes casos, são sempre essas duas lógicas que se opõem: por um lado, os juízes lembram aos eleitos o dever de respeitar os direitos constitucionais, sancionando, se for preciso, as suas violações, por outro lado os eleitos avocam os conceitos de sufrágio universal, de maioria parlamentar e de opinião pública. Em nome de que, com efeito, é possível proibir o povo de querer o que quer? A limitação do poder do povo encontra o seu fundamento num sistema liberal, onde o princípio de legitimidade é o equilíbrio, num sistema ditatorial, onde o princípio de legitimidade é o partido, num sistema teocrático, onde o princípio de legitimidade é Deus etc. Todavia, num sistema democrático, em que o princípio de legitimidade é o sufrágio universal, onde encontrar o fundamento de uma limitação do poder do povo? Tendo expressado de forma trivial este dilema, sempre será recordado um certo deputado socialista que lançou à oposição esta sentença: “estão juridicamente errados porque são politicamente minoritários”!

De resto, a questão não é de hoje; eu poderia citar o “caso” de Pôncio Pilatos. Recorda Kelsen (2004, p. 115) que, tendo sido, Jesus, condenado pelo sínédrio, cabia a Pilatos escolher a pena, mas ele, “pelo fato de não saber o que é a verdade e acostumado, por ser romano, a pensar de forma democrática, decidiu consultar o povo por meio de um plebiscito”. O resultado é mais do que notório. Jesus teria sido crucificado se Pilatos tivesse decidido por si próprio? No caso de a resposta ser negativa, deixo para a imaginação o que teria acontecido em sequência!

Tendo em mente estes casos e partindo dos seus relatos – nos dois sentidos do termo partir, ou seja, me apoiando neles e me distanciando deles –, convém atualizar os pressupostos por eles informados, as filosofias, tanto política quanto social, que delas resultam, as mudanças políticas e constitucionais que podem elas determinar. Em suma, trata-se de efetuar uma regressão na memória destes dois casos no sentido de melhor compreender os seus significados contemporâneos e de descobrir as possíveis trajetórias dos seus destinos. Para tal, faz-se necessário agregar múltiplos saberes, sendo esta a forma de proceder do meu laboratório a respeito de um projeto de pesquisa em curso. Aqui, no entanto, apenas o saber constitucionalista será utilizado.

³ *Libération*, 28 de setembro de 2005.

⁴ Comunicado da Presidência da República, 22 de fevereiro de 2008.

O que é uma constituição?

No âmbito da inteligibilidade constitucional, os casos acima apresentados só ganham sentido se a constituição é pensada como um instrumento de limitação do poder. Esta representação, porém, pressupõe uma função política específica da constituição – limitar o poder – que não está relacionada com a essência da constituição, mas que foi construída pela história ao sabor das necessidades estratégicas dos homens políticos, e consolidada, ou racionalizada, pela doutrina. Para os positivistas, por exemplo, a constituição é simplesmente este documento específico que organiza o estatuto do Estado, e cuja validade jurídica resulta da sua relação para com a norma fundamental hipotético-dedutiva, a qual prescreve que é imperioso obedecer à constituição. Não simplesmente a obediência à constituição que limita o poder, mas sim obediência à constituição seja qual for o seu conteúdo. Isso porque, para os positivistas, a função política de uma constituição é uma questão política, e não uma questão de direito, sendo assim indiferente à qualidade e à validade da constituição. Juridicamente, o termo “constituição” refere-se a todo documento organizando o estatuto do Estado: que este documento organiza a separação ou a fusão dos poderes, que ele reconhece ou não os direitos fundamentais, que ele limita ou favorece a arbitrariedade do poder. Obviamente, conforme esta compreensão da palavra “constituição”, ela não envolve a democracia, sendo apenas o constitucionalismo uma doutrina enunciando a necessidade de uma constituição formal.

Para dar continuidade a esta atualização dos pressupostos, cabe ressaltar que os casos anteriores só ganham sentido se a constituição é pensada como uma norma, isto é, como direito “puro”, que estabelece mandamentos, proibições, obrigações de fazer ou de não fazer. Porém, esta representação pressupõe uma normatividade constitucional que pertence à textura da constituição, mas que é construída pelos atores sociais e, em especial, pelo ator jurisdicional. Para os realistas, por exemplo, a constituição é um mero conjunto de palavras – “marks on papers” – isto é, consoante clássica expressão de Hans Kelsen, “proposições subjetivas de normas”, não sendo a constituição, contudo, uma norma. A constituição “não diz nada”, escreve Pierre Avril; torna-se ela uma norma por meio de um trabalho de interpretação das palavras efetuado, em prioridade, pelos juízes; a norma não está no enunciado textual, está no significado conferido a este enunciado. Logo, se a constituição não diz nada, não pode ela informar sobre a qualidade democrática de um regime político, da mesma

forma que não pode caracterizar uma limitação ou uma restrição ao exercício do poder.

O interesse deste olhar prévio sobre os pressupostos jurídicos é de demonstrar que, ao contrário do que geralmente se pensa, constituição e democracia não são noções consubstanciais. Para os juristas positivistas e realistas, estas noções são separadas, autônomas e sem relação nem influência recíproca uma com outra. O que explica que os juristas tenham negligenciado os estudos, as pesquisas e as reflexões sobre a democracia (ver Pinon, 2006, p. 408), remetendo a análise desta noção para os filósofos, historiadores, sociólogos etc., haja vista o longo domínio da escola positivista no campo jurídico – permanecendo ainda muito importante. Em outros termos, as noções de constituição e de democracia são apenas relacionadas, no âmbito epistemológico, a uma doutrina: o constitucionalismo, que pensa a constituição como meio da democracia – “a democracia pelo direito”. Esta função política esperada da constituição é apresentada como a consequência necessária dos seus três atributos. Uma constituição é, antes de tudo, um texto escrito, e a forma escrita das regras de exercício do poder permite ao povo verificar se a prática do poder está ou não de acordo com o texto, sendo, em caso de violação deste, sancionada. Eis o projeto explícito dos homens de 1789, que afirmaram ter redigido a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão “para que os atos do poder legislativo e do poder executivo, em qualquer momento comparados com a finalidade de toda instituição política, pudessem ser mais respeitados”. A constituição é, ademais, um texto que organiza a separação dos poderes, cujo mecanismo interno – peso e contrapeso – visa evitar que uma instituição possa açambarcar todos os poderes de forma a produzir um equilíbrio institucional favorável à liberdade política dos cidadãos. A constituição é, por fim, um texto que estabelece os direitos que os cidadãos podem invocar para protestar contra os atos dos poderes públicos. O que também consta da Declaração de 1789, redigida “para que as reclamações dos cidadãos, baseadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, tendem à consolidação da constituição e à felicidade de todos”. Por força destas três propriedades – escrita, separação dos poderes, direitos fundamentais – a constituição é, conforme conhecida fórmula de Benjamin Constant, “a garantia de um povo”.

A crise de sentido do constitucionalismo

Tal é a ideia de constituição que o constitucionalismo traz no seu bojo e que faz dela uma doutrina

da democracia. Hoje, este constitucionalismo está em crise, ou se quisermos evitar a expressão já desgastada, o sentido deste constitucionalismo está sendo questionado. A primeira razão resulta das modificações do equilíbrio entre as propriedades da constituição. No século XVIII, a separação dos poderes era a propriedade prioritária de modo a conferir o seu sentido à noção de constituição: uma constituição é a determinação da separação dos poderes. A terceira propriedade, a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, não é decerto olvidada, no entanto, não estava amparada por nenhum mecanismo de proteção, já que é considerada como a consequência necessária da limitação dos poderes obtida pela divisão destes: tudo estaria perdido, escreve Montesquieu, “se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. Aos poucos, esta propriedade perderá força e autoridade em decorrência das práticas políticas, as quais demonstraram que, independentemente da organização política estabelecida, a lógica eleitoral majoritária acabou por concentrar os poderes legislativo e executivo nas mãos do chefe do Executivo, quer este seja presidente da República como na França, ou primeiro ministro como na Espanha, na Alemanha ou no Reino Unido. Neste contexto, a constituição-separação dos poderes deixa de ser o meio de garantir a democracia e a liberdade política dos cidadãos. Este relativo aniquilamento ensejou a ascensão da terceira propriedade, a garantia dos direitos, propiciando o surgimento de uma instituição destinada a garantir o respeito destes direitos: a jurisdição constitucional. Tendo em vista que o mecanismo da separação dos poderes não logrou êxito relativamente à proteção dos direitos, passou ela a ser garantida por meio de um mecanismo especial, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, quer seja a possibilidade de um juiz sancionar as violações dos direitos constitucionais pelo legislador. A constituição, que traz no seu bojo a democracia, não corresponde mais a esta constituição que garante os direitos fundamentais por meio da separação dos poderes, mas sim a esta constituição que os garante por meio do controle de constitucionalidade; não se trata mais da constituição-separação dos poderes, mas da constituição-direitos fundamentais.

Além deste primeiro deslocamento “interno” relativo à reestruturação das propriedades da noção de constituição, há de se destacar um segundo, “externo”, relativo ao “alvo” da constituição”. No século XVIII, o condicionamento constitucional do exercício do poder

visava instituições não oriundas do sufrágio universal; o seu “alvo” dizia respeito a instituições hereditárias – o Rei – ou censitárias – as assembleias parlamentares. Neste sentido, a constituição pode ser apresentada como uma “garantia para o povo”: ela protegia o povo contra a possível tirania de poderes que não se controlam. Hoje, no entanto, com a extensão e a generalização do sufrágio universal, o condicionamento constitucional visa instituições oriundas do voto popular. De modo que, se constituição ainda se define como um “ato de desconfiança”, o alvo desta desconfiança passou a se focar no sufrágio universal e nas instituições que dele provêm. Nesta esteira, a constituição é vista como uma “garantia contra o povo”: ela protege os direitos constitucionais contra a vontade do povo ou dos eleitos do povo.

Destes dois deslocamentos é que decorre a crise de sentido do constitucionalismo. Enquanto a constituição havia sido concebida como mecanismo político de separação dos poderes para enquadrar e limitar o exercício de poderes desprovidos de legitimidade eleitoral, passou hoje a “funcionar” como mecanismo jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício de poderes amparados de uma legitimidade eleitoral. Esta mudança radical de perspectiva nos leva, portanto, a retomar a questão do sentido do constitucionalismo, uma vez que a fórmula “a democracia pela constituição” não possui o mesmo significado, dependendo de os poderes enquadrados pela constituição terem ou não uma origem eleitoral. Grande é a tentação de indagar o sentido atual do constitucionalismo, cotejando a nova noção de constituição – garantia dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – com a noção de democracia eleitoral, comumente apresentada, implícita ou explicitamente, como a noção legítima e natural da democracia, a de ser “o governo do povo”. Há, contudo, de se rechaçar esta tentação, já que ela pressupõe uma definição *a priori* da democracia muitas vezes formulada antes do advento da justiça constitucional, que a caracteriza como um obstáculo epistemológico à inteligibilidade da modernidade constitucional e democrática. Se realmente for isso, se, para citar Michel Foucault comentando o *Was ist Aufklärung?* (*O que é Iluminismo?*), se trata de compreender o que está atualmente ocorrendo na democracia, convém inverter a pergunta para indagar-se sobre a noção de democracia que a constituição-garantia dos direitos fundamentais produz e que confere o seu sentido ao constitucionalismo de hoje.

Nesta lógica de pesquisa, a hipótese proposta é que a constituição-garantia dos direitos fundamentais produz uma democracia que cujos elementos definidores são: a separação, a deliberação, a individualidade.

(a) Constituição e separação

A constituição-garantia dos direitos deu ensejo a um rompimento radical da representação das relações governantes/governados: ao passo que a constituição-separação dos poderes produzia uma fusão do corpo dos representantes com o dos representados, a constituição-garantia dos direitos institui, por sua vez, uma separação entre os dois corpos. Esta diferenciação é consequência resultante do controle de constitucionalidade. Em cada decisão do Conselho Constitucional, com efeito, é sempre a mesma cena que se repete: os atos aprovados pelo corpo dos representantes – as leis – são examinados de acordo com os direitos do corpo dos representados – a constituição. O que implica conceber dois espaços distintos, o dos representantes e o dos representados, cada um deles trazendo no seu bojo duas vontades normativas potencialmente contraditórias. Concretamente, a constituição define gradativamente um espaço assegurando simbólica e praticamente – pela anulação da lei – a autonomia dos representados em relação aos representantes. E este espaço amplia-se e fortalece-se à medida que o Conselho “descobre” novos direitos constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia decente, a liberdade de casamento, o direito a uma vida familiar normal etc. Esta lógica da separação é claramente ilustrada na decisão do 16 de janeiro de 1982⁵, em que o Conselho enfatiza, contra a vontade dos eleitos de negar o valor constitucional do direito de propriedade, a vontade inversa do povo que, “por meio do referendium do 5 de maio de 1946, recusou (a introdução de) uma Declaração dos direitos contendo, notadamente, princípios diferentes dos proclamados em 1789 em virtude dos artigos 2 e 17”, tendo o povo, ao contrário, “por meio dos referendos do 13 de outubro de 1946 e do 28 de setembro de 1958, aprovado textos conferindo valor constitucional aos princípios e direitos proclamados em 1789”.

Portanto, o controle de constitucionalidade cria uma nova figura, propiciando a separação entre os governados e os governantes, constituindo os direitos daqueles num corpo separado dos direitos destes: a carta jurisprudencial dos direitos e liberdades simboliza o espaço dos governados, a lei, o espaço dos governantes. Esta figura da separação é profundamente diversa da figura da fusão, que ainda prevalece nas mentalidades. Em sua formulação mais elementar, com efeito, o ideal

democrático exige a implicação cada vez maior do povo no poder – por meio da extensão do sufrágio universal, por exemplo – e realiza-se plenamente pela fusão do povo no corpo político da representação nacional. Se as “democracias populares”, com o partido único, levaram ao extremo esta lógica da fusão, as “democracias burguesas”, com mais ponderação, também aderiram a ela. Carré de Malberg (1984) notadamente, descreveu perfeitamente o “funcionamento” democrático destes regimes parlamentares, os quais têm por base a identificação dos governados com os governantes, a confusão entre o povo e os seus representantes, entre a vontade geral e a vontade parlamentar, fazendo, portanto, do Parlamento o igual do soberano, ou antes, conforme escreveu o Mestre de Estrasburgo, o que termina por erigir efetivamente aquele em soberano.

Muito embora se considere democrático, este tipo de funcionamento político é apenas a reprodução transposta do princípio monárquico de que o corpo da nação e o corpo do rei formam uma unidade: “os direitos e os interesses da Nação, dos quais se ousa constituir em um corpo separado do monarca, declara Luís XV num discurso proferido no Parlamento de Paris, em 3 de março de 1766, estão necessariamente unidos com os meus e estão nas minhas mãos; eu não consentiria, continua ele, que na monarquia se introduzisse um corpo imaginário que só poderia perturbar a sua harmonia” (*in* Guiomar, 1974, p. 39). Certamente, os revolucionários haviam querido, acreditado e dividido estes dois corpos; até mesmo pensavam que o ato revolucionário residia, precisamente, nesta afirmação arrojada da autonomia do corpo da Nação em relação ao corpo do Rei. Na verdade, os homens de 1789 reconstituíram a unidade ao dar à Nação um novo corpo no qual fusonar: o dos representantes. Esta continuidade constitucional é, sem dúvida, menos ditada por uma continuidade doutrinal do que pelas restrições da luta política das legitimidades em 1789: à unidade do corpo do rei, os revolucionários não podiam, politicamente, opor a diversidade social do povo; deviam eles afirmar a unidade do corpo povo-nação sob pena de enfraquecer a legitimidade já incerta das suas reivindicações de poder. Ao proceder de tal forma, contudo, projetaram a Revolução numa via que não era a de rompimento com o Antigo Regime, mas de mera “modernização” do sistema político de representação da Nação. Primeiro, porque o povo físico desaparecia, absorvido no e pelo conceito de Nação; e depois, por necessidade lógica, sendo a Nação um ser abstrato

⁵ CC 81-132 DC, 16 de janeiro de 1982, R. p. 18. No caso em apreço, o Conselho havia de se pronunciado sobre a conformidade com a Constituição, e notadamente com o direito de propriedade constando dos artigos 2 e 17 da Declaração de 1789, da lei nacionalizando determinado número de empresas e de bancos.

que só pode se expressar mediante pessoas físicas incumbidas de representá-la. Em suma, a (con) fusão do povo e da Nação, a (con) fusão dos representantes da Nação e do povo-nação: tendo em vista que o povo é a Nação, e que a Nação só pode expressar-se mediante os seus representantes, não há outra expressão da vontade do povo senão a expressada pelos representantes da Nação. O que reivindicava claramente Sièyès quando afirmava sem hesitação que “o povo só pode falar, só pode agir por meios dos seus representantes”.

A constituição-garantia dos direitos, por meio do controle de constitucionalidade que dela decorre, quebra esta fusão. Antes da existência e do desenvolvimento da jurisprudência constitucional, a atividade legislativa dos representantes era diretamente imputada à vontade do povo, sem que se este pudesse protestar, visto que, por definição constitucional, ele não existe de forma separada e independente, porquanto não pode ter vontade fora da expressada pelos representantes. Com o controle de constitucionalidade, os representantes continuam habilitados a expressar a soberania do povo, mas a fusão das duas vontades não é mais possível: por meio da carta dos direitos fundamentais que ele constrói e que desenha o espaço da representação autônoma da soberania do povo, o juiz constitucional está sempre em posição de mostrar – “tendo em vista a constituição”, conforme esta consta nos cabeçalhos das decisões – e, se for o caso, de reprovar a distância entre as exigências constitucionais e as suas traduções legislativas pelos representantes. Ao “mostrar” que os dois espaços podem não coincidir, sendo que, em caso de conflito, o primeiro prevalece sobre o segundo, o juiz proíbe os representantes de pretenderem encanar a soberania, desvelando, desta forma, os seus status de meros delegados, sendo-lhes lembrando em qualquer momento os seus deveres de respeitarem os direitos do soberano. De certa forma, o juiz constitucional desvela o que a representação queria esconder: o esquecimento do povo. Embora afirme a sua existência, a representação faz, de fato, desaparecer o povo, já que estabelece como princípio constitucional que só ele pode se corporificar... por meio das pessoas dos representantes, conforme salientava Sièyès. O juiz constitucional faz renascer o povo como figura autônoma e soberana ao colocar a representação em representação: evidencia ele que a representação é uma cena em que dois atores desempenham papéis diferentes, os eleitos com o papel dos delegados do soberano, e o povo com o papel do soberano.

Esta lógica democrática da separação poderia aplicar-se no campo filosófico ao debate travado em março de 1929, em Davos, entre Heidegger e Cassirer

a respeito da noção de limite para Kant. Ao passo que o primeiro sustentava que o conhecimento só podia cair poeticamente do ser sobre o homem, uma vez que o homem está limitado no seu acesso ao saber, Cassirer, por sua vez, retorquia alegando que a finitude do homem consistia numa distância entre ele e o ser, distância esta que implicaria que o conhecimento do ser se estabeleceria por meio da linguagem, da cultura e de uma política simbólica. Da mesma forma aqui ou a vontade geral está no ser, o ser do Rei ou ser da Nação, pouco importa, e, sendo os homens limitados – “o povo, por ele próprio, quer sempre o bem, mas, por ele próprio, nem sempre o conhece”, escreve o Jean-Jacques Rousseau – cabe aos representantes da Nação “revelar” aos homens a vontade geral; ou então a distância entre a vontade geral e os homens é tal que a única forma de se aproximar dela é por meio da linguagem. No primeiro caso, a democracia é de aclamação, no segundo é de deliberação.

(b) Constituição e deliberação

A constituição-garantia dos direitos deu também ensejo a um rompimento radical com a representação do modo de produção da vontade geral: ao passo que a constituição-separação dos poderes favorecia um regime monopolístico de produção da vontade geral, a constituição-garantia dos direitos, por sua vez, deu espaço a um regime de enunciação concorrencial da vontade geral. Esta mutação decorre indubitavelmente do controle de constitucionalidade, tendo sido o juiz constitucional quem estabeleceu as regras deste novo regime ao conferir uma nova definição da lei. Na sua decisão do 23 de agosto de 1985, CC 85-197 DC, o Conselho firmou entendimento de que “a lei só expressa a vontade geral no respeito à Constituição” (p. 70). Porém, de acordo com a definição constante do artigo 6 da Declaração de 1789, “a lei é a expressão da vontade geral”. Esta mudança de definição da lei – a transição do afirmativo para o negativo, bem como a introdução da condição de constitucionalidade – implica, ao mesmo tempo que legítima, uma mudança do modo de fabricação da vontade geral (ver Blacher, 1999).

O modo decorrente do artigo 6 da Declaração de 1789 é o de uma confecção da lei realizada exclusivamente pelo Parlamento: cabe unicamente aos representantes expressar a vontade geral, de sorte que as leis só expressam a vontade geral pelo fato de serem por eles produzidas; a qualidade da lei e a validade normativa não dependem de nenhuma outra instância; a sanção parlamentar basta para fazer da lei a expressão da von-

tade geral. Ao contrário, o modo decorrente da nova definição conferida pelo Conselho na sua decisão do 23 de agosto de 1985 é o de uma confecção da lei por uma pluralidade de atores: o ator governamental e parlamentar; por óbvio, como também o ator jurisdicional. Com efeito, resulta desta definição que a “fabricação” parlamentar da lei já não é suficiente para garantir a sua validade normativa; a lei só poderá expressar a vontade geral se respeitar a constituição. Dito de outra forma, se o Conselho julgar que um texto aprovado pelo Parlamento não ofende determinado direito ou princípio constitucional, isto é, se o texto for julgar contrário à constituição, não poderia este expressar a vontade geral, não lhe sendo reconhecido, assim, a qualidade de lei.

Este modo concorrencial de produção da vontade geral tem como princípio de funcionamento necessário a deliberação. Já que a vontade geral não está “situada” numa única instituição, já que a vontade geral se constrói confrontando o texto aprovado pelos representantes com as exigências constitucionais, logo a vontade geral só pode ser o fruto de um processo deliberativo, de uma troca de argumentos entre os diferentes atores do regime de fabricação da lei. Em um regime assentado em um único ator, ou num regime baseado na identidade de vontade entre o corpo do povo e o corpo dos representantes, não há necessidade de deliberação ou de debate para construir a vontade geral: ela está no corpo da Nação, e basta, já que há identidade e que o Rei ou os representantes expressam-se para que as suas vontades tenham a qualidade de lei. Por outro lado, sendo os dois corpos separados, nenhum deles poderá possuir exclusivamente a vontade geral, destaca-se, então, a deliberação como princípio constitutivo do modo de produção da lei.

Este princípio nos leva a voltar a uma propriedade muitas vezes esquecida da constituição, a de ser um texto composto de palavras. Um jurista tende naturalmente a pensar que uma constituição é composta de normas, que ela consubstancia um direito “puro”, não sendo, portanto, necessário saber o que a constituição determina ou proíbe: basta ler a constituição, e se preciso for, os seus trabalhos preparatórios, para descobrir a norma, o princípio, a regra que nela consta. Neste regime, uma instituição fala, de autoridade, e o povo aclama. De modo inverso, ao colocar a deliberação como princípio do seu funcionamento, o regime concorrencial de enunciação da vontade geral assume a polissemia das palavras do direito, de forma a abrir espaço para uma política jurídica da argumentação destinada a determinar e construir a normatividade destas palavras. Haja vista que a norma não está nas normas, sendo estas, ademais, polissêmicas, mostra-se imprescindível deba-

ter para decidir dentre todas as possíveis significações que determinada palavra pode ter num dado momento, aquela que será escolhida para “fazer norma”.

Por meio deste funcionamento deliberativo, o regime concorrencial de produção da vontade geral passa a ter duas características “democráticas” – ou que se podem qualificar de “democráticas”. A primeira é que a norma não pode ser transformada em “fetiche”, nem sequer em verdade intangível; decorre ela, após deliberação, de uma escolha entre vários significados concorrentes. A norma não deixa de ser objeto de discussão, podendo mudar no caso de novas deliberações “fazerem jus” a significados que não haviam sido examinados naquela ocasião anterior. Isto é, o que os juristas chamam, pudicamente, de reviravolta jurisprudencial! A essa primeira característica, que faz do regime concorrencial um regime constantemente aberto para a sociedade, cumpre acrescentar o necessário reconhecimento dos direitos fundamentais. Tendo em vista que a vontade geral não é emitida por uma autoridade que a possuiria nela, mas sim construída por meio da deliberação entre atores concorrentes, uma das condições necessárias à formação da vontade geral é a de se garantir o exercício das liberdades permitindo esta deliberação: liberdade de expressão, para defender os diferentes significados que um princípio constitucional pode ter; liberdade de ir e vir, para ir defender em qualquer lugar estas diferenças, direitos de defesa, para a liberdade de expressão ser protegida, liberdade de manifestação, de associação, pluralismo etc. Sem esses direitos, uns que garantem a pessoa no bojo das suas atividades privadas, e outros no bojo das suas atividades públicas, de modo que estas duas categorias de direitos se conciliam e se fortalecem reciprocamente, o princípio de deliberação seria letra morta. A deliberação só se torna um princípio ativo do regime concorrencial de enunciação da vontade geral por intermédio do direito e, em particular, destes direitos fundamentais de valor constitucional que definem o código de realização da atividade deliberativa.

Resta, evidentemente, uma questão, que sempre paira: a do governo dos juízes. O fato de os juízes constitucionais intervirem neste regime concorrencial posicionando-se sobre se o texto aprovado pelos parlamentares merece ser qualificado como lei. Podem eles, por outro lado, recusar esta qualidade a um texto aprovado pelos eleitos do povo. Isso não equivaleria a transferir o poder normativo real dos eleitos aos juízes? Embora polêmica, esta crítica deve ser levada a sério, uma vez que coloca a reflexão diante de uma alternativa: quer o soberano é considerado capaz de produzir diretamente e sem mediação a vontade geral, quer o juiz é supostamente capaz de criar, discricionariamente e sem restrição, o significado da norma; ou a lei é o que o Rei – ou

o Presidente, ou o Parlamento – diz o que ela é, ou a lei é o que o juiz diz o que ela é.

Há de se sair desta alternativa simplista. A palavra do soberano apenas ganha consistência e adquire uma eficácia por meio de uma relação complexa entre esta, tal como transcrita em palavras na Constituição, e todos aqueles que fazem uso dela; é com base nesta relação, e não no gesto unilateral, voluntário e solitário de uma das partes envolvidas nesta relação que se constrói o significado dos enunciados constitucionais e que a palavra do soberano torna-se atuante. E neste jogo complexo de produção de sentidos, a jurisdição constitucional é apenas um dos atores, aquele que obriga aos demais a argumentar as suas leituras de tal ou tal enunciado, a fundamentar a pretensão de validade das interpretações por eles conferidas, que submete à crítica a pertinência dos argumentos, e que sanciona, por meio de sua decisão, o significado do enunciado constitucional que, no momento em que intervém, esta troca permitiu alcançar. O significado pode dar a impressão de resultar de uma criação arbitrária do juiz, como, por exemplo, na “criação” do princípio da dignidade da pessoa humana pela decisão do 27 de julho de 1994, CC 94-343-344 DC (p. 100). No entanto, todo um trabalho prévio de cunho hermenêutico foi realizado no âmbito das assembleias parlamentares, das jurisdições nacionais e europeias, dos comitês e universidades, no âmbito da doutrina, das associações políticas, sindicais e de outros setores categoriais, além da imprensa, todos participaram da preparação destas “criações” constitucionais. Estas criações não são, portanto, a expressão de uma vontade de poder do juiz constitucional, a quem caberia exclusivamente desvelar a verdade da constituição, absorvendo e submetendo os demais aos seus oráculos. O juiz é apenas um elemento da cadeia argumentativa que intervém num dado momento para sancionar o sentido de um enunciado constitucional por meio da sua decisão, sem contudo que esta sanção interrompa o andamento desta cadeia: continua ela a viver, pois o sentido produzido abre para novos debates e novas reflexões, no âmbito das assembleias, das jurisdições, da doutrina, e que podem, mais tarde, produzir uma nova interpretação. O juiz constitucional não governa, ele é sim o órgão regulador do regime concorrencial de enunciação da vontade geral.

(c) Constituição e sociedade dos indivíduos

A constituição-garantia dos direitos deu ensejo a um rompimento radical no que diz respeito à representação da “coisa comum”: ao passo que a constitui-

ção-separação dos poderes tem por objeto o Estado, a constituição-garantia dos direitos, por sua vez, tem como projeto a sociedade dos indivíduos. Este deslocamento é também a consequência lógica do controle de constitucionalidade. Pelo fato de ter sido provocado para examinar as leis relativas à família (o “Pacs”), ao trabalhador (a jornada de 35 horas), ao consumidor (o conselho da concorrência), ao portador de doença (seguridade social), aos estudantes (universidade), ao telespectador (concentração das empresas de mídia), ao administrado, foi necessariamente levado a estabelecer o que decano Georges Vedel chamava de “as bases constitucionais” das atividades sociais e privadas dos indivíduos, e não apenas as bases constitucionais da atividade dos homens políticos. Desta feita, a constituição não é só uma constituição do Estado, mas também uma constituição da sociedade, uma vez que todas as atividades dos indivíduos alcançadas pelo direito podem ser abarcadas pela constituição; o que, no linguajar jurídico chamamos de “constitucionalização” do direito civil, do direito do trabalho, do direito social, do direito comercial, do direito administrativo, do direito penal etc., quer seja, pela ideia de que todos os ramos do direitos, e não apenas o direito político, encontram os seus princípios na constituição.

De resto, que a constituição seja o ato que informa – no sentido filosófico do termo – a sociedade, só configura um rompimento a tendência de pensar a constituição como ato organizando os poderes públicos, cabendo ao Código Civil, que segundo Jean Carbonnier caracterizava a verdadeira constituição da França, regulamentar a sociedade. De acordo com a Declaração de 1789, esta concepção “societária” da constituição é menos um rompimento do que uma continuidade. Com efeito, em virtude do artigo 16 desta Declaração, o objeto da constituição não é o Estado, mas sim a sociedade. Reza o artigo 16 que “A sociedade, em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. “A sociedade”, e não o “Estado”! Quando Montesquieu imaginou a constituição ideal, partiu de uma análise da sociedade, de uma análise dos “poderes sociais” – nobreza, burguesias etc. – buscando, desta forma, criar uma estrutura de poder expressando a estrutura social; quando Rousseau redigiu o seu projeto de constituição para a Córsega, o seu trabalho teve explicitamente como base e objetivo a estruturação do corpo social daquela jurisdição. Esta concepção da constituição-expressão da sociedade foi desmoronando à medida que foi prevalecendo, durante todo o século XIX, a ideia de que a ela só caracterizava o estatuto especial dos go-

vernantes; concepção esta que está reaparecendo com o surgimento e o desenvolvimento da justiça constitucional, que contribui para projetar a constituição sobre o conjunto das atividades sociais.

Indiretamente, mas necessariamente, esta concepção “societária” da constituição produz também efeitos no âmbito de incidência da separação dos poderes. Ao restringir o objeto da constituição ao Estado, a exigência de separação dos poderes estabelecida pelo artigo 16 da Declaração de 1789 acaba por só se aplicar aos poderes do Estado – os poderes executivo, legislativo e judiciário. Sendo a sociedade o campo de incidência da constituição, a exigência de separação passa a se aplicar a todos os poderes em vigor nesta sociedade: os poderes econômico, midiático, religioso etc. A constituição há de alcançar todos estes poderes, estes terceiros-poderes, que são tudo no funcionamento de uma sociedade, que nada têm sido até agora na ordem constitucional e que não têm sido alguma coisa, para fazer eco à conhecida brochura de Siéyès publicada na véspera da Revolução. Que, por exemplo, a constituição passe a assumir o “quarto poder” e estabeleça os princípios de forma a garantir a independência dos cidadãos em relação aos poderes político e econômico; que ela confira a um Conselho Econômico e Social modificado, os meios de fazer participar a sociedade civil organizada na formação da vontade geral.

Ao dirigir-se à sociedade, a constituição acaba por também se dirigir aos indivíduos que a compõem, participando, desta forma da construção da identidade destes num momento especial da história política. A questão política não é mais hoje apenas a questão do indivíduo, nem sequer a de uma sociedade composta de indivíduos fluidos, segundo a expressão de Pascal Michon (2008). Contudo, esta questão ficou hoje sem resposta. Ou, para melhor dizer, as respostas de outrora não “funcionam” mais: Deus, a Nação, as classes sociais, todas essas noções que deram aos indivíduos um sentimento de pertencimento comum – à comunidade cristã, à comunidade nacional, à comunidade sócio-profissional – não são mais os operadores eficientes do sentido comum dos indivíduos. Nesta configuração histórica, a constituição, renovada por meio do controle de constitucionalidade, pode ser considerada como este instrumento comum aos indivíduos em que se reconhecem nas suas peculiaridades, nos seus próprios ritmos, como também nos valores partilhados. São estes os valores constitucionais comuns que Habermas chama “patriotismo constitucional”. Como um verdadeiro espelho mágico, a constituição afigura-se como um texto laico, um conjunto de princípios partilhados, um lugar onde o indivíduo moderno “desencantado” pode reconstruir

uma identidade comum. Ou seja, trabalhador, consumidor, eleitor, parente, proprietário, crente, livre pensador etc., todas estas qualidades e ritmos de vida passam por versar – no sentido químico do termo – no ser de direito, no sujeito de direito que o indivíduo encontra na constituição. Tendo os indivíduos se tornando fluidos, a constituição é o que os impede de flutuar, dando-lhes um ponto fixo com o qual articulam-se todas as suas atividades. Ponto com base no qual estas atividades podem ser refletidas, discutidas, criticadas e julgadas. Pois a imagem que a constituição projeta de cada um é mais investida de desejos e de promessas do que propriamente de objetividade: a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade individual, a fraternidade são, entre outras, as características desejadas, esperadas, sonhadas da figura do sujeito de direito que, por sua vez, a exclusão, as desigualdades, as injustiças e a dominação desmentem diariamente. E é precisamente desta distância entre as promessas constitucionais de igualdade, de liberdade e de solidariedade com a miséria do mundo, que nasce a possibilidade de uma crítica desta realidade, e de uma ação política para mudá-la. E é por isso que a identidade constitucional está diante de cada um, sendo o horizonte da exigência democrática.

Conclusão: a democracia como horizonte

Separação, ao invés de fusão; deliberação, ao invés de revelação; sociedade dos indivíduos, ao invés de Estado. Estes novos traços que distinguem o constitucionalismo contemporâneo e transformam a configuração democrática geram, evidentemente, discussões. Longe de ver nela uma doutrina mais exigente da democracia, alguns analisam esta “democracia pela constituição” como a volta do teológico-político: o direito como religião e o juiz constitucional na posição do sumo sacerdote (Rials, 1991, p. 163). Outros denunciam uma concepção liberal (Denquin, 2006) ou aristocrática do poder que, por meio do controle de constitucionalidade, busca manter o povo fora do jogo político (Brunet, 2005, p. 115). E alguns sociólogos pensam poder detectar, na ideia de democracia constitucional, um desejo de poder dos juristas, e especialmente dos professores de direito, ao serviço de um mecanismo sofisticado de desapropriação do poder dos cidadãos em prol dos juizes, mecanismo que visa, portanto, legitimar esta nova delegação de poder (François, 1993).

Importa levar a sério estas diversas análises acerca do sentido do constitucionalismo contemporâneo. Primeiro porque para falar como Montaigne, “nunca temos absoluta certeza quanto ao fundo da nossa loja”. Segundo, porque estas análises exigem cada vez mais

rigor acadêmico na apresentação deste novo constitucionalismo. Em último lugar, porque conduzem a uma reflexão acerca dos motivos destes diferentes aspectos de inteligibilidade deste constitucionalismo. Sem pretender identificá-las de forma exaustiva, cumpre destacar uma destas razões constantes de todos estes escritos críticos: a adesão a uma definição essencialista da democracia. É, com efeito, em nome da democracia eleitoral e do sufrágio universal como único princípio de legitimidade democrática que se considera que “a democracia pela constituição” estabelece um regime político liberal, aristocrático ou contra os cidadãos.

Esta forma de compreender o sentido do constitucionalismo contemporâneo leva à naturalização de uma forma histórica de democracia que impede de pensar o tempo presente. A forma eleitoral da democracia, que é produto da história, é uma forma superável da democracia; este é o espírito da noção de “democracia contínua” que propus em 1992 e venho sustentando desde então. “Contínua” para enfatizar o fato de que a democracia não se cristaliza nos momentos eleitorais; para dizer, também, que ela se constrói ao descomplexizar os múltiplos ritmos políticos; para ressaltar que este processo assume formas variadas, das quais a forma jurisdicional é uma delas. Outrossim, para asseverar que constituição é este lugar em que estes diferentes ritmos, eleitorais ou não eleitorais, podem articular-se de forma coerente e ganhar sentido. Para dizer enfim,

e mais modestamente, que a democracia será sempre um horizonte!

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 les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. In: O. JOUANJAN; C. GREWE; E. MAULIN; P. WACHSMANN (org.), *La notion de justice constitutionnelle*. Paris, Dalloz, p. 115-135.
- CARRÉ DE MALBERG, R. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Economica, 228 p.
- DENQUIN, J.-M. 2006. Eléments pour une théorie constitutionnelle. *Annales de la faculté de droit Strasbourg*, 8:101-142. (Nouvelle Série).
- FRANÇOIS, B. 1993. Justice constitutionnelle et ‘démocratie constitutionnelle’. In: J. Chevallier et al. (org.), *Droit et Politique*. Paris, PUF, p. 53-64.
- GUIOMAR, J.-Y. 1974. *L'idéologie nationale*. Paris, Champ libre, 285 p.
- KELSEN, H. 2004. *La démocratie, sa nature, sa valeur*. Paris, Dalloz, 121 p.
- MICHON, P. 2008. *Les rythmes de la politique: démocratie et capitalisme mondialisé*. Paris, Les Prairies ordinaires, 325 p.
- PINON, S. 2006. La notion de Démocratie dans la doctrine constitutionnelle française. *Politeia*, 10:407-468.
- RIALS, S. 1991. Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme. *Le Débat*, 64:159-175.
- <https://doi.org/10.3917/deba.064.0159>

Submetido: 07/11/2018

Aceito: 08/12/2018