

O TRIUNFO DE SIEYÈS

*Edilson Pereira Nobre Júnior**

Dentre os movimentos revolucionários irrompidos no século XVIII, destaque maior angariou a Revolução Francesa, mediante a qual se golpeou 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 duma 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 03 de setembro de 1791, foi consequência do surgimento do novo conceito de soberania, a qual se deslocou da figura do monarca para a do povo. Resultando sua elaboração do órgão de representação popular, e, de 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, 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.

Vislumbra, igualmente à crença que então atormentava a América, a supremacia não da lei, mas da Constituição, como norma suprema do Estado, com a diferença que não confiava tal função aos membros do Judiciário, em virtude de aspecto peculiar à sociedade

* Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

¹ Para se ter uma impressão da supremacia da lei, no Estado inaugurado pelos franceses, conferir o relato histórico de 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” (**La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 111).

francesa, marcada por uma forte desconfiança nos juízes, forjada pela memória acerca do funcionamento das cortes superiores 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 aceita, 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.

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

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 (DC 71-44, de 16-07-71, relacionada à liberdade de associação), papel reforçado com a reforma constitucional de 1974.

Esse papel ativo na tutela dos direitos e liberdades fundamentais 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 atividade⁴, a um autêntico tribunal ou corte constitucional.

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 Parlamentos, havendo nestes 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 (**Napoleão e seus colaboradores**: a construção de uma ditadura. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2008, p. 22 e 43-48). Outras tentativas, a esse respeito, podem ser exemplificadas pelo Senado de Luís Napoleão, prevista na Constituição de 14 de janeiro de 1852 (Segundo Império), como o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas e, posteriormente, o Comitê Constitucional da Lei Máxima de 1946.

⁴ A interpretação da Lei Maior de 1958 se tem 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.

Tanto assim que François Luchaire⁵ 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 institucional (partícipe do processo de criação das leis), do Conselho Constitucional, muito embora relate que a maioria dos autores se tem posicionado favoravelmente a primeira corrente.

Por seu turno, Louis Favoreu, 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”⁶.

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 se 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, poderá igualmente 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.

⁵ **Le Conseil Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Economica, 1997. Tomo I, p. 48- 53.

⁶ “Le Conseil constitutionnel fait partie de la Famille des Courts et tribunaux constitutionnels qui ont été créé en Europe après la deuxième guerre mondiale, d’abord en Allemagne, Autriche ou Italie, puis em Espagne, Portugal Belgique et enfin se sont multipliés, après la chute du mur de Berlin, dans lês pays d’Europe central et orientale (...). Il présente lês 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: <www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 26 ago. 2005. Tradução nossa).

Cioso da necessidade duma 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 duma lei promulgada quando do exame duma nova lei, desde que esta venha: a) modificar a antiga; b) completar a anterior; c) afetar o domínio da lei antecedente⁷.

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 exceção⁸.

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”⁹.

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

⁷ Outra oportunidade e que, segundo Thierry di Mano (*Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d’office*. Paris: Economica, 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 abrogação.

⁸ O texto original da proposição é encontrado em François Luchaire (*Le Conseil Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Economica, 1997. Tomo I, p. 191-192).

⁹ Lorsque, à occasion d’une instance en cours devant une jurisdiction, 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 delais déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présente article”. Disponível em: <www.senat.fr/connaitre/constitution.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2010. Tradução nossa.

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; 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.

Daí se tem que tal reforma mudou consideravelmente a face da fiscalização de constitucionalidade na França, a qual: a) não mais se manifesta unicamente de forma prévia, podendo agora ser manejada posteriormente ao ingresso da norma impugnada no sistema jurídico; b) a legitimidade para a sua 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.

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 de Hamilton e Marshall na América do Norte.