

O LUGAR DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PRODUÇÃO DAS NORMAS: ESTUDO DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)*

Arthur Dyevre**

I. A abordagem socio-política da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais na Alemanha e na França; A. O fraco desenvolvimento dos estudos socio-políticos sobre a atividade normativa do Conselho Constitucional; B. O fraco desenvolvimento dos estudos socio-políticos sobre o Tribunal Constitucional Federal; C. Os modelos socio-políticos desenvolvidos; 1. O modelo “attitudinal”; 2. O modelo institucionalista; a) O modelo institucionalista externalista; b) O modelo institucionalista internalista; 3. Os outros modelos; a) O modelo interativo de Stone; b) A teoria da coação jurídica; D. O valor heurístico da abordagem sociológica; II. A abordagem normativista e o seu interesse heurístico; III. A doutrina constitucional tradicional: socio-política ou normativista?; A. A doutrina constitucional: um empreendimento sociológico?; B. A doutrina constitucional: uma abordagem normativista da atividade normativa do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional Federal?; C. Crítica da doutrina constitucional francesa e o do Staatsrechtslehre; Conclusão.

RESUMO

Analisa-se comparativamente a produção normativa do Conselho Constitucional Francês e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, à luz de um olhar crítico acerca das abordagens, socio-política e normativista, feitas ao desempenho destas duas

* Este artigo é procedente de uma intervenção no Colóquio Franco-Alemão organizado em conjunto pelo DHV Speyer e pela Universidade Paris I - Panthéon Sorbonne nos dias 2, 3 e 4 de março de 2006. Agradecemos aos professores Jean-Claude Colliard, Bertrand Mathieu, Karl- Peter Sommermann e Franz Meyer pelos seus preciosos comentários e observações. A tradução foi realizada por Valeschka e Silva Braga, professora do Curso de Direito desta Faculdade, afastada para Doutorado na França.

** Mestre em Direito Comunitário e em Direito Comparado dos Estados Europeus, pelas Universidades Montesquieu - Bordeaux IV e Paris I - Panthéon Sorbonne, respectivamente; LL.M. Magister Legum (Mainz, Allemagne); Doutorando da Universidade Paris I-Panthéon Sorbonne; Professeur à Paris X – Nanterre (já tendo ensinado Direito Constitucional, Teoria do Direito e Ciência Política). Autor de artigos doutrinários publicados na *European Law Review* e na *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*.

Cortes e do estudo de teorias que possam fundamentar este trabalho de construção jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade normativa. Conselho Constitucional. Tribunal Constitucional Federal.

Tendo em vista a importância do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional Federal (a seguir chamado “TCF”) nos seus respectivos sistemas, a presente contribuição examina as diferentes perspectivas teóricas a partir das quais é possível estudar a atividade normativa destes dois órgãos jurisdicionais. A partir da distinção entre três tipos de abordagem da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais, esboça-se uma situação geral da investigação sobre estas duas Cortes Constitucionais. Constatam-se um fraco desenvolvimento das investigações socio-políticas e uma dificuldade da doutrina jurídica - igualmente da doutrina constitucional francesa e do *Staatsrechtslehre* alemão - para articular hipóteses explicativas convincentes com objetivos heurísticos claros. Conclui-se por algumas considerações oportunas relativas à orientação a ser tomada na investigação sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais.

Os números dão-nos uma primeira idéia da importância destes dois órgãos jurisdicionais no seu sistema político-jurídico respectivo. Relativamente ao TCF, em primeiro lugar: 40.000 páginas de decisões publicadas desde 1951; mais de 150.000 procedimentos desenvolvidos desde esta data; 408 leis e regulamentos federais e 159 leis ou regulamentos que emanam dos *Länder* declarados, total ou parcialmente, não-conformes à Lei Fundamental entre 1951 e 2004; 1799 decisões de justiça invalidada, apenas entre 1991 e 2004.¹

Quanto ao Conselho Constitucional: 122 decisões invalidando medidas legislativas - leis comuns ou leis orgânicas - entre 1973 e 1997 (correspondendo a 209 casos de anulação); quase 30% das medidas legislativas adotadas pelo Parlamento foram submetidas ao Conselho durante o período 1981-1993; e perto da metade das medidas submetidas durante este período foram anuladas, total ou parcialmente, pelo Conselho.²

Mas estes números não são suficientes se se quer ter uma idéia correta da atividade e dos papéis destes órgãos jurisdicionais. O conteúdo das decisões certamente adotadas é igualmente importante. Ora, este revela-se às vezes difícil de reconciliar com uma interpretação plausível dos textos constitucionais.

O TCF desenvolveu uma concepção da proteção dos direitos fundamentais que parece ir para além da sugerida pela leitura da Lei Fundamental. Qualquer ação ou inação individual é protegida pelo Tribunal em nome de um direito fundamental específico, se não em nome da liberdade geral de fazer ou de não fazer o que se quer: galopar a cavalo na floresta³, dar comida aos pombos na via pública⁴... Sobretudo as fórmulas associadas a este desenvolvimento: “a

ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais” (« *objektive Wertordnung der Grundrechte*»), o “princípio da proporcionalidade” (« *Verhältnismässigkeits-prinzip* »), “a efetividade dos direitos fundamentais” (« *Grundrechtseffektivierung* ») não aparecem no texto da Lei Fundamental, mas são criações do TCF.⁵

As mesmas observações podem ser feitas, *mutatis mutandis*, em relação ao Conselho Constitucional. Este desempenha hoje um papel de primeiro plano no sistema político-jurídico francês. Um lugar que não corresponde de forma alguma ao que os editores da Constituição de 1958 destinaram-lhe. A política jurisprudencial do Conselho, desde a sua famosa decisão de 1971⁶, pode ser analisada como uma verdadeira revolução jurídica no sentido técnico do termo. A extensão do controle de constitucionalidade ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos direitos do homem e o cidadão fez-se fora do procedimento previsto no artigo 89 pelo Poder Constituinte. Mais recentemente, o Conselho afirmou que a “dignidade humana” constituía igualmente uma regra constitucional⁷, sem que se possa, certamente, inferi-lo - em todo caso de acordo com as regras da lógica - dos textos constitucionais.

Se se admitir a importância da atividade normativa destas Cortes, é interessante, e mesmo necessário, estudar esta atividade para compreender os regimes políticos francês e alemão.

Pode-se interessar pela produção normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais de diversas perspectivas teóricas, as quais correspondem a preocupações heurísticas e fundamentos epistemológicos distintos. É possível distinguir em três tipos as teorias da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais:

(1) as teorias prescritivas. Estas teorias propõem-se a formular prescrições relativas à maneira pela qual os juízes devem decidir. Trata-se de determinar os critérios morais de uma decisão jurisdicional justa sem se limitar a descrições e ao que é demonstrável de acordo com as exigências de uma epistemologia empírica.⁸ A perspectiva escolhida é a da Filosofia Política. De tais teorias pode-se extrair, concretamente, um discurso de valorização das políticas jurisprudenciais efetivamente buscadas pelas jurisdições, estas políticas sendo apresentadas como justificadoras em relação às teorias propostas. Mas elas podem também, contrariamente, apoiar um discurso crítico sobre a totalidade ou parte destas políticas jurisprudenciais e ordenar aos juízes reorientações mais ou menos radicais. Para os juristas, estas teorias juntam-se à fixação tradicional a idéia de que a doutrina jurídica, constitucional ou não, deve ser “uma fonte do direito”.⁹

(2) as teorias sociológicas (sinônimo de “socio-políticas”). Trata-se para estas teorias de descrever os comportamentos e as estratégias de decisão dos juízes constitucionais. Elas procuram estabelecer relações de causalidade entre certos fatos ou fenômenos constatados ou prováveis - por exemplo, a origem socio-política dos juízes constitucionais, aquilo que

eles comeram no café-da-manhã, uma certa probabilidade de que os outros órgãos recusem-se a se conformar às decisões das Cortes, ou o grau de tecnicismo jurídico dos debates parlamentares que precedem o voto de uma lei - e certos dados jurídicos - considerados aqui as decisões dos órgãos jurisdicionais constitucionais. Por outras palavras, estas teorias têm por variável dependente a produção normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais e tentam destacar as variáveis independentes suscetíveis de afetar esta produção. Elas formulam teses capazes de serem corroboradas por observações empíricas.

(3) as teorias *normativistas positivistas*. As teorias deste tipo estudam as relações de imputabilidade e de conformidade entre as decisões dos órgãos jurisdicionais e as outras normas do sistema jurídico que os juízes são supostamente compelidos a aplicar e a concretizar. São teorias descritivas - embora o seu objeto de estudo seja normativo - solidárias de uma epistemologia empírica¹⁰ (na medida em que se interessam unicamente pelas normas postas por um ato humano e pertencentes a um sistema de normas hierarquizado, aprovado e globalmente eficaz).

Alguns contestarão evidentemente os postulados ontológico-epistemológicos desta tipologia.¹¹ Contudo, desde que ela seja admitida, qualquer estudo da atividade normativa do Conselho Constitucional ou do Tribunal Constitucional Federal deve necessariamente inscrever-se em uma destas três abordagens.

Pondo de lado as teorias de tipo (1), vamos agora comentar um pouco mais acerca das teorias dos tipos (2) e (3), bem como dos trabalhos que se inscrevem no seu quadro teórico respectivo. Tentaremos, mais especificamente, elucidar os pontos seguintes:

Em primeiro lugar, tratar-se-á de pôr em destaque o que estas teorias permitem compreender da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais - em outros termos, o seu interesse heurístico.

Em seguida, tratar-se-á de apreciar o desenvolvimento das investigações que se inscrevem no âmbito destas teorias e as hipóteses explicativas que elas propõem.

Por último, tratar-se-á de determinar como se situa a doutrina constitucional tradicional, na França e na Alemanha, em relação a estas abordagens teóricas.

Trataremos estes pontos expondo o desenvolvimento das investigações socio-políticas sobre o TCF e sobre o Conselho Constitucional (I), esclarecendo os objetivos heurísticos que subjazem à abordagem normativista (II) e, finalmente, tentando situar a doutrina jurídica tradicional, o *Staatsrechtslehre* e a doutrina constitucional francesa, em relação a estas duas abordagens (III).

I. A ABORDAGEM SOCIO-POLÍTICA DA ATIVIDADE NORMATIVA DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS CONSTITUCIONAIS NA ALEMANHA E NA FRANÇA

Se se começa a olhar do lado dos estudos socio-políticos sobre o Conselho Constitucional e sobre o TCF, constata-se que os trabalhos deste tipo são relativamente raros. Na Europa continental, os juristas têm sempre, e quase exclusivamente, o monopólio do discurso sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais e sua atividade normativa. Os cientistas políticos não se interessam, ou se interessam pouco, aos órgãos jurisdicionais. Há lá um nítido contraste com o que prevalece no mundo universitário anglo-saxão, notadamente no americano. Nos Estados Unidos, existe, assim, ao lado da imensa literatura produzida pelos juristas, uma verdadeira indústria de estudos socio-políticos sobre a Corte Suprema e os seus juízes.¹² Além disto, não é surpreendente que, entre os raros estudos socio-políticos consagrados ao Conselho Constitucional ou ao TCF, os melhores sejam obra de cientistas políticos americanos.

A. O FRACO DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS SOCIO-POLÍTICOS SOBRE A ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

Na França, o primeiro trabalho do tipo é a tese de doutorado de Alec Stone (que se tornou posteriormente Alec Stone Sweet) *The Birth of Judicial Politics in France*.¹³ Além de um estudo da maneira como os outros atores institucionais, notadamente o governo e os deputados reagem e antecipam as decisões do órgão da “rue de Montpensier”^{NT}, Stone propõe, numa perspectiva neo-institucionalista, conceitualizar o Conselho, não como um órgão jurisdicional, mas como uma terceira câmara do Parlamento: um órgão composto de membros que têm uma verdadeira agenda política e dos quais as estratégias de decisão dependem, além disso, das respectivas posições ideológicas da maioria detentora do poder e da oposição.

Mais recentemente, Alec Stone Sweet desenvolveu e formalizou um modelo interativo de desenvolvimento do Direito Constitucional Jurisprudencial e judicialização do sistema político¹⁴ que aplica ao Conselho Constitucional, sobre o qual se retornará rapidamente *infra*.

Na esteira de Stone, outros estudos socio-políticos sobre o Conselho Constitucional apareceram. Pode-se citar o de Jacques Meunier¹⁵ e o de Bastien François¹⁶, este último retomando, em parte, as análises e modelos propostos por Stone. Michel Troper e Véronique Champeil-Desplats¹⁷ propuseram igualmente um modelo de análise da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais destinado a ser aplicável ao Conselho Constitucional. Mas nenhuma investigação de grande envergadura foi ainda efetuada no âmbito da sua “teoria da coação jurídica”.

B. O FRACO DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS SOCIO-POLÍTICOS SOBRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Na Alemanha, o pioneiro dos estudos socio-políticos sobre o Tribunal de *Karlsruhe* é igualmente de origem americana. Donald Kommers foi um dos primeiros a interessar-se ao TCF e à sua atividade normativa sob um ângulo ligeiramente diferente daquele do *Staatsrechtslehre* e mais próximo da Ciência Política.¹⁸ Outros estudos se seguiram. Podem-se citar os trabalhos de Christine Landfried¹⁹ e Klaus Stüwe.²⁰ Este último propõe uma análise muito interessante da atividade do TCF no âmbito do controle abstrato [de constitucionalidade], quando ele é desencadeado pela oposição. Recentemente, outro autor americano, Georg Vanberg, desenvolveu um modelo relativamente complexo - formalizado matematicamente e repousando sobre certas hipóteses da teoria dos jogos - das relações entre legislador e Tribunal Constitucional que ele aplica a uma parte do contencioso constitucional alemão.²¹

C. OS MODELOS SOCIO-POLÍTICOS DESENVOLVIDOS

Examine-se algumas das hipóteses explicativas da atividade normativa dos juízes constitucionais desenvolvidos nestes trabalhos. Note-se que os trabalhos recentes são marcados por postulados de análise estratégica²², característica neo-institucionalista²³ e da teoria das escolhas racionais - as correntes dominantes na Ciência Política anglo-saxã.²⁴

1. O modelo “attitudinal”

Um primeiro modelo explicativo é o modelo “attitudinal”. Ele consiste a explicar as decisões dos órgãos jurisdicionais a partir das “atitudes”, ou seja, das preferências dos juízes que os compõem. Os juristas e, sobretudo, os juízes detestam este tipo de abordagem, porque apresenta a decisão jurisdicional como produto de considerações subjetivas.²⁵ De fato, eles não apreciam a idéia segundo a qual os magistrados possam ser “partidários”, “políticos”, “arbitrários”. Precise-se, no entanto, que, para os defensores deste modelo, as preferências dos juízes constitucionais não se confundem necessariamente com as dos titulares dos órgãos o que nomearam. Em outras palavras, as preferências políticas dos juízes não excluem necessariamente as posições dos partidos políticos existentes. Não é necessário confundir “preferências” com “solidariedades políticas”.

Enquanto este modelo é retomado por um grande número de trabalhos sobre a política decisional da Corte Suprema Americana²⁶, este modelo não é utilizado nas investigações relativas às Cortes Constitucionais europeias. A razão é provavelmente bastante simples. As condições que justificam, do ponto de vista neo-institucionalista, o recurso a este modelo no contexto americano são ausentes no contexto europeu.

Primeiramente, enquanto os juízes da Corte Suprema são nomeados em caráter vitalício, os juízes constitucionais europeus são nomeados por um

período mais limitado - 9 anos para os juízes constitucionais franceses, 12 anos para os juízes constitucionais alemães.

Em segundo lugar, em virtude mesmo da duração limitada das suas funções, os que ocupam a função de juiz constitucional, na França ou na Alemanha, são suscetíveis de prosseguir uma carreira e de aspirar a novas funções após o seu mandato na Corte ou no Conselho. No sentido contrário, os juízes da Corte Suprema Americana sabem que terminarão a sua carreira (acrescida, talvez, a de bisavô) na toga de juiz.²⁷

Em terceiro lugar, os juízes constitucionais europeus não têm, ao contrário dos juízes da Corte Suprema, competência arbitrária sobre os casos que examinam. Assim, eles não podem decidir examinar unicamente os casos que os interessam.²⁸

Estes fatores limitam, indubitavelmente, o jogo das preferências pessoais no contexto europeu geral e, em especial, no franco-alemão. Ademais, a utilização do modelo *attitudinal* confronta-se com um obstáculo prático conhecido: o do acesso aos dados relevantes. As deliberações do Conselho Constitucional e do TCF²⁹ são secretas. As opiniões dissidentes podem certamente ser publicadas na Alemanha.³⁰ Mas isto é, em contrapartida, proibido na França. O que impede a deturpação, por observações empíricas, de hipóteses relativas ao peso das supostas preferências individuais dos juízes constitucionais nas suas escolhas decisivas.³¹ Isto explica porque os estudos sociológicos sobre o TCF e sobre o Conselho Constitucional inspiram-se mais no modelo institucionalista, internalista ou externalista.

2. O modelo institucionalista

Mesmo se se reconheça que as preferências dos juízes são suscetíveis de desempenhar um papel no cálculo da decisão³², os partidários das teorias institucionalistas acentuam sobretudo as estruturas institucionais e o ambiente político dos órgãos jurisdicionais constitucionais. Pode-se, a partir daí, distinguir duas alternativas do modelo institucionalista: o modelo institucionalista externalista e o modelo institucionalista internalista.

a) O modelo institucionalista externalista.

O modelo institucionalista externalista acentua diferentes parâmetros:

- as posições ideológicas dos outros órgãos, em especial do legislador e do governo,
- a possibilidade e a dificuldade destes órgãos em inverter as decisões dos juízes constitucionais, e/ou
- a opinião pública e a sua atitude no que diz respeito ao órgão jurisdicional constitucional.

De acordo com este modelo, os juízes constitucionais antecipam as reações dos outros órgãos - e, de acordo com os modelos escolhidos, da opinião pública - às suas decisões tendo em conta, se for caso, a dificuldade destes órgãos em invalidar as suas decisões modificadoras da Constituição. Fazendo assim, procuram assegurar-se de que as suas decisões serão aplicadas e que não ferirão, no futuro, a legitimidade da instituição. Este objetivo explica, ao mesmo tempo, que os juízes afastam certas escolhas - mesmo se elas são mais próximas das suas preferências brutas. Os juízes não reterão as decisões suscetíveis de provocar uma contra-reação tal que os outros órgãos recusar-se-iam a respeitar ou que poderiam mesmo gerar uma revisão constitucional.

Muito utilizado nas investigações sobre a Corte Suprema³³, este modelo está incluído igualmente nos trabalhos sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais europeus. Os trabalhos de Stone e de Vanberg são, a título exemplificativo, bastante próximos deste modelo.³⁴

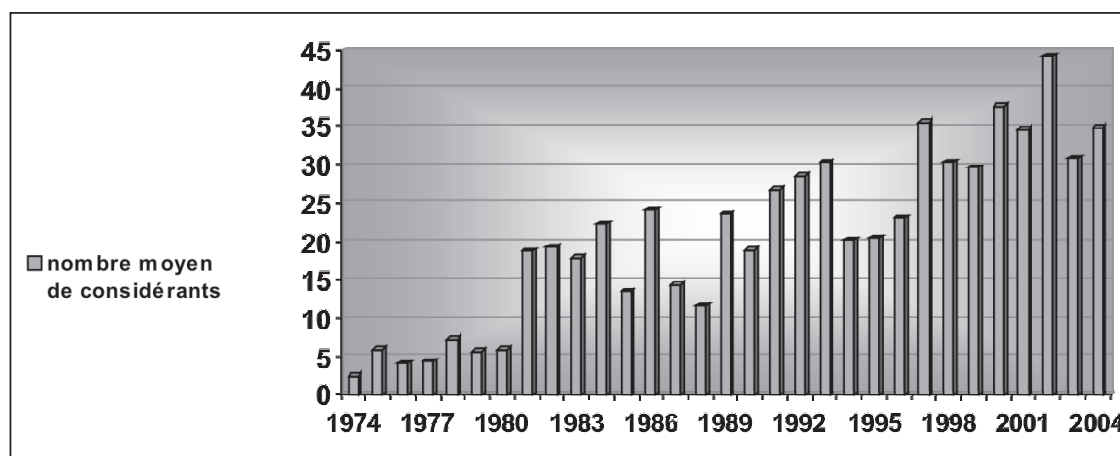
Eis como Stone modela a coação à qual os juízes constitucionais submetem as suas escolhas decisórias:



Figura 1: o cálculo decisório do juiz constitucional de acordo com Alec Stone Sweet.³⁵

O ponto A.1 representa a solução preferida de uma das partes no litígio constitucional – por exemplo, o governo e a sua maioria parlamentar. O ponto B.1 representa a solução preferida da outra parte – no exemplo dado, a oposição. O espaço entre A.1 e A.2 representa as soluções jurisdicionais às quais, de acordo com os juízes constitucionais, o governo e a sua maioria não recusarão a conformar-se. O espaço entre B.2 e A.2 representa o conjunto das soluções que porão termo ao litígio entre ambas as partes e assegurarão o respeito da decisão. O cálculo de decisão dos juízes constitucionais é, de acordo com Stone, essencialmente, um cálculo de legitimidade. Trata-se, para eles, de manter a legitimidade e a imagem de neutralidade do tribunal junto à maioria e à oposição. Ora, escolhendo uma decisão no espaço B.2-A.2, eles oferecem as melhores possibilidades de atingir estes objetivos. O crescimento das decisões de anulação parcial ou as reservas de interpretação refletem, segundo Stone, uma estratégia, por parte dos juízes constitucionais, para evitar algo: eles evitam, assim, designar um vencedor e um perdedor no contencioso constitucional. As estatísticas indicam, de resto, que o número de reservas de interpretação, nas decisões do Conselho, tende a aumentar quando o antagonismo entre a maioria e a oposição é mais forte, exatamente após uma alternância [no poder].³⁶ O que corroboraria a idéia segundo a qual o Conselho utiliza esta técnica para manter a sua imagem de neutralidade.

Stone acrescenta que em certos casos - *hard cases* – não haverá espaço entre B.2 e A.2.³⁷ Nesta hipótese, a argumentação será o único instrumento à disposição dos juízes para preservar a sua imagem de neutralidade e, assim, a sua legitimidade. As estatísticas relativas ao Conselho Constitucional sugerem a existência de uma relação entre a argumentação dos juízes constitucionais e o grau de polarização ideológica dos outros atores acerca da questão examinada. O número médio de considerandos nas motivações das decisões do Conselho tem assim tendência a aumentar após uma alternância, quando o Conselho pronuncia-se acerca de medida legislativas particularmente controvertidas³⁸:



Quadro 1: Número médio de considerandos por decisão constitucional no período de 1974 a 2004.

b) O modelo institucionalista internalista

O modelo institucionalista internalista acentua a estrutura interna dos órgãos jurisdicionais e o processo de deliberação que precede a adoção de uma decisão. De acordo com este modelo, os juízes procuram assegurar-se de que a decisão finalmente adotada será tão próxima quanto possível das suas preferências políticas, determinando as suas escolhas a partir das posições e ações dos seus colegas. Para distinguir este modelo do modelo *attitudinal*, os juízes estão preparados para defender escolhas que não correspondem exatamente às suas preferências, pesando assim sua decisão. Em resumo, o processo de deliberação é uma negociação que obedece, ela mesma, às estratégias individuais dos juízes.

Desenvolvido nos Estados Unidos³⁹, este modelo é retomado por Jacques Meunier que o explora para perceber as estratégias de decisão do Conselho Constitucional.⁴⁰

3. Os outros modelos

a) O modelo interativo de Stone

Alec Stone apresenta um esquema interativo que modela as interações entre um legislador (maioria parlamentar e oposição) e um Tribunal Constitucio-

nal. Este esquema, aqui reproduzido na figura abaixo, visa sobretudo explicar o desenvolvimento cumulativo das normas jurisprudenciais, que alguns chamam o “Direito Constitucional Jurisprudencial”, e a importância crescente do Tribunal Constitucional no sistema político, a médio ou longo prazo.

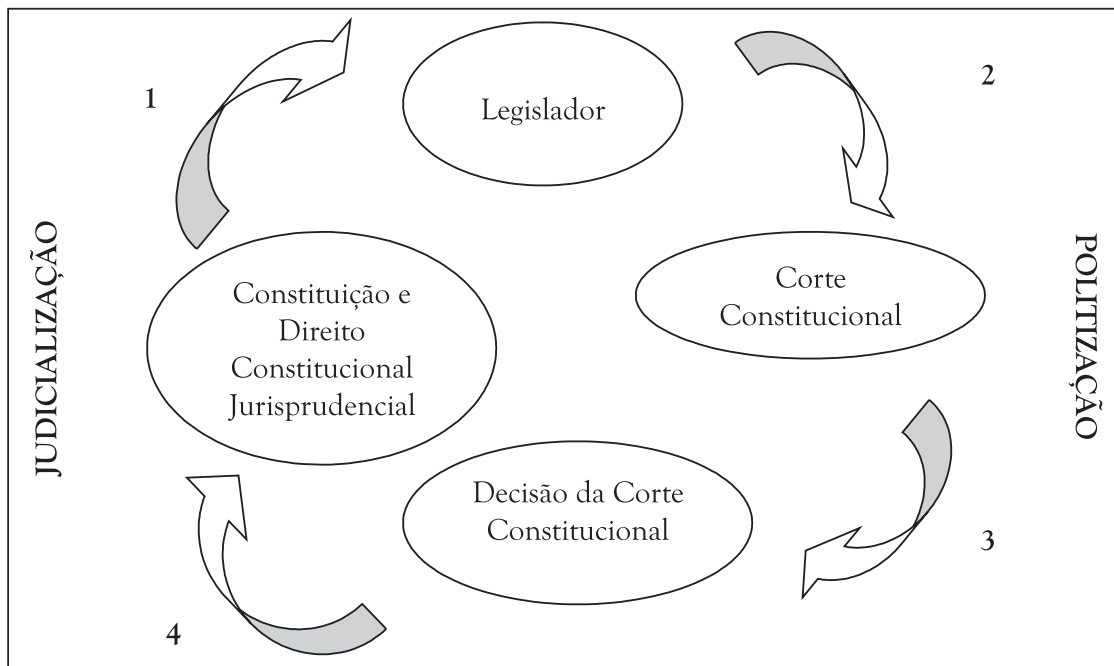


Figura 1: O Esquema interativo de Alec Stone Sweet⁴¹

O modelo decompõe, em quatro etapas sucessivas, o processo pelo qual os deputados “politizam” a Corte e a Corte “judiciariza” o Parlamento:

Etapa 1: O governo e a sua maioria parlamentar especificam e concretizam as normas constitucionais e as normas elaboradas pelo órgão jurisdicional constitucional antecipando a reação dos juízes constitucionais.

Etapa 2: A oposição parlamentar aciona o Tribunal Constitucional, dado que é suscetível de tirar vantagem da anulação, total ou parcial, da legislação adotada e levando em conta que o custo político da ação constitucional é para ela, a curto prazo, praticamente nula.

Etapa 3: Os juízes constitucionais operam seu cálculo de decisão tendo em vista a resolução do conflito entre a maioria e a oposição, mantendo sua imagem de neutralidade, essencial à legitimidade do juiz. Os juízes podem tentar preservar sua imagem de neutralidade pela argumentação ou pela falta de designação de um vencedor. De acordo com Stone, as decisões que tocam às questões mais controversas, a partir das quais enfrentam-se as posições ideológicas mais antagônicas, serão também as que comportarão as motivações mais abafadas e que recorrerão às técnicas das “reservas de interpretação” ou à invalidação parcial.

Etapa 4: Ao mesmo tempo que resolve o caso concreto que lhe é apresentado, a Corte acrescenta as suas motivações ao conjunto do *corpus* que compreende as normas constitucionais em sentido estrito e o “Direito Constitucional Jurisprudencial”.

Etapa 1 A: A extensão deste *corpus* abre, ao mesmo tempo, à oposição novas perspectivas de contestação das medidas adotadas pela maioria. À cada volta, se os atores continuam a comportar-se da mesma maneira, o processo de judicialização se intensificará. Simultaneamente, a justiça constitucional será cada vez mais politizada.

b) A teoria da coação jurídica.

A teoria da coação jurídica procura destacar a coação decorrente, para os atores, notadamente os juízes, “da configuração do sistema jurídico em um dado momento”.⁴² Esta teoria repousa sobre o postulado segundo o qual os atores, na qualidade de *homo juridicus*, têm por principal objetivo defender (i) a sua esfera de competência, (ii) a aplicação das suas decisões, (iii) a sua existência institucional e (iv) manter ou otimizar o seu poder.⁴³ O que quer que digam seus defensores, esta teoria não é uma teoria de “terceira via”, que não provém nem da Ciência Política nem da doutrina jurídica clássica. Ela não é propriamente jurídica. Na verdade, ela se aproxima largamente das teorias institucionalistas externalistas, sendo, por conseguinte, a exemplo destas teorias, da competência da Ciência Política.

D. O VALOR HEURÍSTICO DA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

Os juristas apreendem facilmente o interesse heurístico de tais estudos, mesmo se eles podem rejeitar algumas das hipóteses explicativas sobre as quais são fundadas. Estas teorias são suscetíveis de desembocar sobre previsões da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais e, para juristas que consideram que a doutrina deve ajudar os práticos, a abordagem socio-política parece, por conseguinte, imediatamente interessante. Ajudar os conselheiros jurídicos a prever as decisões dos órgãos jurisdicionais e, lá, permitir-lhes melhor aconselhar os seus clientes sobre as vantagens de ajuizar ações ou sobre o que poderia ocorrer se eles se encontrassem em litígio, parece, para a maior parte dos juristas, um objetivo heurístico interessante. O ponto de vista do advogado militante, mais exatamente do conselheiro jurídico, seria, assim, explicitamente o adotado pela *sociological jurisprudence*, pela corrente realista americana, cujos trabalhos juntam-se - evidentemente mais no nível da abordagem geral do que a nível das hipóteses explicativas - aos estudos sociológicos aqui evocados. No fio direto do programa de investigação exposto por Oliver Wendell Holmes em *The Path of the Law*, os realistas tentaram explicar o direito da perspectiva do *bad guy*, daquele que quer evitar encontrar-se no meio de um litígio ou de ser nele vencido. Desta perspectiva, somente importa a forma pela qual os juízes

decidirão de fato: « The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law». ⁴⁴

II. A ABORDAGEM NORMATIVISTA E O SEU INTERESSE HEURÍSTICO

As teorias socio-políticas não nos permitem, no entanto, saber tudo o que queremos saber sobre os órgãos jurisdicionais constitucionais e a sua atividade. Elas não nos dizem o que quer que seja de preciso acerca das relações entre o conteúdo normativo das decisões dos juízes e o quadro normativo no qual são adotadas ou, pelo menos, supostamente adotadas. Não nos informam, por conseguinte, sobre as implicações da atividade dos órgãos jurisdicionais constitucionais no constitucionalismo, na Democracia e no Estado de Direito.

A Democracia, como exigência pela qual aqueles mesmos aos quais se dirigem as normas jurídicas devam participar da sua elaboração; o Estado de Direito, da forma como exige que a produção das normas jurídicas (incluindo pelos juízes constitucionais) faça-se no âmbito jurídico em vigor e não de maneira totalmente imprevisível; e, por último, o *constitucionalismo moderno*, que supõe a supremacia da Constituição Formal, ou seja, que a modificação do Direito Constitucional formal tome sempre a via procedimental prevista por este: todos são princípios constitutivos das democracias constitucionais francesas e alemãs. São princípios supostamente traduzidos, ao mesmo tempo, na estrutura do sistema jurídico, mas também, e sobretudo, no processo dinâmico de produção das normas. O respeito destes princípios supõe que os órgãos, incluindo o órgão jurisdicional responsável pelo controle de constitucionalidade, conformam-se a tais princípios quando eles produzem normas.

Ora, só uma análise normativista é suscetível de demonstrar a medida na qual a atividade normativa do Conselho Constitucional e o TCF afeta estas exigências. ⁴⁵

Esta abordagem é, com efeito, pouco ou mal representada nos estudos sobre os dois órgãos jurisdicionais constitucionais.

III. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL: SOCIO-POLÍTICA OU NORMATIVISTA?

A pergunta que se pode agora fazer é: “Que faz a doutrina tradicional e o quê ela nos ensina?” Questiona-se em qual perspectiva ela se situa: prescritiva, socio-política ou normativista.

A doutrina constitucional francesa e o *Staatsrechtslehre* alemão, hoje, aproximam-se bastante a nível dos métodos e da orientação. Nota-se uma forte orientação prescritiva do discurso doutrinário nos dois países. Mas uma característica ainda mais impressionante da literatura doutrinária franco-alemã é a importância quantitativa dada às decisões dos juízes constitucionais, em

especial às motivações ligadas a estas decisões. A ponto de o ensino de Direito Constitucional dispensado nas universidades e os comentários doutrinários terminarem por se assemelhar aos cursos e comentários de *Common Law*, onde os precedentes teriam substituído os textos legislativos e constitucionais.

Agora qual é, além das preocupações prescritivas, o objetivo heurístico perseguido pela Ciência do Direito Constitucional? Que procura ela conhecer e explicar? E como?

A. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL: UM EMPREENDIMENTO SOCIOLÓGICO?

Pode-se tentar interpretar a importância das motivações judiciais no discurso doutrinário numa perspectiva socio-política. Deste ponto de vista, as motivações do juiz constitucional indicariam, ao mesmo tempo, as causas de suas decisões. Nestas condições, as motivações passadas permitiriam prever as decisões futuras. Um caso de tipo X corresponderia sempre o dispositivo Y. Seria neste aspecto que a doutrina constitucional estudaria e sistematizaria as motivações judiciais.

Como hipótese explicativa de uma diligência socio-política, isto não é completamente absurdo. Ademais, o esquema explicativo de Stone pressupõe que as motivações das decisões dos juízes constitucionais possam servir de indicador relativamente fiável aos outros atores sobre a maneira como os juízes decidirão no futuro.⁴⁶ Mas não é esta uma explicação demasiado ingênua? Será que não se está confundindo *justificação* e *raciocínio decisório*? Do ponto de vista lógico, não há congruência necessária entre *motivação* e *raciocínio decisório* nem relação necessária entre *motivação* e *dispositivo*. Se se aceita a tese, bastante plausível, segundo a qual os motivos têm por função de legitimar a decisão mais do que de explicar o conjunto das considerações levado em conta pelos juízes para adotar as suas escolhas, a doutrina constitucional tradicional não parece constituir um programa sério de investigação socio-política. Explicar as estratégias de decisão dos juízes a partir das suas justificações é suscetível de funcionar em certos casos, mas não em outros - notadamente quando se tratar de uma questão controversa e que os outros atores defendam soluções divergentes, que repousam sobre concepções ideológicas antagônicas.⁴⁷

B. A DOCTRINA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM NORMATIVISTA DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL?

Esta conclusão sobre a doutrina constitucional tradicional, encarada como empreendimento socio-político, poderia representar uma maior adequação em concebê-la como um empreendimento normativista.

Com efeito, a maioria dos constitucionalistas dos dois lados do Reno concorda, sem dúvida, em caracterizar a Ciência do Direito como uma ciência

de normas. Mas será que isto os conduz, da mesma forma, a conceber sua disciplina numa perspectiva normativista? Olhando de perto, parece, efetivamente, que os constitucionalistas franceses e alemães não se desinteressam totalmente pela pergunta acerca das relações entre as decisões dos juízes e as normas constitucionais aplicáveis. No entanto, as análises propostas parecem, de um ponto de vista normativista, *vagas* ou reveladoras de concepções científicas relativamente *estranhas*.

Vagas porque a doutrina satisfaz-se, freqüentemente, em sublinhar a relação entre as normas expressas pelos textos constitucionais e as decisões mais problemáticas dos juízes de maneira metafórica⁴⁸, falando de interpretação “audaciosa”, “corajosa”⁴⁹ ou “larga”.

Estranhas, porque a doutrina parece, às vezes, postular que os juízes têm um acesso privilegiado ao significado dos textos constitucionais. Os juízes revelariam os aspectos ainda obscuros ou confirmariam as “teorias” inflamadas pela doutrina. Os juízes constitucionais seriam, em certa medida, numa situação epistêmica privilegiada que lhes permitiria ter acesso ao verdadeiro significado do texto constitucional. Foi assim que Louis Favoreu e Loïc Philip se posicionaram a respeito da decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971: que esta decisão “dirimiu” o debate doutrinário sobre o valor constitucional do Preâmbulo.⁵⁰ Da mesma maneira, os contornos das disposições constitucionais são definidos e redefinidos pela doutrina de acordo com as decisões do juiz constitucional.⁵¹

C. CRÍTICA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRANCESA E O DO STAATSRECHTSLEHRE

Estas observações oferecem uma ocasião oportuna de mencionar as críticas dirigidas por Bernhard Schlink, seguido por alguns jovens constitucionalistas alemães, ao *Staatsrechtslehre*. Estes autores acusam o *Staatsrechtslehre* de falta de distância crítica no que diz respeito ao TCF. Segundo Schlink, o *Staatsrechtslehre* ter-se-ia fechado no impasse intelectual que ele chama de *Verfassungsgerichtspositivismus* – o positivismo jurisdicional.

A ciência do Direito Constitucional... desenvolve-se na esteira traçada pelo TCF, cujas decisões constituem, ao mesmo tempo, a matéria, o ponto de partida e o ponto de chegada da doutrina. Esta trabalha as decisões do Tribunal até delas fazer um todo coerente e harmonioso, ela infere das decisões passadas as decisões futuras e verifica que tal ou tal solução de uma espécie real ou imaginária é compatível com a jurisprudência do Tribunal. Freqüentemente, a Ciência do Direito Constitucional pensa e trabalha posteriormente ao que decide o TCF no lugar de se pôr na sua vanguarda; os elementos centrais da doutrina constitucional - da delimitação dos poderes de delegação do legislador à dogmática do artigo 14 da Lei Fundamental – são, sobretudo, obra do Tribunal, desenvolvida em seguida pela doutrina. Com respeito às outras questões

centrais da dogmática constitucional - da determinação da permissão formulada pelo artigo 2, al. 1, LF à teoria dos limites aos direitos fundamentais, que não comportam reserva legislativa, o Tribunal pôs termo, pelas suas decisões, à discussão aberta pela doutrina. Nenhuma crítica das decisões do Tribunal é certamente excluída, mas ela inscreve-se de boa vontade no horizonte da jurisprudência: defendendo, por exemplo, uma jurisprudência estabelecida contra uma nova decisão ou, pelo contrário, defendendo uma nova decisão contra a jurisprudência estabelecida.⁵²

Reconstituindo a evolução da Ciência do Direito Constitucional alemã desde o Século XIX, Schlink acrescenta a propósito da doutrina tal que se constituiu desde o advento do TCF:

Karlsruhe locuta, causou finita - a expressão, que tem-se tornado familiar, resume a condição nova por uma imagem, na qual o TCF exprime-se *ex cathedra* e os representantes de uma doutrina deteriorada esperam sobre os seus degraus. É a imagem do *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*.⁵³

Estas críticas juntam-se a de Ulrich Haltern⁵⁴ e Matthias Jestaedt.⁵⁵ Elas valem também, *mutatis mutandis*, para a doutrina constitucional francesa. Esta, com efeito, tem comprovado uma fraca distância crítica quando invoca as motivações dos juízes constitucionais para afastar a tese segundo a qual o Conselho Constitucional é uma Terceira Câmara e um *policy-maker* assim como a Assembleia Nacional e o Senado.⁵⁶ Em outros termos, a atitude da doutrina leva a fazer dos juízes constitucionais os mestres da Ciência do Direito Constitucional!

CONCLUSÃO

Se queremos melhor compreender o funcionamento da justiça constitucional na França e na Alemanha, estas críticas deveriam conduzir-nos a reorientar e a aprofundar a investigação num sentido mais socio-político ou mais normativista. Em qualquer caso, dever-se-ia demonstrar mais distância crítica em relação aos juízes constitucionais e a sua atividade normativa.

Se a investigação adota uma perspectiva normativista, deverá privar-se de tomar o Tribunal Constitucional estudado como o oráculo Delphes⁵⁷ e desenvolver os instrumentos logico-semânticos necessários a uma análise precisa e rigorosa das relações entre, de um lado, as normas adotadas pelos juízes e, do outro, as normas constitucionais que estes juízes supostamente aplicadores e concretizadores.

Além disso, permanece a abordagem socio-política com vastos campos a esclarecer. Comparados com a Corte Suprema dos Estados Unidos, as Cortes

Constitucionais Européias ainda são pouco conhecidas dos cientistas políticos. Nesta direção, a investigação tem ainda muito a nos ensinar. Ela nos ensinará, aliás, tão mais quanto poderá, além disso, apoiar-se sobre uma boa investigação normativista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris: Economica, 2001.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295.

EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.

_____; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.

ESKRIDGE, William. Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674.

FAVOREU, Louis *et alli*, *Droit constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2005.

_____, e PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12. ed. Paris : Dalloz, 2003.

_____. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240.

_____. *Le Figaro*, 19 de janeiro de 1987.

_____. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. *RDP* 1978, p. 841.

FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5^e République*. Paris: La Découverte, 1999.

HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

- HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.
- HÖNNIGE, Christoph. Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Beitrag für die Tagung *Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.
- JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.). *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.
- JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004.
- KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.
- KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.
- LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.
- MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.
- MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.
- MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.
- MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.
- RIKER, William H. Political Science and Rational Choice. In: ALT, James E.; SHEPSLE, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181.
- SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.
- SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965.
- SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.
- SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ ; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich e Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich : Franz Vahlen, 1999, p. 193-194.

STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*. Disponible sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>.

_____. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique ; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

_____. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien ; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999.

_____. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte B 37-38* (2001), p. 34-44.

TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In : TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.

VANBERG, Georg. Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.

VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001), p. 346-361.

VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹ Fonte: *Jahresstatistik 2004*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?aufgaben>.

² Fonte: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. Paris: Litec 1998; STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien ; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 126.

³ BVerfGE 80, 137.

⁴ BVerfGE 54, 143.

⁵ JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus – Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Dir.). *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 186.

⁶ Decisão 71-44 DC, de 16 de julho de 1971, dita « liberdade de associação».

⁷ Decisão 343-344 DC, de 27 de julho de 1994, dita « bioética».

⁸ Assim, mesmo que sejamos cognitivistas ou não cognitivistas em disciplina moral.

⁹ Sobre este ponto, v. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004, p. 217-245.

¹⁰ A sua natureza “positiva” distingue estas teorias das teorias prescritivas. Uma teoria normativista que não fosse positivista, seria simplesmente uma teoria prescritiva. As teorias “jusnaturalistas” do direito são, em certa medida, teorias normativistas não positivistas, ou seja, teorias prescritivas.

¹¹ Contestar-se-á notadamente, por diferentes razões, a distinção entre teorias de tipo (1) e teorias de tipo (3). Os partidários do ceticismo normativo (*rule-scepticism*) contestarão assim o caráter científico de uma teoria de tipo (3). Segundo eles, uma teoria de tipo (3) é, com efeito, idêntica à uma teoria de tipo (1). Em outros termos, qualquer estudo normativista da atividade normativa dos órgãos jurisdicionais constitucionais seria, na verdade, assimilável a um estudo prescritivo desta atividade. Em sentido oposto, os jusnaturalistas não contestarão o caráter científico das teorias de tipo (3), mas contestarão a possibilidade de descrever o que são as normas jurídicas e as suas relações entre elas sem prescrever, ao mesmo tempo, o que estas deveriam ser. Em outras palavras, contestarão, como os partidários do ceticismo normativo, a validade de uma distinção entre teorias de tipo (1) e de tipo (3), mas por razões opostas às apresentadas pelos céticos. Para a corrente cética, a assimilação do positivismo normativista à filosofia moral-política e à exclusão de qualquer ciência das normas jurídicas do campo científico são justificadas pela tese segundo a qual seria impossível fundar tal disciplina sobre uma epistemologia empirista enquanto, para os jusnaturalistas, pelo contrário, é a incapacidade de uma epistemologia empirista em apresentar a natureza do Direito que justifica a rejeição desta epistemologia e que faz a distinção entre teorias de tipo (1) e teorias de tipo (3). Na Alemanha, o anti-positivismo de inspiração jusnaturalista beneficia tradicionalmente de um forte embaraço. Autores como Rudolf Smend (cujo “*Integrationslehre*” exerceu uma forte influência sobre os constitucionalistas alemães após Segunda Guerra Mundial e sobre a sua maneira de conceber a sua disciplina), Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, Hermann Heller ou Carl Schmitt criticaram severamente e rejeitaram explicitamente os postulados positivo-analíticos de Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen. A nível teórico, a corrente anti-positivista continua a ser, hoje ainda, dominante nas faculdades de Direito alemãs. Na França, em contrapartida, é sobretudo o ceticismo normativo que tem a primazia desde há algumas décadas, defendido com brio pela Escola Neo-realista de Michel Troper.

¹² Os pioneiros nestas pesquisas foram: DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957), p. 279-295; MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964; SCHUBERT, Glendon. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965; e SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

¹³ STONE SWEET, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁴ STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.). *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999, p. 117-140.

¹⁵ MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d’analyse stratégique*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 1994.

¹⁶ FRANCOIS, Bastien. *Le régime politique de la 5^e République*. Paris: La Découverte, 1999, p. 99-110.

¹⁷ TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Proposition pour une théorie des contraintes juridiques. In : TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 11-23.

¹⁸ KOMMERS, Donald P. *Judicial Politics in West Germany: a study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills: Sage Publications, 1976.

¹⁹ LANDFRIED, Christine. *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1984.

²⁰ STÜWE, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38 (2001), p. 34-44.

²¹ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations : A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45 (2001) p. 346-361 et *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (O modelo desenvolvido nestes livro e artigo descansa, notadamente, sobre a hipótese segundo a qual a opinião pública e a transparência das relações entre o Tribunal Constitucional e o legislador afetam as estratégias de decisão destes dois órgãos). Do mesmo autor, v. igualmente: Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining and Policy Compromise. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 10 (1998), p. 299-326.

²² EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, vol. 53 (2000), p. 625-661.

²³ MARCH, James G. et OLSEN, Joan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*, vol. 78 (1988), p. 734-749.

²⁴ Pode-se resumir a teoria das escolhas racionais a duas propostas:

1. Os atores são capazes de ordenar hierarquicamente os seus objetivos, os seus valores, os seus gostos e as suas estratégias alternativas de tal maneira que a relação de preferência à indiferença entre estas alternativas seja transitiva;

2. Os atores escolhem entre estas alternativas de maneira a maximizar a sua satisfação.

Cf. RIKER, William H. Political Science and Rational Choice. In: ALT, James E.; SHEPSLE, Kenneth A. (Eds.). *Perspectives on Positive Political Economy*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 163-181 (sobretudo p.172).

²⁵ Cf. MEUNIER, *op. cit.*, p. 60-61.

²⁶ Cf. os mestres do gênero: SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

²⁷ SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 18-19: “Empirical evidence amply demonstrates that ambition can alter sincere behavior [...]. Alternatively, the absence of higher ambition ‘means that personal policy preferences are more freely expressed’”.

²⁸ *Idem.*, p.19.

²⁹ §30 (1), primeira frase, *BVerfGG* (Lei sobre a Corte Constitucional Federal).

³⁰ Estas são relativamente raras : somente 123 decisões sobre um total de 1855 (ou seja, 6,63 %) relativas às decisões publicadas entre 1971 e 2004 (*BVerfGE* 30 à *BVerfGE* 110).

³¹ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.105; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Paris: Economica, 2001, p. 20.

³² STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p.107: « A comparativist has good reason to believe that a Socialist politician appointed to the Council does not cease to be a Socialist upon moving across the river to the Palais Royal ». Stone discute igualmente a decisão do Conselho Constitucional de 23 de janeiro de 1987 (86-225 DC), que anulou a emenda [ao projeto de lei] “Séguin” que constituía o artigo 39 da lei, trazendo diversas medidas de ordem social, submetida ao Conselho (p. 90-91 e p.136). Esta decisão interveio no contexto da coabitação^{NT} e da confrontação entre o Presidente da República, o socialista François Mitterrand, e o governo de direita de Jacques Chirac. François Mitterrand, recusando-se a assinar o projeto de *ordonnance*^{NT} - o qual previa a modificação do regime das horas suplementares, a legalização do trabalho noturno das mulheres e o aumento da quota de horas suplementares para os empregos sazonais - que lhe tinha sido apresentado em 10 de dezembro 1987, o governo não tinha outra escolha que passar pela via legislativa comum. Dado que a sessão parlamentar chegava, então, o seu fim e que o governo tinha excluído a reunião do Parlamento em sessão extraordinária, o único meio para fazer adotar a reforma do Código do Trabalho, em prazos relativamente curtos, era uni-lo, por emenda, a um projeto de lei em vias de adoção pelas Câmaras. A emenda “Séguin” (Philippe Séguin, então ministro, tinha sido encarregado

de fazer o Parlamento acolher a reforma) finalmente foi adotada sob uma chuva de protestos da oposição socialista. Os deputados socialistas acionaram imediatamente o Conselho Constitucional, o qual anulou a emenda “Séguin” sob o argumento de que ela não apresentava uma relação necessária com o projeto de lei ao qual era unido. A decisão do Conselho foi seguida das críticas mais severas dirigidas ao órgão. Na época, foi largamente difundido, e ulteriormente confirmado, que a decisão constitucional tinha sido tomada por um empate de 4 votos contra 4, os quatro conselheiros nomeados pelos socialistas tendo decidido pela invalidação da emenda e os 4 conselheiros nomeados pela direita tendo votado contra. Foi preponderante a voz do então presidente do Conselho, Robert Badinter, fazendo inclinar a balança no sentido da invalidação. O nono conselheiro, Louis Joxe, doente, tinha declinado todos os convites da maioria parlamentar a voltar ao Palácio Real [sede do Conselho Constitucional] para acrescentar a sua voz decisiva (cf. *Liberção* [Jornal] de 26 de janeiro de 1987). Comparando a atividade normativa do Conselho Constitucional com a do TCF, Stone menciona, ainda (p. 242), a primeira decisão do TCF sobre o aborto (*BVerfGE* 39, 1). O primeiro Senado (o TCF é composto de dois Senados, compreendendo cada um 8 juízes) invalidou o projeto da coalisão SPD-FDP para aceder ao poder por uma maioria de 6 contra 2, ou seja, os 6 juízes CDU/CSU contra os 2 juízes SPD (Rüpp von Brünneck et Simon).

^{NT} Diz-se que há «coabitação» no sistema político francês quando figuram, na cúpula do Poder Executivo - que é gerido por duas cabeças : o Presidente da República e o Primeiro-Ministro -, pessoas com linhas ideológicas diferentes o que, por consequência, torna fácil a instalação de uma crise de governância.

^{NT} A Constituição Francesa prevê, em seu art. 38, a possibilidade de autorização, através de um mecanismo denominado *habilitação*, conferida ao governo de expedir ordens jurídicas por meio de *ordonnances* ou ordenações:

“Art. 38. O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento a autorização de tomar, pela expedição de ordenações, durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei.

As ordenações são adotadas pelo Conselho de Ministros, após parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde a sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for proposto perante o Parlamento antes da data fixadas pela lei de habilitação.

Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as ordenações somente podem ser modificadas pela lei, nas matérias que são do domínio legislativo.»

³³ ESKRIDGE, William. *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President/Civil Rights Game*. *California Law Review*, vol. 79 (1991), p. 613-674; CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

³⁴ V. igualmente HÖNNIGE, Christoph. *Das Spannungsdreieck von Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*. Beitrag für die Tagung *Rechtsforschung als disziplinübergreifende Herausforderung* am 2-3 Juni 2003 im Halle.

³⁵ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*. Disponível sur <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04>, p. 9.

³⁶ Cf. STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 135.

³⁷ STONE SWEET, Alec. *Judicialization and the Construction of Governance*, *op. cit.*, p. 9.

³⁸ A decisão 93-325 DC, dos 12-13 de agosto de 1993, “Controle da imigração”, ilustra, sem dúvida, esta relação entre o número de considerandos e o caráter controverso da decisão. É, ao mesmo tempo, a decisão mais longa do Conselho até agora (134 considerandos) e uma das mais controvertidas no momento de sua adoção. Ela conduzirá, além disto, o governo Edouard Balladur e a sua importante maioria parlamentar a modificar a Constituição pela lei de revisão constitucional n. 93-1256, de 25 de novembro de 1993 (introduzindo o artigo 53-1 no texto da Constituição de 1958). NT. O artigo 53-1 introduziu a possibilidade de a República Francesa firmar acordo e/ou convenções internacionais com os Estados da *Europa* em matéria de asilo e de proteção aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

³⁹ v. MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*, *op. cit.*; para trabalhos mais recentes sobre a produção normativa da Corte Suprema que recorrem a esta linha, cf. EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998; e MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *The Collegial Game: Crafting Law on the Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2000.

⁴⁰ V. a primeira parte da obra de: MEUNIER, Jacques. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel – Essai d'analyse stratégique*, *op. cit.*, p. 51-195.

⁴¹ STONE SWEET, Alec. La politique constitutionnelle, *op. cit.*, p. 119.

⁴² TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *op. cit.*, p.15.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, vol.10 (1896), p. 461.

⁴⁵ Kelsen justifica o valor heurístico da abordagem normativista a um nível mais abstrato, comparando a utilidade da dogmática jurídica da perspectiva do normativismo da Teoria Pura do Direito à da dogmática dos textos religiosos, cf. KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962, p. 114: “A possibilidade e a necessidade de tal disciplina acerca do Direito como significado normativo já são demonstradas pelo único fato da existência multiseular da Ciência do Direito, da ‘jurisprudência dogmática’, que responde, e que responderá, enquanto existir o Direito, às necessidades intelectuais dos que se ocupam do Direito. Não existe qualquer motivo para não se dar satisfação a estas necessidades perfeitamente legítimas, e se renunciar a tal Ciência do Direito, substituí-la por uma Sociologia Jurídica, porque esta se une a um problema outro que aquele ao qual ele se prende. Assim como, enquanto existirem religiões, deverá necessariamente existir uma Teologia Dogmática, que não possa ser substituída por uma Psicologia da Religião, nem por uma Sociologia da Religião, do mesmo modo - enquanto existir um Direito – haverá uma Teoria do Direito Normativa.”

⁴⁶ Cf. STONE SWEET, Alec. Path Dependence, Precedent and Judicial Power. In: TROPER, Michel ; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique ; GRZEGORCZYCK, Christophe. *Théorie des contraintes juridiques*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2005, p. 155-167.

⁴⁷ A decisão 86-225 DC, supracitada, é uma boa ilustração do caráter ingênuo desta hipótese explicativa. Exatamente antes da decisão, Louis Favoreu (*Le Figaro* [Jornal], 19 de janeiro de 1987) tinha predito que o Conselho se recusaria a invalidar a emenda Séguin, porque as motivações das decisões precedentes mostravam que o Conselho era reticente em controlar o funcionamento interno do Parlamento sobre este ponto. Em 22 de dezembro de 1986 (decisão n. 86-220 DC), o Conselho tinha julgado conforme com a Constituição a emenda que suprimia a terceira via de acesso ao ENA [Escola Superior de Administração, da qual saem os servidores públicos de alto escalão, inclusive membros do Conselho de Estado]. Ele tinha rejeitado o argumento segundo o qual a emenda não apresentava nenhuma relação com as outras disposições da lei submetida, cujo objeto principal era aumentar a idade para a aposentadoria dos membros do Conselho de Estado, do Tribunal de Contas e da Inspeção Geral das Finanças. A oposição socialista tinha, uma semana depois (decisão n. 86-221 DC, de 29 de dezembro de 1986), renovado o argumento contra certas disposições da Lei de Finanças para o ano de 1987; argumento que o Conselho rejeitou mais uma vez. No entanto, e embora estas duas últimas decisões tenham sido rendidas após o voto da emenda Séguin na noite do 19 ao 20 de dezembro de 1986 (os conselheiros constitucionais tinham, por conseguinte, sem dúvida, conhecimento desta emenda no momento de tomar as suas decisões), o Conselho censurou famosa a emenda - que contradiz sem rodeios as previsões de Louis Favoreu. Como sublinha STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 138: “The affair of the Séguin amendment [...] gives lie, by yielding an unpredictable decision, to the claim that politicians need only understand constitutional law to behave constitutionally. The impulse of public law specialists to synthesize doctrine and to champion coherence does not always provide a convincing solution to the legislator’s dilemma; and the result reinforces criticisms that Council decisions, however “coherent” in hindsight, can not adequately and consistently be predicted by lawmakers».

⁴⁸ FAVOREU, Louis et al., *Droit constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 795. A propósito da “dignidade humana” nas motivações da decisão “bioética” supracitada: “A decisão do Conselho Constitucional não cria, por conseguinte, este direito: ela o faz emergir - de maneira muito satisfatória - do texto que a continua”.

⁴⁹ Cf. FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc. *Grands décisions du Conseil constitutionnel*. 12. ed. Paris : Dalloz, 2003, p. 863. Nos comentários à decisão “Bioética” [citada anteriormente], ainda com referência ao princípio da dignidade humana: “... o qual o Comitê Consultivo para a Revisão Constitucional tinha desejado ver consagrado, por emenda à Constituição, é considerado como já fazendo parte da Constituição pelo Conselho Constitucional, e isto de maneira dificilmente contestável, ainda que ela possa parecer um tanto corajosa”.

⁵⁰ *Idem.*, p. 246.

⁵¹ Na doutrina alemã v., por exemplo, sobre o artigo 2 alinéa 1 LF : STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1. In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich e Starck, Christian. *GG – Bonner Grundgesetz*, (vol. 1). Munich : Franz Vahlen, 1999, p. 193-194. Na doutrina francesa, característico - uma vez mais - Louis

Favoreu deus, antes de 1988, uma definição dos “Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (PFRLR) do Preâmbulo da Constituição de 1946 por meio de considerações linguísticas (FAVOREU, Louis. 1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux. *RDP* 1978, p. 841) enquanto, após a decisão de 20 de julho de 1988, na qual o Conselho Constitucional indicou as condições para que a uma norma pudesse ser reconhecida a qualidade de PFRLR, reformulou a definição apresentada baseado nos motivos desta decisão (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In: MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La République en droit français*. Paris: Economica, 1996, p. 231-240).

⁵² SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* (1989), p. 162-163.

⁵³ *Ibidem*, p. 168.

⁵⁴ HALTERN, Ulrich. Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis. Grundrechtsrechtsprechung und Verfassungstheorie im Kontext. *Der Staat* (2001), p. 243-256.

⁵⁵ Tomando emprestado uma metáfora de Josef Isensee, Matthias Jestaedt descreve a evolução da *Staatsrechtslehre* como a transformação de uma disciplina « porta-chamas» (*Fackelträger*) [NT simbolizando a transmissão da “chama” da tradição] em uma disciplina « porta-rastro» (*Schleppenträger*) [NT simbolismo de abandono de posições tradicionais] (subentendido: “porta-rastro do TCF), JESTAEDT, Matthias, *op. cit.*, p. 189, nota 19.

⁵⁶ Sobre este ponto v. as observações de STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 106 e p. 212-215.

⁵⁷ Esta é a maneira de conceber a atividade da Corte Suprema que Felix Frankfurter (o qual seria logo nomeado juiz constitucional) condenava numa carta ao presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt : « People have been taught to believe when the Supreme Court speaks it is not they who speak but the Constitution, whereas, of course, in so many vital cases, it is they who speak and not the Constitution. And I verily believe that it is what the country needs most to understand » (In: FREEDMAN, M. (ed.). *Roosevelt and Frankfurter : Their Correspondance, 1928-1945*. Boston: Little Brown, 1967, p. 383, citado por: BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, p. 281 nota 143).

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN RULEMAKING: AN ASSESSMENT OF THE ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

ABSTRACT

The author comparatively assesses the rulemaking activity of the French Constitutional Council and of the German Federal Constitutional Court, from a critical point of view regarding the sociopolitical and normativist outlooks often related to the performances of these Courts and the study of theories able to support this effort of building a case law.

KEYWORDS: Rulemaking activity. Constitutional Council. Federal Constitutional Court.

**LA PLACE DES COURS CONSTITUTIONNELLES
DANS LA PRODUCTION DES NORMES :
L'ETUDE DE L'ACTIVITE NORMATIVE DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE FEDERALE (BUNDESV
ERFASSUNGSGERICHT)**

RÉSUMÉ

Il s'agit de comparer la production normative du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral, à la lumière d'un regard critique sur les approches, sociopolitique et normativiste, à l'activité de ces deux cours ainsi que d'une étude des théories qui peuvent fonder ce travail de construction jurisprudentielle.

MOTS-CLÉS: Activité normative. Conseil constitutionnel. Tribunal constitutionnel fédéral.