

A SITUAÇÃO DA FRANÇA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL¹

FRANCE SITUATION REGARDING FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM CONTEXT

Stéphane Pinon²

Professor titular de Direito Constitucional (Cercop, Montpellier, França)

ÁREA(S): direitos fundamentais; direito constitucional.

RESUMO: Este artigo objetiva discorrer sobre a situação dos direitos fundamentais diante do constitucionalismo multinível em relação à França. Utiliza pesquisa bibliográfico-documental para contextualizar a atual conjuntura francesa neste cenário. Identifica-se o desequilíbrio entre a democracia majoritária e o Estado de Direito em níveis científico e político com a existência de jurisdições supranacionais. Por outro lado, verifica-se que a revolução digital tem proporcionado uma disrupção na

democracia participativa, provocando a reflexão sobre novos modelos de participação popular. Por fim, conclui-se que os desafios do direito constitucional francês são os mesmos do direito constitucional multinível europeu.

ABSTRACT: *This article aims to discuss the situation of fundamental rights in the face of multilevel constitutionalism in relation to France. It uses bibliographic and documentary research to contextualize the current French conjuncture in this scenario. The imbalance between majority democracy and the rule of law at scientific and political levels is identified with the existence of supranational jurisdictions. On the other*

¹ Traduzido do espanhol por Sérgio Gillet. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2443033476148063>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2902-9929>.

² Estudiosos Jurídico francês. Professor da Universidade de La Rochelle (UNIV-larochelle, La Rochelle, França). E-mail: stephane.pinon@univ-lr.fr. Currículo: https://droit-management.univ-larochelle.fr/IMG/pdf/curriculum_vitae_s._pinon_fevrier_2019.pdf.

hand, it appears that the digital revolution has provided a disruption in participatory democracy, causing reflection on new models of popular participation. Finally, it is concluded that the challenges of French constitutional law are the same as those of European multilevel constitutional law.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo multinível. Direitos fundamentais. França. Revolução digital. Democracia.

KEYWORDS: *Multilevel constitutionalism. Fundamental rights. France. Digital revolution. Democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A subordinação da “democracia” ao conceito de “Estado de Direito”; 2 A visão arcaica das instituições representativas no constitucionalismo multinível.

SUMMARY: *Introduction; 1 The subordination of democracy to the concept of “rule of law”; 2 The archaic view of representative institutions in multilevel constitutionalism.*

INTRODUÇÃO

“Nós, civilizações, agora sabemos que somos mortais” (Paul Valéry, *La crisis del espíritu*, 1919).

Em 4 de outubro de 2018, a Quinta República Francesa comemorou sessenta anos, sessenta anos de estabilidade política, estabilidade institucional. Sessenta anos de uma ordem constitucional da pirâmide, dominada pelo Presidente da República. Observadores estrangeiros costumam falar de um regime “semipresidencial”, mas na doutrina francesa é preferível usar a fórmula de Guy Carcassonne: “Um regime parlamentar de liderança presidencial”³.

Apenas duas vezes a República teve medo: em maio de 1968 e em dezembro de 2018, quando eclodiu uma atmosfera insurrecional que durou vários meses. Nesta ocasião, Emmanuel Macron enfrentou um novo tipo de contrapoder, um “contrapoder social” simbolizado pelos “coletes amarelos” (*les “gilets jaunes”*).

³ G. Carcassonne, *Le Monde*, 22 juil. 2008.

Foi isso que fez o poder tremer de medo, especialmente no dia da pilhagem do Arco do Triunfo, na famosa avenida dos *Champs Elysées*.

É um movimento sem precedentes na história, sem chefe; em seu começo sem orientação ideológica concreta⁴. Trata-se de uma revolta espontânea da classe média empobrecida, apoiada pelas redes sociais, como o “Facebook”. As reivindicações foram diversas e evoluíram ao longo das semanas: reivindicações salariais, fiscais e econômicas. Mas aqueles de natureza constitucional têm sido constantes. Os “coletes amarelos” gritaram “olhe para nós, estamos aqui, existimos”, “escute-nos”, “os eleitos vivem em outro mundo, eles não nos representam”... e andaram na rua com faixas que indicavam três letras: “RIC”, o Referendo da Iniciativa Cidadã. O mecanismo não existe na Constituição, apesar de as pesquisas mostrarem que os franceses apoiam a reforma. No momento do sucesso das siglas na língua constitucional francesa – veja o famoso “QPC” (questão prioritária da constitucionalidade) –, não foi o “RAC” (o recurso de proteção constitucional) que obteve sucesso nas manifestações, mas o “RIC”. Que símbolo!

Por fim, os “coletes amarelos” expressam uma vontade imoderada de participar diretamente das decisões e de ser representado de maneira diferente. São os pilares tradicionais da “democracia representativa” que são criticados. O movimento mostra os novos “desafios” que as democracias enfrentarão durante o século XXI. Pode-se lamentar, mas a tendência parece irreversível. Analisando as deficiências do constitucionalismo francês, do sistema institucional da União Europeia e, depois de todo o “constitucionalismo multinível”, pode-se dizer que, em alguns aspectos, suas reivindicações estão corretas. De fato, acredito que o “constitucionalismo multinível”, com a União Europeia em primeiro plano, segue um caminho que a condena. O caminho seguido condena esta maravilhosa ideia de paz e integração em direção a um objetivo federalista, uma vez que a União foi logo desnaturada. Numerosos índices provam isso: o primado da economia, a onipotência de especialistas de todos os tipos, a onipotência dos juízes, do Banco Central Europeu, da “comitologia”... Em suma, o projeto europeu se encaminha para um horizonte que não é “democracia”.

Não é fácil dar uma definição precisa de democracia, que é um conceito evolutivo e atravessado por contradições. No entanto, sabemos o que não

⁴ Após a dignidade das reivindicações durante a primeira onda “*gilets jaunes*” (novembro de 2018 – janeiro de 2019), o movimento afundou na lama de extremismos.

é democracia: uma teocracia, uma monocracia ou uma oligarquia. Hoje, na realidade, a União Europeia é cada vez mais como uma oligarquia. Alexandre Viala prefere o termo “epistocracia”, que significa uma maneira de governar dominada pelos sábios, os mais competentes⁵. Em vez de realizar o sonho de Platão de um governo de filósofos, a epistocracia prefere o poder de altos funcionários, especialistas em finanças, tributação, direito, competitividade, poder de especialistas altamente qualificados. Colocando suas ações sob uma objetividade quase científica, os sábios tentam impor uma visão única do mundo. O debate ideológico e a pluralidade de orientações políticas desaparecem.

Quais são as consequências dessa deriva? Em primeiro lugar, são os direitos “políticos” fundamentais do cidadão, dos povos, que desaparecem, ou seja, o direito de escolher o destino da comunidade, de participar diretamente da decisão política e de se sentir representado. Observando os regimes ocidentais, a deriva oligárquica parece amplamente compartilhada. Manifesta-se de duas maneiras: por meio da subordinação da democracia ao conceito de Estado de Direito (1) e, também, por meio de uma visão arcaica de instituições representativas no constitucionalismo multinível (2).

1 A SUBORDINAÇÃO DA “DEMOCRACIA” AO CONCEITO DE “ESTADO DE DIREITO”

A revolta dos “coletes amarelos” expressa um forte ressentimento, um desejo de vingança. A vingança da França periférica sobre a França urbana; a vingança da história nacional sobre os beneficiários da globalização; dos poucos graduados em elites; a vingança da força eufórica da multidão, facilmente mobilizada com o “*smartphone*”, sobre a sociedade individualista. Encontramos uma versão modernizada de *A rebelião das massas*, de José Ortega y Gasset (1930). Traduzido para o vocabulário constitucional, é também, indiretamente, a vingança da política sobre o direito.

1.1 A PERDA DE “EQUILÍBRIO” DENTRO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na origem do direito constitucional situa-se o princípio do “equilíbrio”, que é a pedra angular deste sujeito jurídico muito especial. Verificamos isso olhando primeiro a Constituição dos Estados Unidos com o sistema de “*checks*

⁵ A. Viala, *Le Monde*, 19 oct. 2017. Ver também A. Viala (Dir.), *Demain l'épistocratie?* (Actes du Colloque de Montpellier, 7-8 déc. 2017), Ed. Mare et Martin, 2019.

and balances". A grande Declaração francesa de 1789 oferece outro exemplo de equilíbrio entre o voluntarismo legislativo e os direitos "naturais e inalienáveis" do homem. Maurice Hauriou a teorizou: equilíbrio entre "constituição social" e "constituição política", entre ordem e liberdade, entre os direitos do indivíduo e os direitos da sociedade⁶. A ideia deve ser perpetuada: equilíbrio entre a vontade das instituições eleitas e o controle dos juízes, entre a soberania popular e a separação de poderes, entre o poder da maioria e os direitos das minorias, entre a democracia (em seu sentido etimológico) e o liberalismo. Em relação ao liberalismo, ele entrou no discurso jurídico, após a Segunda Guerra Mundial, por meio do conceito de Estado de Direito, que lhe permitiu usufruir de uma ferramenta relevante para modernização e reabilitação. Mas o que é observado no "constitucionalismo multinível"? Que o Estado de Direito ocupou todo o espaço para esmagar o conceito de democracia ou transformá-lo em um conceito secundário. É assim que o equilíbrio é revertido⁷.

O *Estado de Direito* tornou-se a fonte de todas as legitimidades: legitimidade dos tribunais constitucionais e tribunais supranacionais, "cláusulas da eternidade" nas constituições, da reescrita do catálogo de direitos fundamentais por jurisprudência, legitimidade das constituições quase "concedidas" pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Comissão de Veneza. Por um movimento pendular, a suspeita recaiu sobre tudo o que pertencia ao outro campo: o poder constituinte do povo, os vários mecanismos de participação direta, como o referendo, a iniciativa popular, sobre a lei votada pelos parlamentares. A suspeita recaiu também sobre os deputados, os partidos políticos que têm a obrigação de se submeter à nova "ditadura orwelliana" de transparência. O equilíbrio entre o *Estado de Direito* e a *democracia majoritária* foi revertido até que a antiga tradição do "antiparlamentarismo" fosse restaurada, esquecendo que Hans Kelsen, a referência absoluta em toda reflexão sobre o Estado de Direito, defendia a necessidade de um "estado de partes" (*Parteiinstaat*)⁸. De jeito nenhum que queremos "*faire le procès*" direitos humanos, suas evoluções ou substâncias

⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Ed. Sirey, 1910.

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre esse desequilíbrio, ver S. Pinon, "Itinéraire du couple démocratie et référendum dans l'espace européen", in *Dallo Stato all'individuo. Percorsi costituzionali*, Ed. Jovene, n. 1-2/2016, p. 209-231. Na França, encontramos nos escritos de Slobodan Milacic um verdadeiro pensamento do desequilíbrio entre democracia política e Estado de Direito.

⁸ Ver H. Kelsen, *La démocratie - sa nature, sa valeur*, 1932, rééd Dalloz, 2004, p. 20-21.

materiais. É muito mais o problema do procedimento formal de criação desses direitos, devido à sua natureza demasiado oligárquica, que deve ser questionada.

1.2 OS PERIGOS QUE RESULTAM DO DESEQUILÍBRIO

Esse desequilíbrio entre a democracia majoritária e o Estado de Direito envolve um duplo perigo: a ciência e a política. *Científico*, primeiro, porque existe o risco de falsidade. De fato, ninguém pode garantir que haja mais capacidade em um tribunal constitucional do que em uma assembleia parlamentar ou que as fontes de documentação sejam menos ricas em um parlamento⁹. Essa é a ideia central defendida pelo “*popular constitutionalism*”, um movimento de contestação frente à onipotência do Poder Judiciário nos Estados Unidos. Os líderes dessa corrente acadêmica – Larry Kramer, Mark Tushnet e Robert Post¹⁰ – tentam reabilitar a teoria do poder constituinte do povo, totalmente negada pela última palavra dada à Suprema Corte no campo da interpretação do texto supremo. Os argumentos desenvolvidos para reduzir o escopo – ou suprimi-lo nos escritos de M. Tushnet – do “*judicial review*” são numerosos. Entre eles, encontramos a realidade exposta pela “*American legal realism*”¹¹, segundo a qual a interpretação do juiz não é um ato de “conhecimento” (de um sentido preestabelecido do texto), mas um ato de “vontade” (de um senso de escolha). Certamente, dada a liberdade política e ideológica do juiz, vale a pena refletir sobre sua legitimidade. Eles fazem isso, por exemplo, verificando a superioridade das deliberações dentro das câmaras. Além disso, ninguém pode garantir que a pluralidade da sociedade seja mais bem refletida que nos tribunais; a idade média dos juízes, a natureza de suas formações ou sua extração sociológica permitem sentir melhor as necessidades das minorias. E não falamos de clientelismo ou de estratégias

⁹ É uma das teses defendidas por Paul Yowell: Yowell P., *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, London, 2018. Hunt M., Hooper H., Yowell P. (Dir.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, London, 2015.

¹⁰ Ver Kramer L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004; Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999; Post R. C. y Siegel R. B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review*, 1027, 2004. Todos esses textos tratam da restituição do poder constituinte ao povo.

¹¹ É um movimento nascido no início do século XX em reação tanto à “*Formalism school*” quanto ao ativismo conservador da Corte Lochner (1897-1937). Não se considera que hoje, nas universidades estadunidenses, todos os constitucionalistas compartilhem a tese do “realismo”. Porém, naquela época, os precursores eram Oliver Holmes ou John Gray. Michel Troper apresenta a teoria realista na doutrina francesa.

políticas dos próprios juízes ou de quem eles os promovem ou nomeiam (ver a esse respeito a recente nomeação de Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh na Suprema Corte dos Estados Unidos).

Um dos problemas reside na interpretação de normas ambíguas, escritas em termos imprecisos ou na forma de princípios – numerosos nos textos constitucionais – e que têm um alcance social importante. Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova York, se pergunta: *Como explicar que uma sentença adotada pela maioria dos juízes (quatro ou cinco) é menos crítica do que uma decisão apoiada pela maioria no parlamento?*¹² Nos Estados Unidos, faz mais de um século que o debate sobre a legitimidade de “*constitutional review*” está aberto; todavia, é um “elemento estrutural” do constitucionalismo americano¹³. O contrário é verdadeiro na França, dado que na onipotência dos juízes supranacionais (TJUE e, sobretudo, CEDH) prevalece a idolatria ou a demissão. Nesse ambiente de mudanças generalizadas, fingir “radicalizar a democracia” afirmando tanto a futilidade do referendo (em todas as suas formas) quanto a necessidade de acentuar a influência de instituições jurisdicionais (o juiz constitucional, em primeiro lugar) equivale a colocar contra o fluxo da história¹⁴.

Mas há também um perigo político. Porque, politicamente, não é admissível responder ao progresso da integração europeia, mesmo com argumentos moderados. Durante muito tempo, na mídia, no círculo de apoiadores da integração, o discurso dominante foi que esse progresso era uma evidência científica objetiva. Entre os céticos, espalham o medo de serem colocados do lado do populismo, do lado sombrio da História; enquanto os “patriotas europeus” viviam “com a falsa ilusão de uma Europa necessária, inscrita na natureza das coisas, que seriam construídas sem nós ainda que nada fizéssemos, porque a história estava do seu lado”¹⁵. Mas isso não é democracia. Requer debates, confrontos ideológicos, pluralidade de opções políticas. Finalmente, o que está

¹² Ver J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 (sobre todo o Capítulo 10, p. 246-273). Também, J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 2007. Sobre o papel fundamental dos parlamentos na proteção de direitos, ver também os escritos de Gerald N. Rosenberg, Richard Bellamy ou Adrian Vermeule. Para um estudo de alta qualidade, G. Tusseau, “Enfrentar al panjudicialismo epistémico: la escatomización de formas políticas de control de constitucionalidad”, *Parlamento y Constitución, Anuario* n. 18-2017, p. 9-53.

¹³ I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Dalloz, 2017, p. 666.

¹⁴ Ver D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, Seuil, 2015.

¹⁵ “La Casa Europea, en llamas”, manifesto dirigido por Bernard-Henri Lévy, *El País*, 27 ene. 2019.

por trás da primazia do *Estado de Direito* e dos especialistas? É a desvalorização indireta do sufrágio universal e da soberania popular, que pode levar à ira de uma parte dos cidadãos, que pode levar à votação de Donald Trump ou Viktor Orban. Afinal, qual é o conceito de “democracia iliberal” defendido na Hungria, Polônia, República Tcheca, mas um conceito radicalmente contrário ao “Estado de Direito”. Em outras palavras, seu crescimento pode parecer uma maneira – muito perigosa – de restaurar o equilíbrio entre o *direito* e a *democracia*.

É certo que os responsáveis pela atual crise do “constitucionalismo multinível” são numerosos. Podemos citar a Comissão de Barroso, a força do egoísmo nacional nos Conselhos, a rejeição da Comunidade Europeia de Defesa pelos deputados franceses em 1954 (o “crime de 30 de maio”), o Banco Central europeu... Também deve mencionar a presença de outra pessoa responsável, muitas vezes esquecida: as Cortes supranacionais. O Professor Olivier Beaud diz desta maneira: “Os especialistas em direito europeu são frequentemente militantes da integração, que carecem de uma visão crítica sobre a ação dos juízes europeus”¹⁶. A revolução ocorreu em 1964, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia, na jurisprudência *Costa c./Enel*, falou de uma “nova ordem jurídica”, destacada no direito internacional clássico; quando os juízes luxemburgueses decidiram construir um direito constitucional supranacional de um tipo específico, um direito constitucional “econômico”. Foi o triunfo do “ordoliberalismo”¹⁷.

1.3 JURISDIÇÕES SUPRANACIONAIS E A AMEAÇA DE “GOVERNO DOS JUÍZES”

É necessário não chamar de erros: não se trata mais de negar o papel dos tribunais supranacionais (TJUE e CEDH) no campo dos direitos. Foi de grande riqueza. Permitiram a proteção efetiva das minorias, a luta contra todas as formas de discriminação, o fortalecimento do direito a um remédio eficaz ou o direito a um processo equitativo... Mas os juízes ainda são mulheres e homens, com

¹⁶ O. Beaud, “Démocratie européenne: les raisons de la défiance” (entretien avec Dieter Grimm), *Esprit*, n. 416, juillet 2015, p. 86. Sabemos que a “crítica” é o coração da nossa atividade científica; permite evitar a “sonolência do conhecimento” de acordo com a fórmula do filósofo Gaston Bachelard (*La formación del espíritu científico*, 1938); porque a experiência científica é “uma experiência que contradiz a experiência comum”.

¹⁷ Para mais detalhes F. Martucci, “Pouvoir constituant et marché dans le système constitutionnellement intégré de l’Union européenne”, in F. Balaguer Callejón, A. Viala, S. Pinon (Dir.), *Le pouvoir constituant au XXI^e siècle*, Editions Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017, p. 72.

suas paixões, suas próprias culturas, suas fraquezas, e eles não podem escapar das lições de Montesquieu: “É uma experiência eterna que todo homem que tem poder se sente inclinado a abusar dele, indo tão longe quanto ele encontra limites” (*Do espírito das leis*, Livro XI, Capítulo IV). Permanecer um “poder” sem vigilância, sem o controle de um espaço público real para discussão, sem o contrapeso do poder “político”, sem a supervisão da “opinião pública”, é expor-se à onipotência e ao surgimento de um “governo dos juízes”. É o que acontece na Europa agora. Mas a história das últimas décadas ensina que a salvação da civilização e da democracia não virá dos juízes. “*Court and Judicial review are false gods*”, disse Mark Tushnet¹⁸. Existem numerosas jurisprudências (*Handelsgesellschaft, Foto-Frost, Aziz Melki, Stefano Melloni...*), numerosos exemplos de desvios para a hegemonia dos juízes supranacionais. Do lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o famoso conceito de “consenso europeu” (também usado pela Comissão de Veneza) oferece outra ilustração do “custo democrático” de tal domínio¹⁹.

Como o Tribunal estabeleceu repetidamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é um “instrumento vivo” de interpretação. O conceito de “consenso europeu” gira em torno dessa lógica; refere-se ao nível de uniformidade existente nos marcos legais dos Estados-membros do Conselho da Europa sobre um assunto específico. O Tribunal usa tanto para justificar uma ampla “margem de apreciação” concedida aos Estados na ausência de consenso (reprodução assistida, aborto, adoção por exemplo) quanto para impor “novos padrões” nos casos em que exista uma tendência clara na maioria dos Estados-membros (igualdade de crianças nascidas fora do casamento, objeções de consciência, por exemplo)²⁰. No entanto, existem elementos absurdos nesse tipo de raciocínio, elementos que podem energizar a “democracia ilegal” incentivada por Viktor Orbán.

O absurdo, em primeiro lugar, resulta da negação do que é uma constituição nacional: um “contrato social” entre gerações, o reflexo de sua própria história, o

¹⁸ M. Tushnet, “Democracy Versus Judicial Review: is it Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, 52(2), mars 2015.

¹⁹ Sobre este tema, ver E. Gill-Pedro, *EU Law, Fundamental Rights and National Democracy*, Routledge, 2018.

²⁰ Para um estudo muito rico sobre a relação entre a CEDH e um Estado, ver E. Guillén López, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42-2018, p. 335-370.

código moral e cultural de um povo. Afinal, uma constituição é o reflexo de um “consenso interno”. Obviamente, como explicar à maioria dos cidadãos que esse “consenso interno” não vale...? Não é válido se for estabelecido um “consenso europeu”! O absurdo, em segundo lugar, resulta do aspecto aleatório e instável de um “consenso europeu”. Pode ser condicionado por várias “razões específicas”: razões conjunturais, como a mudança de ordem constitucional em alguns Estados, como uma alteração política radical, como a chegada simultânea de partidos extremistas ao poder, como simplesmente a nova orientação ideológica do sufrágio universal. Uma hipótese: se a ultradireita aderiu ao poder na maioria dos Estados-membros, com a adoção de legislações radicalmente diferentes no âmbito da família, dos valores religiosos, do casamento, em consequência do surgimento de um novo tipo de “consenso europeu”, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ainda concordaria em se referir a esse conceito? Terceiro, com o “consenso europeu”, o absurdo resulta da negação dos próprios princípios que animam a história do Conselho da Europa: pluralismo, respeito por todas as minorias culturais, sociais e étnicas diante da tirania majoritária. Finalmente, o respeito pelas minorias... exceto as minorias constitucionais.

Alguns autores pensam que é esse tipo de negação arbitrária, de desprezo ao “consenso interno” dos Estados por uma oligarquia de juízes, que contribui para alimentar o “isolamento nacionalista”²¹. Porque as opiniões amordaçadas, desprezadas pelo círculo de especialistas, pela primazia do “diálogo” dos juízes sobre o poder constituinte do povo, podem ser transformadas em opiniões radicais, violentas e antissistêmicas. No início desta grande reflexão sobre o “direito constitucional europeu”, não pude dominar a ideia do desequilíbrio entre a garantia jurisdicional de direitos e a democracia eletiva, entre a CEDH e as demais jurisdições; a perspectiva atual de um falso “diálogo” que está se aproximando, na realidade, de uma competição estratégica ou de um “monólogo” não pôde ser abordada. Na doutrina majoritária, o “diálogo dos juízes” tornou-se uma reflexão intelectual, preguiçosa, que contribui para neutralizar o espírito crítico. É “uma fortaleza que deve ser demolida ou reconstruída”²².

²¹ V. Zorkin, “La Convention européenne des droits de l’homme et les problèmes de sa mise en oeuvre”, *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, n. 3-2016, p. 371-383. Também, B. Mathieu, *Justice et politique: la déchirure?* Éd. Lextenso, coll. Forum, 2015.

²² P.-Y. Monjal, “Dialogue”, in *Abécédaire du droit de l’Union Européenne. En l’honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presses Universitaires de Rennes, 2017, p. 148. Para outros trabalhos desmistificando o “diálogo dos juízes”, ver P.-Y. Monjal, P. Jan, Ch. Geslot (Dir.), *La concurrence des juges en Europe: le dialogue des juges en question(s)*, éd. Clément Juglar, 2018. Kavanagh A., “The Lure and the Limits of

O direito constitucional nacional, em muitos países, e sobretudo o direito constitucional europeu, tornou-se um direito de desconfiança, de “garantia” e, é claro, perdeu o caráter de “empoderamento”: possibilitando o debate político, a participação cidadã, afinal, a integração do pluralismo social. O dogma representativo triunfa com juízes erguidos como novos guias da vontade geral, moralidade e felicidade coletiva. A sacralização do Poder Judiciário assume o aspecto de uma ideologia. A “revolução digital” derrubará essas antigas crenças, que irão sublinhar o arcaísmo das instituições representativas no constitucionalismo multinível.

2 A VISÃO ARCAICA DAS INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS NO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

À maneira de uma maré crescente que inunda todos os portos, todos os estuários, a *revolução da sociedade digital* poderia, muito em breve, invadir todos os ramos do direito constitucional. Com brutalidade, os “coletes amarelos” são a expressão dos primeiros choques de uma imagem conceitual agonizante.

2.1 A TORTUOSA HISTÓRIA DA DEMOCRACIA

Toda a história da “democracia”, desde a era ateniense, é a história de uma adaptação e uma evolução. Primeiro, era necessário livrar-se das estruturas escravistas originais, quando a disponibilidade dos cidadãos era alcançada às custas da servidão de outros. Segundo, encontramos o desafio do sufrágio universal, da chegada das massas ao coração da vida política, o perigo da versatilidade, da paixão coletiva, o perigo da tirania das majorias. Então, a chegada das mulheres, dos partidos políticos, dos direitos sociais, da proteção das minorias, o advento do controle constitucional, a “vitória mundial” do juiz constitucional de acordo com a expressão de Peter Häberle²³. Agora, as democracias precisam aceitar a padronização do tratamento jurisprudencial de direitos e liberdades devido ao peso de convenções internacionais e tribunais supranacionais especializados em proteção de direitos humanos. É o momento da abertura de ordens internas aos imperativos do direito internacional, do direito da União e da lógica da globalização. Quão distante parece a representação etimológica da democracia (*demos - cratos*)!

Dialogue”, *University of Toronto LJ*, v. 66, 2016, p. 83-120; G. de Vergottini, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013; Law D., Chang W., “The limits of global judicial dialogue”, *Washington Law Review*, v. 86, 2011. p. 523-577.

²³ P. Häberle, *L’Etat constitutionnel*, Economica (trad. C. Grewe), coll. Droit public positif, 2004, p. 140.

Como observado por Joseph Schumpeter (*Capitalismo, socialismo e democracia*, 1942), a leitura correta da “democracia” impõe desvalorizar a etimologia da própria palavra. O conceito de “mitologia de suas origens” deve ser refinado para confrontá-lo com o presente e a experiência histórica das instituições. Desde a Segunda Guerra Mundial, para desviar-se da suspeita autoritária, um regime deve não apenas favorecer eleições livres e regulares, mas também respeitar vários requisitos: a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a responsabilidade política, o princípio deliberativo, a independência dos juízes etc. Afinal, um tipo de relacionamento combinado é traçado entre a *origem* do poder (sufrágio universal, mecanismos de participação direta), sua *finalidade* (proteção do catálogo de direitos, aceitação de tratados internacionais relacionados a direitos humanos, o processo equitativo) e seus *procedimentos* de exercício (responsabilidade dos governantes, comunicação constante entre a esfera social e a esfera pública, contrapeso dos órgãos de controle...)²⁴. Três pilares das democracias contemporâneas, três raízes – duas das quais acompanhavam a mais antiga, a vontade do povo –, que se combinam, estabelecendo o novo equilíbrio do conceito. Mas a hegemonia do *Estado de Direito* – da *finalidade* do poder – causou uma quebra estrutural do equilíbrio e, é claro, a inevitável crise do modelo democrático.

2.2 O DESAFIO DA REVOLUÇÃO DIGITAL

Com a sociedade digital que invade tudo, outras crises graves e inversas estão surgindo, levando a outros desequilíbrios favoráveis, dessa vez à origem popular do poder (participação, controle frenético...). Uma nova etapa se abre na história da democracia, quase uma “revolução”. Neste contexto, a visão clássica do mandato representativo não pode ser mantida, o que estabelece uma distância inevitável entre os eleitores e os eleitos. Porque foi ensinado desde os tempos de Sieyès ou de Madison que apenas estes têm a capacidade de expressar a vontade geral e capturar o bem comum. Hoje, após a vigilância permanente da sociedade “conectada”, ocorre a *fusão*, transformando os eleitos em meros porta-vozes dos eleitores.

Toda a história pode ser resumida em uma luta contra os impulsos violentos do homem; uma luta compreendida pela educação, pelo acesso à cultura. Como Victor Hugo disse: “Quem abre a porta de uma escola fecha

²⁴ Para mais detalhes, ver S. Pinon, “La notion de *démocratie* dans la doctrine constitutionnelle française”, *Revue Politeia*, n. 10-2006, p. 465-468. Também nosso estudo: “Le déficit démocratique de l’Union européenne: mais quel déficit?”, in F. Lanchester (Dir.), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, ed. Giuffrè, coll. Quaderni di Nomos, fév. 2016, p. 537-553.

uma prisão” (“*El que abre la puerta de una escuela cierra una prisión*”). Utilizando o vocabulário da psicanálise, a construção da humanidade é a história do “eu”, canalizada pelo “superego”. O “eu” representa a instância inconsciente que contém todos os impulsos. É o polo dos instintos primitivos de cada um, o “lugar do caos” de acordo com a fórmula de Sigmund Freud, “a chaleira cheia de emoções ferventes”, enquanto o “superego” representa padrões morais, o polo de internalização de proibições dos pais e da sociedade. Quanto ao “eu”, trata-se do indivíduo em sua vida cotidiana, que incorpora em suas ações a presença do “superego”. Em outras palavras, o homem penetrado pela civilização.

A cultura selvagem da “Internet” e das redes sociais, com a proliferação de notícias falsas, com esse fascínio mórbido por tramas, de todos os tipos, insultos, voyeurismo, teria pulverizado o “superego”, abandonando, assim, o indivíduo sob a influência direta e perigosa de “eu”. Da mesma forma que a descoberta da imprensa ou a chegada da eletricidade, a sociedade digital entra na história como uma “revolução”. Está implementando uma nova cultura de hipernarcisismo. Porque essa revolução facilita a difusão da voz de cada um, a opinião de cada um, sobre todos os assuntos, o que leva a criar a ilusão de conhecimento, de poder. É realizada uma equalização das informações, das análises, *The Death of Expertise*, de acordo com o título do livro de Tom Nichols (Oxford Univ Press, 2017). Na ‘web’, as redes sociais, que estão projetadas sobre a sociedade há uma década, portam os germes da barbárie. Há um ataque geral contra o conhecimento, contra as contribuições da ciência, que coincide com o crescente apoio do “populismo”²⁵.

A “revolução” da sociedade digital tem um escopo multidimensional: cultural, educacional, antropológico, econômico etc. Há também consequências institucionais indiretas por meio de uma nova vontade imoderada de participar, monitorar e assediar representantes. As redes sociais reduzem cada vez mais a distância entre os que estão no poder e os outros, o que, sem dúvida alguma, condena em curto prazo as estruturas clássicas da democracia representativa. Portanto, é necessário imaginar novos mecanismos de participação direta e outros modos de representação. Na história muito rica e imprevisível da “democracia”, ocorreu o advento do “povo eleitor” (com sufrágio universal, partidos políticos, voto das mulheres); depois, o advento das “pessoas sociais” (com direito a greve, sindicatos, Estado de Direito Social, exigência de “diálogo social” durante a elaboração da lei...); hoje, a chegada dos “digitalizados por

²⁵ L. Cohen Tanugi, *Résistances: la démocratie à l'épreuve*, éditions de l'observatoire, 2017, p. 52.

pessoas” (com Internet e novas redes de comunicações); logo, se observa o “aumento das pessoas” por inteligência artificial.

Por mais de uma década, em seus escritos, Francisco Balaguer Callejón incentiva a atravessar fronteiras nacionais para entender as evoluções do “direito constitucional”, atravessado por uma nova realidade: a interseção de ordens legais. Com efeito, manter uma visão “*stato-centrada*” constitucional equivale a adotar uma visão amputada do sujeito. Pensar a “democracia” implica a mesma lógica. Consequentemente, o *constitucionalismo multinível* deve combinar-se naturalmente com a *democracia multinível*, conquistando verdadeiros direitos “políticos” ao nível da União. Mas a União Europeia está atualmente sofrendo uma série de crises coagulantes: econômica, institucional, de identidade, e crise moral com o problema dos migrantes. A restauração da União exigirá um esforço de imaginação, em todos os campos, inclusive no direito.

2.3 INVENTAR UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL MULTINÍVEL

Os novos desafios do direito constitucional na França – abrir instituições para direcionar a participação cidadã, mudar o modo de representação – também são desafios para o direito constitucional multinível.

Ao observar o quadro institucional da União, destacam-se três aberrações. A primeira reside na desvalorização do Parlamento Europeu na nova “governança econômica”, instalada desde 2008. Mais e mais doses de “agências” especializadas, promovidas pela Comissão Europeia, de vários mecanismos de controle (MEDE, MUS, PDM...), e cada vez menos representantes eleitos. É outro exemplo da “epistocracia” que mergulha o futuro da integração. O segundo assume a forma de um anacronismo, aceitável no tempo de Jean Monnet, mas que hoje se torna insuportável. Eu quero falar sobre a fórmula do art. 17 do TUE: “A Comissão promove o interesse geral da União...”. É o símbolo perfeito de uma visão elitista ou aristocrática do poder, um tributo às teses liberais do século XIX, segundo as quais apenas representantes têm acesso à “razão”. Nessa tradição, o único objetivo das eleições era selecionar os mais esclarecidos, os mais capazes de expressar, com total independência, a vontade geral. Era a época do triunfo do “governo representativo”, apresentado nos escritos de Adhémar Esmein como um tipo de regime superior e preferível ao “governo democrático”.

Uma formulação mais aberta do artigo 17.º deve abranger também uma extensão dos titulares da iniciativa de atos legislativos para incluir, por exemplo, os grupos do Parlamento Europeu ou uma minoria de parlamentos, o Comitê Econômico e Social Europeu, o Comitê Europeu das Regiões, bem como por

verdadeira iniciativa cidadã. De fato, o procedimento atual previsto no art. 11.4 do TUE é uma ficção da participação popular que mais uma vez dá origem ao papel central da Comissão neste campo. A terceira aberração está localizada ao lado do Tribunal de Justiça da União. Segue tendo *status* de instituição secundária – com a nomeação de seus membros confiscados pelos governos nacionais – e ainda é uma chave para a história da integração. Nos Estados-membros que praticam o modelo “concentrado” de justiça constitucional, a presença de um padrão comum é apreciada: o voto das câmaras para escolher a totalidade dos juízes ou parte deles. A União Europeia poderia inspirar-se por esse tipo de legitimidade parlamentar.

O crescimento da extrema-direita, dos partidos antieuropeus ou antissistema, destaca outra fraqueza do Tratado de Lisboa, referente à participação dos parlamentos nacionais na elaboração da legislação europeia. A ideia não figurava nos grandes projetos de estabelecimento de uma Europa federal, o plano Altiero Spinelli, por exemplo. Numa formulação voluntarista (e acima de tudo idealista), o artigo 12.º do TUE indica que “os Parlamentos nacionais contribuem ativamente para o bom funcionamento da União”. Foi o período de todas as ilusões sobre o “diálogo” dos juízes. Os escritos críticos sobre os efeitos indiretos da retórica do “diálogo” ainda não haviam aparecido – todo o contrário de uma fórmula neutra –, que inevitavelmente serve aos interesses de seus atores e à arrogância da instituição judicial. De uma ilusão para outra (ou de uma “mistificação” para outra), os editores do tratado decidiram dar o passo. Após o diálogo dos juízes, a formalização do diálogo parlamentar chegaria. Mas que coerência existe por trás desse novo modelo “dual” de expressão democrática? O Parlamento Europeu, por um lado; a diversidade de quarenta e uma câmaras nacionais, por outro lado. Os riscos da competição de legitimidades e a paralisia das grandes reformas ocorreram desde o início. Na prática, a “mão invisível” que deveria iniciar uma sinergia comum capaz de neutralizar os diferentes egoísmos nacionais não aparece. O verme está no fruto, porque hoje são os parlamentos da Hungria, Polônia, República Tcheca, Itália que participam da aplicação do princípio da subsidiariedade e aqueles que devem contribuir “ativamente para o bom funcionamento da União”.

Antes do fracasso do Parlamento Europeu em sua missão de aumentar a legitimidade democrática da União, foi apostado na primeira década do século XXI por ajuda construtiva dos diferentes parlamentos dos Estados membros. Mais de dez anos depois, o diagnóstico é o mesmo, mas os remédios precisam ser alterados. Talvez a “ajuda” possa vir de outra família do parlamento, um parlamento único, que difere radicalmente de uma instituição escolhida pelo

sufrágio universal. Em um período de mutação dos pilares tradicionais da democracia – não apenas no nível conceitual, mas também no nível institucional –, pode-se sentir autorizado a abandonar as reflexões do passado e dos velhos dogmas.

Foi publicado recentemente em *El País* (11 de janeiro de 2019) um artigo muito interessante do Professor Agustín Ruiz Robledo, intitulado “Um Senado impossível”. Sublinha o papel na Irlanda do Senado “profissional”, apoiado pela confiança do povo (53% no referendo de 2013), que defende a seguinte ideia: A câmara alta é útil porque “personalidades independentes podem contribuir com seu próprio ponto de vista para os assuntos do estado, sem responder à lógica dos partidos”. Mas não compartilho sua conclusão ao escrever sobre a perspectiva de uma *Câmara da sociedade civil ou da pluralidade social*: “Neste ponto do século 21, seria impossível procurar essa composição”. Precisamente, penso que o novo século reúne as condições para o sucesso desse tipo de câmara, nacional e talvez supranacionalmente²⁶. Claro que, todavia, está viva a memória das câmaras corporativas do sul da Europa na época do triunfo do fascismo ou salazarismo. Contudo, como Paul Valéry apontou, é necessário levar a história com mais humildade, porque “a história justifica tudo o que se quer, não ensina nada rigorosamente, pois contém tudo e dá tudo um exemplo” (*Regards sur le monde actuel*, 1931). Existem dificuldades óbvias, especialmente materiais – a identificação dos setores da sociedade a serem representados, a distribuição de assentos entre eles, a questão das comunidades religiosas etc. –, mas pelo menos quatro elementos permitem hoje defender esta reforma.

Primeiro item. O fato de ser uma ideia (uma câmara de interesses sociais e econômicos) que também pertence ao debate republicano e democrático. Foi inaugurado pelos constituintes da República de Weimar – dominados pelos socialistas – tentando articular o indivíduo abstrato e o indivíduo social. Na França, professores de direito público famosos apoiaram a reforma (Léon Duguit, Marcel Prélot, Maurice Deslandres), bem como líderes políticos moderados (Charles

²⁶ Para mais detalhes, S. Pinon, “La représentation parlementaire des groupes sociaux et des intérêts professionnels: une perspective à oublier?”, in C. M. Herrera, S. Pinon (Dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, op. cit., p. 115-134. Neste estudo, destaquei os escritos esquecidos de L. Duguit e P. Mendès-France para abrir um debate paralisado na França desde o fracasso do referendo de 1969, cujo objetivo era transformar o Senado em uma Câmara de interesses econômicos, sociais e territoriais; uma Câmara “*des forces vives*” da nação proclamada Charles de Gaulle. Em 2015, Dominique Rousseau contará com os mesmos autores para defender a ideia de uma Terceira Assembleia, a “Assembleia Social”, porém limitada a uma função deliberativa (*Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, op. cit., p. 139-151). Desde sua eleição em 2017, o Presidente Macron considera a perspectiva de uma Assembleia da “sociedade civil”, que ele apresenta como um “fórum da República”.

de Gaulle, Paul Coste-Floret ou Pierre Mendès-France). Segundo elemento. O conceito de povo mudou. A visão de um “povo de transcendência” (a herança da Revolução de 1789 desapareceu), concebido em torno da mística da união. Pelo contrário, um “povo de singularidades” é implantado, com reivindicações de identidades regionais, culturais, religiosas, linguísticas, que reivindicam o direito de representação, em sua pluralidade sociológica. Terceiro argumento. Estamos diante de uma mutação da própria representação, ilustrada pelo movimento dos “coletes amarelos”. Dinamizado pela revolução da sociedade digital, é o retorno do mandato imperativo, em uma forma de “semelhança de representação” (longe da tradicional “representação a distância”). Quarto argumento. Seria a ocasião para institucionalizar e canalizar uma nova geração de contrapoder – os “contrapoderes sociais” –, que não se refere aos partidos ou sindicatos tradicionais, mas à nova pluralidade que compõe a sociedade civil.

Estudar o direito constitucional multinível impõe projeção além do quadro das constituições nacionais. O Tratado de Lisboa anunciou sua intenção de favorecer o peso da “sociedade civil” (art. 11.2 do TUE) em uma perspectiva democrática mais aberta. No entanto, a sociedade civil continua a agir com muita frequência de maneira oculta, por meio da ação de *lobby*. Com a presença de um órgão representativo de outro tipo – chamada, por exemplo, “Grande Câmara do Poder do Cidadão” –, a sociedade civil teria um fórum real de discussão e deliberação, com capacidade de interferir na elaboração da legislação da União. Essa inovação institucional pode ter um impacto relevante nas opiniões públicas e modificar a visão da Europa, muitas vezes percebida como uma aventura liderada por um círculo de elites longe das realidades sociais. A partir de agora, a “Grande Câmara” poderá substituir o Conselho Econômico e Social Europeu, superando-o tanto em termos de representação (muito mais diversificado) quanto de poderes.

Por meio dessas primeiras linhas de reforma – que não são suficientes –, pode ser possível impedir que o *constitucionalismo “econômico” multinível* se combine com um “*governo dos juízes*” multinível.

A “revolução” da sociedade digital ganha terreno; está às portas do direito constitucional. Novos desafios se acumulam diante de nossas antigas democracias liberais. O frenesi *participativo* pode enfraquecer o dogma *representativo*, sacudindo as sociedades de um desequilíbrio para o outro. Ao descobrir o texto da Constituição da Quinta República, durante o verão de 1958, o filósofo Jean-Paul Sartre escreveu um artigo intitulado “A Constituição do desprezo”. O texto ocupava a primeira página do famoso semanário *L’Express*. Sem uma reorientação do constitucionalismo multinível em direção a uma

presença política real dos povos, corremos o risco de incentivar a denúncia de um “constitucionalismo multinível do desprezo”.

Submissão em: 26.11.2019

Avaliado em: 21.10.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.10.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 22.10.2020