

RECONCEPTUALIZACAO DO POSITIVISMO JURIDICO: ANALISIS COMPARATIVO DA HERANCA COMTEANA NO BRASIL E DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS RECONCEPTUALIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL LEGADO COMTIANO EN BRASIL Y DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

MERYL THIEL¹

Resumo

O conceito de “positivismo” pode ser encontrado em uma grande variedade de matérias tal como na sociologia, no direito, na filosofia. Assim, não existiria um positivismo, e sim positivismos. No entanto, foi um homem apenas quem inventou nesta inovação terminológica e conceitual: o francês Auguste Comte. Suas aspirações à uma reorganização social durável e radical fez com que seu “espírito positivo” e sua “filosofia positiva” evoluíssem em busca do que se chama positivismo. Mas, o que significa exatamente essa palavra? Mais ainda, existiria um positivismo jurídico comtiano? Para responder a essas perguntas, farei um analisis comparativo do direito constitucional francês e da cultura juridica brasileira. De isto resultara que o positivismo juridico é mais comtiano que lo que a doutrina diz.

Palavras chave: “Governo dos juízes” - Pirâmide das normas
- Separação dos poderes

¹ Doctora en Derecho Internacional, Francia. Esta nota de investigación fue presentada en las *Jornadas da Cultura Jurídica Francesa no Brasil* organizada por la FGV, Río de Janeiro, en 2016. Associated Researcher Sciences Po Aix-en-Provence. Head of the Dept of Intl Relations, UniKL, Malaysia m.thiel@live.fr

Reconceptualización del positivismo jurídico: análisis comparativo del legado comtiano en Brasil y derecho constitucional francés

Resumen

El concepto de “positivismo” puede encontrarse en una gran variedad de materias tal como la sociología, el derecho o la filosofía. Así, no existiría un positivismo, sino positivismos. Sin embargo, fue un hombre sólo quien precisó esta innovación terminológica y conceptual: el francés Auguste Comte. Sus aspiraciones a una reorganización social duradera y radical hicieron evolucionar su “espíritu positivo” y su “filosofía positiva” en busca de lo que se llama positivismo. Pero, ¿qué significa exactamente esa palabra? Más aún, ¿existiría un positivismo jurídico *comtiano*? Para responder a esas preguntas, haré un análisis comparativo del derecho constitucional francés y de la cultura jurídica brasileña. De ello resultó que el positivismo jurídicamente es más *comtiano* que lo que la doctrina diga.

Palabras clave: “Gobierno de los jueces” - Pirámide de las normas - Separación de los poderes

Reconceptualization of legal positivism: comparative analysis between the heritage of auguste comte in Brazil and french constitutional law

Abstract

Behind the term “positivism” lies a multitude of currents of thought in fields as varied as sociology, law or philosophy: therefore, there would not be one but

positivisms. Yet it is one man who is at the origin of this terminological and conceptual innovation that upset the nineteenth century: the French Auguste Comte. The influence of his philosophy on the construction of Brazilian thought, both political and social, is certain. But what about Brazilian law? Would legal positivism be of “comtian” essence? To answer these questions, it will be proceeded to a comparative method between French constitutional law and the Brazilian legal culture. The result will be that legal positivism is more “comtian” than it seems to be.

Keywords: “Government by the judges”– Pyramid of norms– Separation of powers

I. Introdução

“Ordem e Progresso”. O rigor subjacente com adivisa brasileira faz particularmente eco nos ouvidos de um francófono. Efetivamente, é Auguste Comte, filósofo da cidade de Montpellier que, no século XIX, fez desta máxima o fundamento de seu *positivismo* essencialmente composto, “de uma filosofia e de uma política, que são necessariamente inseparáveis, como que uma constituindo a base e a outra o objetivo de um mesmo sistema universal”². Comte tinha concebido uma iconografia política ilustrando a passagem *orgânica* do nível metafísico para o nível científico. Em seu *Sistema de política positiva*, ele

2 Comte, A. *Discours sur l'esprit positif*. Paris : Vrin. 1990, p.2

propõe: “uma bandeira para o Estado positivista do Ocidente suposto ultrapassar os Estados nacionais. Ele concebe primeiramente uma “bandeira religiosa” contendo “a fórmula sagrada dos positivistas: *O Amor como princípio, a Ordem como base e o Progresso como fim*, sob um pano de fundo verde, cor natural da esperança, própria aos emblemas do futuro” e depois a “bandeira política” (...) *Ordem e Progresso*”³. Se, como pensa o Jurt, “os símbolos fazem parte da identidade dos Estados”⁴, a simbólica republicana brasileira ilustra deste modo, de alguma maneira, a influência comtiana sobre a arquitetura jurídica e política do país. Assim, também pensamos na catedral do Rio, de forma piramidal, e possuindo três portas de entrada. Mais globalmente, “os positivistas pronunciaram-se a respeito de quase todas as criações simbólicas relativas à república no Brasil: a bandeira, a divisa, o brasão, a tentativa de criação de uma alegoria da república, o mito do Tiradentes (...). De acordo com a concepção dos positivistas, uma pequena elite devia reconhecer as leis da evolução histórica independentemente do consentimento de maiorias populares ou parlamentares sempre versáteis. O objetivo era fazer com que o povo aceite ou até goste desta forma de governo”⁵. O objecti-

3 Jurt, J. Le Brésil: un Etat-nation à construire. Le rôle des symboles nationaux: de l'empire à la république, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, março de 2014, n° 201-202, p.52.

4 *Ibidem*, p.44

5 *Ibid.* P. 54

vo desse artigo, então, é demonstrar que o positivismo jurídico-político brasileiro é amplamente inspirado pela doutrina de Comte. Pensar o positivismo de Auguste Comte permite então pensar o encontro conceptual entre a França e o Brasil.

O positivismo de Comte quer ser racionalista: é uma verdadeira ciência que compreende e explica o passado para poder melhor encarar e programar o futuro. Comte desejava proceder a uma reorganização social perene e infalível. Dado que o mundo não pode progredir num universo em que o poder estabelecido é caótico, é preciso demonstrar um *espírito positivo*. Para isso, ele aplicará o seu pensamento na esfera política e conseguirá ultrapassá-la e modulá-la para, a longo prazo, realizar uma última mudança conceptual e interessar-se à esfera religiosa: a Humanidade, guiada por seus sentimentos, afastar-se-á do Deus das religiões para deixar-se guiar por um “novo” Deus que permitirá ao Homem explorar toda sua grandeza e todo seu poder. O positivismo comtiano é então antes do mais um procedimento; é uma forma de se interrogar sobre o mundo que no rodeia. A evolução do pensamento do filósofo é decomposta em três domínios: ciências – política – religião e faz diretamente eco da história da integração do positivismo no Brasil, que decorre em três ciclos: encontro – bodas – separação. É com as ciências, *via* o ensino da medicina e de ciências ditas *exatas*,

que o positivismo chegou ao Brasil. Mas é na esfera jurídica e política que sua dimensão é notável. Por volta dos anos 1870, a clareza e a simplicidade do positivismo seduziram os intelectuais brasileiros: o positivismo comtiano permitia ter uma compreensão global da história do país. Aliás, pouco depois, nasceu a República brasileira e com ela foi uma verdadeira revolução jurídica que se operou. Com efeito, se Benjamin Constant lançou os fundamentos da história constitucional brasileira, foi só em 1889 que nasceu a República separando-se, precisamente, da concepção deste intelectual valdense: a separação dos poderes quadripartida em vigor é abandonada em proveito do modelo tripartido imaginado por Montesquieu. Mas então em que medida o positivismo político-jurídico brasileiro é testemunho da herança comtiana?

O positivismo lógico defendido pelo Círculo de Viena, apesar de responder aos paradigmas científicos em vigor, alimenta um verdadeiro projeto jurídico e tem a ambição de influenciar a política⁶. Aliás, o vocabulário utilizado para pensar indistintamente as ciências da Natureza e as do Homem inspira-se dos conceitos jurídicos de base. Existe então uma tentativa de juridicização do positivismo ou, pelo menos, uma tentativa de fazer do positivismo um procedimento científico

6 Brenner, A. « Le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 2, p. 119-133.

global e globalizante. O positivismo jurídico pensado por Kelsen assenta quanto a ele numa vontade de cientificização do direito que ele associa não às ciências da natureza mas às ciências do Homem, rompendo deste modo com o espírito dos seus contemporâneos logicianos. No entanto, o positivismo jurídico é uma ideologia em si na medida em que significa uma tomada de posição perante uma realidade dada, o que não deixa de lembrar o procedimento comtiano.

Fazer referência a Auguste Comte é inevitável: o positivismo jurídico francês é hoje confrontado com uma necessária evolução epistemológica, devido à pressão do direito regional. A sociologia racionalizante de Comte é então posta em causa. Mas por outro lado, fazer referência a Comte é essencial porque da resposta sob as possibilidades de evolução dum Ordem jurídico ou, mais particularmente, nesse contexto, da perspectivas de colaboração para um melhor futuro pela Humanidade. Alias, exemplifica as possibilidades de evolução de cada uma sociedade, considerando a outra como um espelho de o que seria bom fazer, o que seria bom evitar. Por agora, a observação da situação político-jurídica nacional no Brasil e a situação político-jurídica regional e internacional da França faz que podemos opinar sob as probabilidades de influência recíproca, ou seja, sob a realização de um positivismo que, no caso da França é realmente juri-

dico, e, no caso do Brasil, se pode definir como cultural mais que jurídico. Na verdade, a utilização particular de cada estado da concepção positivista de Comte, faz que podemos considerar sua aplicação como uma ilustração duma relação particular entre o direito francês e o cultura jurídica brasileira. De certa forma, Comte influenciou a construção do sistema político-jurídico brasileiro: voltar a análise da prática do positivismo de Auguste Comte é então refletir sobre a herança conceptual francesa do Brasil e de forma mais alargada aos laços culturais que unem esses dois países⁷.

Devido a suas exigências de Ordem e de Progresso, o positivismo de Comte incita a uma sistematização dinâmica com tendência para uma moral universal e geral: a mudança operada por Comte após sua relação com Clotilde de Vaux deve evidentemente ser realçada: é após esta trágica história que o autor pensou o conceito de positivismo de forma mais *sentimental*. Para o Comte, a sociedade é um organismo vivo e seu objetivo é a realização do progresso social. Mas, o ser humano, quem faz parte dessa sociedade, também está submetido a essa dinâmica. Além disso, toda a criação da História é dominada por a lei dos três estados: cada período da História global corresponde a um estado planejado pelo Comte. Cada sociedade, no sentido

7 Ardao, A. "Assimilation and Transformation of Positivism in Latin America". *Journal of the History of Ideas*, 1963, vol. 4, pp.515-522

amplio tão como estricto, fica submetida aos movimentos da mudança na perspectiva dum melhoramento, ou seja, para cumprir o progresso. Em outras palavras, cada sociedade, tão como cada ser humano, tem que pasar por um processo de desenvolvimento progressivo dos aspectos social e politico do seu corpo. Essa dinamica de realização duma Humadide plena e inteira é possível graças a progressão da lei dos tres estados: teologico, metafisico e positivo. O teologico coresponde na idade da practica do direito divino. Cada sociedade vai creer que o Dios é o unico criador do mundo e que ele só pode explicar tudo o que acontece. O segundo paso é o metafisico: buscamos as causas originales e finales; ligamos com fatos observables, fazendo referênciã aos conceptos abstractos. Nessa etapa, os metafisicos sobregravam os sacerdotes no poder espiritual; no poder temporal, os juristas sobregravam aos militares para organizar uma hierarquia social. O ultimo estado, o positivo, é o reconhecimento que o debate sobre os seres surnaturales é inutil: não se pode provar sua existencia. As leis descriptivas são as unicas que se podem practicar. Ao nivel politico, os industriales são os unicos que tem as habilidades para dirigir o poder temporal. Os filosofos, se dedicam ao poder espiritual porque conhecem todas as ciencias, especialmente, a sociologia. O seu conhecimento geral e a sua simpatia sincera pela Humanidade faz que eles são

indicados para representar o poder espiritual. De certa forma, a progressão comtiana implica enfocar-se nas ciencias humanas e pensar-las com a racionalidade das ciencias matemáticas, para que a política e a moral sejam incorruptiveis. A situação atual no Brasil, por ser diretamente ligada nesse tipo de problema, precisa, então, agora, um esclarecimento e, sobretudo, uma fonte de esperanza : a historia *colonial* da França no Brasil e o impacto deixado pelo pensamento de Auguste Comte faz que a dinâmica positivista pode servir de base ao Brasil, agora, para tentar sair dessa logica de fraude⁸.

A elaboração duma classificação dinâmica e não dum sistema faz que o positivismo de Comte se pode usar como um quadro para entender não só a evolução das sociedades, mas também a interação e a influência reciproca entre elas⁹. No caso da hipótese duma influência reciproca entre a cultura juridica brasileira e o direito francês, temos que focalizar na lei dos tres estados. No Brasil, tão como na França, estamos na segunda etapa do processo e vamos por a terceira etapa mas de maneira

-
- 8 Paiva de Almeida, D. *Introduction au droit brésilien*. Paris: L'Harmattan. 2006
Palti, E. J. "Positivism, Revolution, and History in Brazil". In *The Worlds of Palgrave Macmillan*, Cham, 2018, pp. 53-80.
- 9 Dantes, M.A. « Le Positivisme et la Science au Brésil », in *Science and Empires, Boston Studies in the Philosophy of Science*, 1992, vol. 136, pp 165-172

muito fraca: os industriais dirigem os Estados mas os filósofos ainda não¹⁰.

Será que Auguste Comte, que lutou por uma ordem política não corrompida, influenciou tanto a construção do direito como da filosofia, sobre tudo no Brasil? A metodologia escolhida pare demonstrar essa hipótese é o *analysis* do lema brasileiro “Ordem e Progresso” na luz do direito francês tenta ilustrar, primeiro, a interação entre os dois Estados e, segundo, as possibilidades de futuro melhor para a cultura jurídica positivista brasileira. Dessa forma, tentaremos provar que existe uma ligação forte entre os dois sistemas jurídicos, cujo ponto comum é o positivismo comtiano. Assim, se o sistema jurídico-político francês responde efetivamente à exigência da Ordem (I), é contido pelo jogo de mecanismos jurisdicionais que pode assegurar seu Progresso (II). Por outras palavras, é estudando os princípios diretores do direito constitucional e administrativo francês à luz dos do contencioso constitucional que chegamos a delinear uma pista de resposta possível no que diz respeito à questão da influência de Comte no positivismo jurídico.

Parece ter permitido o desenvolvimento de uma ideologia mas também de uma metodologia. Se o sistema jurídico-político francês responde efetivamente à exigência da Ordem, é contido pelo jogo

de mecanismos jurisdicionais que pode assegurar seu Progresso. Por outras palavras, é estudando os princípios diretores do direito constitucional e administrativo francês à luz dos do contencioso constitucional que chegamos a delinear uma pista de resposta possível no que diz respeito à questão da influência de Comte no positivismo jurídico.

II.A Ordem: uma hierarquia normativa dinâmica

Ao estabelecer a lei geral dos três estados, Comte permite pensar a interação dinâmica entre diferentes entidades. E mesmo se seu pensamento gira em torno da estruturação social, o direito, tal como este nos é ensinado seguindo a rigorosa tradição kelsiana, responde a essa dupla lógica hierárquica – dinâmica. O direito público francês, quer se trate de seu ramo interno -com o direito constitucional e o direito administrativo-, ou de seu ramo de origem internacional –incluindo o direito internacional *stricto sensu* e o da União Europeia-, articula-se então de acordo com a hierarquia das normas popularizada por Kelsen mas pressentida por Auguste Comte. Daí resulta que atualmente, na França, se aprende a compreender a lógica da *pirâmide das normas* cujo princípio é o seguinte: cada norma deve estar conforme à norma que lhe é superior. A aparente simplicidade desta regra desmorona-se contudo quando nos interessamos de mais

10 Didonet, Z. “O Positivismo e a Constituição Rio-Grandense de 14 de Julho de 1891”. *Revista Portuguesa De Filosofia*, 1982, vol. 4, pp.508-518

perto à sua aplicação: a hierarquia das normas internas responde a uma necessidade contingente que o rigor da hierarquia normativa comunitária torna mais complexa. Por outras palavras, tratar-se-á de compreender a articulação e mais particularmente a integração das normas comunitárias ao direito nacional francês.

A hierarquia das normas internas, uma necessidade contingente

Kelsen, contrariamente à ideia que é veiculada, não tinha pensado na pirâmide das normas enquanto tal. Contudo, ele apresentou a ideia de uma necessária hierarquia normativa para assegurar a obediência às normas individuais. E se a correspondência entre duas normas pode passar por uma relação de subsunção, isso nem sempre é o caso. A relação entre essas duas normas pode efetivamente assumir a forma de uma obrigação *in concreto einabstracto*; sua relação pode também depender da natureza do órgão adotando a norma¹¹. Por outras palavras, é a ideia de uma necessária hierarquia que tinha sido delineada para assegurar a perenidade do *Rechtsstaat*.

No seio do sistema jurídico francês, esta hierarquia das normas é claramente notável: o bloco de constitucionalidade -composto pela Constituição de 1958 e de seu preâmbulo, do Preâmbulo da Constituição 1946, da Declaração dos Direitos

do Homem e do Cidadão 1789 (DDHC) e da Carta do Meio Ambiente de 2004- suplanta a esquemática pirâmide comtiana: todas as outras normas devem estar conformes a ela. Destas, é necessário distinguir o bloco de convencionalidade -composto por normas internacionais *stricto sensu* e por normas comunitárias- depois, o bloco de legalidade e por fim os atos administrativos. Se, em si, esta organização normativa não parece apresentar nenhuma originalidade de relevo, é quando nos debruçamos sobre a questão do bloco de convencionalidade que o sistema positivista francês tende a realçar sua singularidade. O artigo 55 da Constituição de 1958 dá a primazia aos Tratados somente sobre as leis ordinárias. O acórdão Sarran-Levacher do Conselho de Estado confirmará este limite e, desse modo, afirmará a supremacia do bloco de constitucionalidade sobre aquele de convencionalidade. No entanto, a questão da primazia das disposições do bloco de constitucionalidade põe-se com mais insistência quando abordamos o direito comunitário. A partir dos acórdãos Costa c/Enel de 1964 e Simmenthal de 1978, e como acórdão Aziz Melki e Sélim Abdeli de 2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) adotou uma posição monista, fazendo prevalecer o direito da União sobre as normas nacionais. A simples inspiração normativa foi, pois, transcendida: desde então, o direito da União tem a primazia. Mas o juiz nacional

11 Kelsen, H. *Théorie générale des normes*. Paris : PUF. 1996, p.352

mantém-se, todavia, prudente: o acórdão Arcelor de 2007 destacou claramente o papel preponderante do direito primário da União na ordem jurídica interna. No caso em apreço, o juiz administrativo procede a uma *translação*: em caso de contestação de um ato administrativo de transposição de uma diretiva específica e incondicional, o juiz vai verificar se existe, em direito comunitário, um princípio com alcance equivalente ao das disposições constitucionais invocadas pelos requerentes¹². Se for o caso, o juiz efetuará um controlo de constitucionalidade, dado que a regra em questão tem seu equivalente em direito comunitário e constitucional nacional. A garantia do respeito da norma constitucional é então assegurada por intermédio do direito comunitário, *via* a questão prejudicial do juiz nacional ao TJUE. A esta especificidade das relações normativas direito nacional francês – direito da União, acrescenta-se o caso particular do direito regional em si.

A hierarquia das normas comunitárias, um pormenor crucial

Contrariamente ao direito internacional *stricto sensu* que não reconhece por princípio nenhuma hierarquia das normas-salvo menção do *jus cogens*-, o direito da União Europeia possui essa caracterís-

tica de conhecer um ordenamento normativo. É preciso, então, distinguir o direito originário do direito derivado. O primeiro é constituído *ipso facto* pelos tratados. No que respeita aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do direito comunitário (PGDC), será necessário esperar pelo tratado de Lisboa e seu artigo 6 para que a Carta dos direitos fundamentais adquira uma força jurídica vinculativa, da mesma forma que os tratados. O segundo, o direito derivado, é constituído, por um lado, por atos vinculativos e, por outro lado, por atos não-vinculativos. Na primeira categoria, é necessário incluir, em primeiro lugar, os regulamentos de âmbito geral e visando a uniformização do direito da União. Essas disposições são diretamente aplicáveis nas ordens jurídicas nacionais. Em seguida, as diretivas, que visam adaptar a legislação nacional ao direito da União. Para o efeito, elas fixam objetivos destinados a um ou vários Estados-Membros e carecem da adoção de um ato de transposição nacional num prazo estipulado. Por fim, as decisões, que vinculam apenas os Estados destinatários para resolver uma situação particular. Na segunda categoria, os atos não-vinculativos, há que salientar as resoluções, acordos ou recomendações, que vêm trazer precisões sobre o alcance dos atos vinculativos.

Se, em si, a hierarquia normativa comunitária não coloca dificuldades de maior termos de entendimento, as armadil-

12 Sirinelli, J. « Transposition des directives et contrôle de constitutionnalité, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 8 de fevereiro de 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine », *Revue générale du droit*, 2008, número 1929. Online.

has começam com seu necessário respeito e integração na hierarquia interna. A questão se coloca para os atos vinculativos e, mais particularmente, para o que diz respeito às diretivas. Com efeito, sendo os regulamentos, por definição, diretamente aplicáveis na ordem jurídica interna, o juiz administrativo francês se contentou simplesmente em ilustrar o princípio no acórdão *Boisdet* de 1990: as leis devem ser compatíveis com os regulamentos comunitários. O lugar do direito comunitário é, assim, aqui subtilmente reafirmado pelo juiz: existe efetivamente uma hierarquia normativa interna. Mas essa última fica, no entanto, sujeita, no caso do direito regional, às definições estabelecidas por e para esse último. A questão das diretivas é, então, objeto de mais tensões: se o juiz administrativo reconhece explicitamente a superioridade das diretivas sobre o bloco de legalidade (Acórdão CE, Ass., 28 de fev. de 1992, *SA Rothmans International France e Société Arizona Tobacco et Philip Morris*), sua supremacia foi consagrada pelo acórdão *Perreux* de 2009: desde então, um requerente pode invocar uma diretiva para contestar um ato administrativo individual mediante duas condições cumulativas: por um lado, o prazo de transposição deve ter expirado e, por outro lado, a diretiva deve ser suficientemente precisa e incondicional.

O ordenamento jurídico francês herdado de Kelsen assenta, pois, no respeito pela

relação entre duas normas. A abordagem positivista comtiana se encontra nessa abordagem sintética e hierárquica, intrínseca à instauração de uma ordem social eficaz, visada pelo filósofo¹³. O projeto político de Comte passa, em seu positivismo, por uma ordenação; por uma sistematização, para que da Ordem nasça o Progresso.

III. O Progresso: uma hierarquia normativa garantida

No sentido em que Comte o entende, para que um sistema político-jurídico seja ordenado, é primordial que os pilares político e jurídico respondam a essa exigência. Por outras palavras, é necessário garantir uma verdadeira separação dos poderes, assegurando a independência da justiça.

Pensar a separação dos poderes em França é, numa primeira fase, debruçarmo-nos novamente sobre as teorias do contrato social dos filósofos das Luzes e, mais particularmente, sobre aquelas de Hobbes, Locke e Rousseau. Se cada um deles considerou a possibilidade de dois estados, um de natureza eo outro de sociedade, para explicar a criação de um ordenamento jurídico, cada um tinha uma visão distinta da origem do contrato social. Mas se essas teorias deixam pistas de explicação sobre o porquê do Estado de direito, elas ficam em silêncio sobre a organização do poder estabelecido. Montesquieu, Voltaire e Rousseau

13 Comte, A. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Paris : Flammarion. 1999

vão, então, propor vias de reflexão, com o primeiro optando por uma abordagem jurídica, o segundo por uma abordagem dogmática e o terceiro por uma abordagem quase sociológica. Hoje, nos referimos de forma clássica àquela apresentada por Montesquieu ou, mais exatamente, àquela apresentada por seus intérpretes do século XIX.

A separação suave mas garantida dos poderes legislativo, executivo e judicial garante, então, o equilíbrio do regime político mas, no entanto, subsiste uma lacuna: ela não permite garantir a supremacia da Constituição. E, tal como sublinha Kelsen, o direito é, em si e por si, uma estrutura hierarquizada. Afim de garantir a implementação desse ordenamento, a instauração de uma instância jurisdicional em um Estado se torna necessária: a existência dos tribunais constitucionais responde, pois, a uma preocupação de Ordem e de estabilidade normativa e política. No entanto, a legitimidade dos juízes constitucionais foi fortemente questionada, nomeadamente pelo francês Edouard Lambert, que vê nisso uma “conquista da supremacia política pelo judicial”¹⁴. Assim, se a existência de um órgão de controle da hierarquia das normas em direito interno é primordial para garantir o Progresso, ela continua sendo objeto de discussão.

14 Lambert, E. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis—L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, pp. 15-17

A existência primordial de um órgão de controle

Consoante adotemos uma abordagem legicentrista, na tradição de Rousseau, ou positivista, no sentido de Carré de Malberg, consideramos que é o povo ou o Estado o detentor do poder. Num e noutro caso, acresce que a Constituição, expressão da vontade do povo, não pode ser controlada. Ora, tal implicaria, *a contrario*, que o povo pode violar a Constituição, o que é contrário ao próprio conceito de Estado de direito defendida por Kelsen, para quem a supremacia da Constituição só pode ser jurisdicionalmente garantida quando existe uma instância de regulação: um tribunal constitucional¹⁵.

É consabido que a justiça constitucional nasceu nos Estados-Unidos com o acórdão *Marbury V. Madison* de 1803. Mas em França, será necessário esperar pela Constituição de 1946 para que surja um esboço de jurisdição constitucional com o Comitê constitucional. Ainda demasiado amarrado à herança de Rousseau, esse substituto de órgão de controle não sobreviverá à IV República. Com efeito, suas modalidades de recurso eram restritivas e seu controle era apenas aparente. É em 1958, com a Constituição que inaugura a V República, que esse embrião conceptual virá realmente a nascer. A racionalização do parlamentarismo conduzirá, com efeito, à cria-

15 Kelsen, H. *Théorie pure du droit*. Paris : LGDJ. 1999, pp. 198-257

ção de um órgão guardião do Parlamento para benefício do poder executivo: o Conselho Constitucional.

As inúmeras competências desse órgão se dividem em dois tipos de controle: aquele do contencioso eleitoral, que visa retificar um resultado de eleição, e aquele das normas, que visa garantir a constitucionalidade das leis. É nesse último ponto que vamos centrar nossa atenção. Inicialmente, o Conselho Constitucional tinha um papel muito limitado, na mesma linha que seu antecessor, o Comitê. Sua emancipação institucional passa pela consagração da unidade das normas contidas no que é hoje considerado como *bloco de constitucionalidade*. Tudo começa com a decisão *Liberdade de associação* de 1971: o Conselho se declara, então, explicitamente competente para verificar a compatibilidade dos textos que lhe são submetidos relativamente, não somente à Constituição, mas igualmente a seu Preâmbulo. Dessa inovação resulta uma pequena revolução: a partir de então, os textos visados pelo preâmbulo – a DDHC, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e, hoje, a Carta do Meio Ambiente de 2004, são igualmente considerados como textos de referência dos quais o Conselho Constitucional é o garante. Em 1982, com a decisão *Nacionalizações*, o Conselho irá ainda mais longe ao afirmar que não deve ser feita qualquer distinção entre as diversas disposições da DDHC, tendo todas o mesmo valor jurídi-

co *a priori*. Mais recentemente, o Conselho reafirmou o lugar da Constituição – e, por conseguinte, mais amplamente e implicitamente disposições de natureza constitucional, no topo da ordem jurídica interna, apesar da pressão exercida pelo direito comunitário (DC, 19 de novembro de 2004 ; DC, 20 de dezembro de 2007). O Conselho Constitucional é, pois, um autêntico guardião do ordenamento jurídico francês. Aliás, ele recusou, durante bastante tempo, proceder a um controle de convencionalidade das leis. Hoje, sua jurisdicionalização está no bom caminho e participa, paradoxalmente, mais ainda nas críticas feitas a seu respeito.

A existência discutida de um órgão de controle

A primeira crítica feita ao Conselho Constitucional é de origem política. Ele seria uma negação institucional da soberania. Com a jurisdicionalização do Conselho estando no bom caminho, após a decisão de 1971 ficou precisando estabelecer sua legitimidade. A revisão constitucional de 1974 abrirá, então, seu recurso a sessenta deputados ou senadores, o que permitirá conservar a solenidade do procedimento, ao mesmo tempo que o torna mais *democrático*: com a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), o cidadão passa a poder recorrer ao Conselho por um contencioso normativo e não mais exclusivamente por um contencioso eleitoral. Ainda assim, essa inovação apresen-

ta uma certa incoerência :esse novo modo de recursosó será possível no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis. É a lei constitucional de 25 de junho de 1992 que abriu esse modo de recurso ao controle de conformidade das convenções com a Constituição.

Durante muito tempo, o Conselho Constitucional, esse cão de guarda do executivo, se recusou a operar um controle de convencionalidade, remetendo essa questão às jurisdições judiciais e administrativas. (DC IVG, 15 de janeiro de 1975). O juiz administrativo, no acórdão dito “Semoules” (Sêmolas) de 1968, teve que efetuar um tal controle. Ele interpretou, então, parcialmente o artigo 55 da Constituição, aceitando controlar apenas as leis anteriores aos tratados. Em 1975, após a recusa do Conselho Constitucional em tomar conhecimento desse controle, o juiz se pronunciou a favor de uma interpretação extensiva do artigo 55 e se declarou competente para proceder a um controle de convencionalidade das leis anteriores e posteriores às convenções. Hoje, a competência do Conselho Constitucional em matéria de controle de convencionalidade é certa: numa decisão de 30 de novembro de 2006, ele censurou uma lei de transposição ignorando *manifestamente* o objetivo de uma diretiva. No entanto, esse controle é limitado por uma dupla condição: a incompatibilidade entre a lei e a diretiva tem que ser manifesta e não deve haver con-

tradição com uma regra ou um princípio inerente à identidade constitucional da França. Ora, mau grado sua jurisprudência e o artigo 62 da Constituição que garante a supremacia das interpretações do Conselho Constitucional, é fato que a pressão jurisdicional da União Europeia é cada vez mais forte, pondo em perigo o papel desse órgão de controle nacional, e dando um novo significado à expressão de Edouard Lambert.

IV. Conclusão

Para Auguste Comte, não se conhece completamente uma ciência até sabermos a respectiva história. A evolução do direito constitucional e administrativo francês sublinhou que o Progresso está condicionado à implementação e ao respeito por uma Ordem que, no caso presente, se revela normativa e jurisdicional. Não podemos, com efeito, omitir que o projeto comtiano tinha como objetivo a reorganização social e política. O positivismo jurídico kelseniano parece, então, de inspiração comtiana de um ponto de vista formal. A prática mútua desse positivismo comtiano, em etapas distintas da lei dos três estados, faz que a influência entre o positivismo brasileiro e o positivismo francês é relevante principalmente para tentar propor uma visão esperandora do futuro político do país. De certa forma, a cultura jurídica deveria influenciar a construção contem-

porânea da política, garantindo um estado *realmente* positivo.

A Constituição brasileira de 1988 reconhece a importância da Ordem e do Progresso para o desenvolvimento futuro do país. E é na França que a prática desse lema é a mais notável: a utilização orientada do direito administrativo e constitucional faça que Ordem e Progresso são, aparentemente, preservado. Será, então, que o modelo francês de praticar o direito pode inspirar o Brasil para fazer desse lema uma realidade? Com certeza, o sistema constitucional atual no Brasil está inspirado pelo sistema europeu. Além disso, a estrutura administrativa do país tem muito que ver com a estrutura francesa. Os vínculos entre os dois países são enormes e agora, nesse contexto de crise da democracia no Brasil, é mais que necessário fazer das disposições da Constituição uma realidade: fazer que positivismo de Comte seja uma realidade, ou seja, que os filósofos estivessem controlando o poder.

V. Referências

1.- Referências bibliográficas:

- ARDAO, A. "Assimilation and Transformation of Positivism in Latin America". *Journal of the History of Ideas*, 1963, vol. 4, pp.515-522.
- BRENNER, A. « Le positivisme logique: le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 2, p. 119-133.
- COMTE, A. *Discours sur l'ensemble du positivisme*. Paris : Flammarion. 1999
- COMTE, A. *Discours sur l'esprit positif*. Paris : Vrin. 1990.
- CPLP. *Lusotropicalisme: Idéologies Coloniales Et Identités Nationales Dans Les Mondes Lusophones*. Karthala : Paris. 1997.
- DANTES, M.A. « Le Positivisme et la Science au Brésil », in *Science and Empires, Boston Studies in the Philosophy of Science*, 1992, vol. 136, pp 165-172.
- DIDONET, Z. O Positivismo e a Constituição Rio-Grandense de 14 de Julho de 1891. *Revista Portuguesa De Filosofia*, 1982, vol. 4, pp.508-518.
- JURT, J. Le Brésil: un Etat-nation à construire. Le rôle des symboles nationaux: de l'empire à la république, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, março de 2014, no. 201-202, p.44-57
- KELSEN, H. *Théorie pure du droit*. Paris : LGDJ. 1999.
- KELSEN, H. *Théorie générale des normes*. Paris : PUF. 1996.
- LAMBERT, E. Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921.
- PAIVA DE ALMEIDA, D. *Introduction au droit brésilien*. Paris: L'Harmattan. 2006.
- PALTI, E. J. "Positivism, Revolution, and History in Brazil". In *The Worlds of* pp. 53-80. PALGRAVE Macmillan, Cham, 2018, pp. 53-80.

SIRINELLI, J. « Transposition des directives et contrôle de constitutionnalité, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 8 de fevereiro de 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine », *Revue générale du droit*, 2008, número 1929. Online.

VIALA, A. «Le positivisme juridique: Kelsen et l'héritage kantien», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 67, pp. 95-117.

2.- Jurisprudência

Acórdão CJCE, 15 de julho de 1964, *Costa c. E.N.E.L.*

Acórdão CE, 1 de março de 1968, *Syndicat des semoules de France, dit «Semoules»*.

Acórdão CJCE, 9 de março de 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*.

Acórdão CE, 24 de set. de 1990, *Boisdet*.

Acórdão CE, Ass., 28 de fev. de 1992, *SA Rothmans International France*.

Acórdão CE Ass., 28 de fev. de 1992, *Société Arizona Tobacco et Philip Morris*.

Acórdão CE Ass., 30 de out. de 1998, *Sarran – Levacher*.

Acórdão CE Ass., 8 de fev. de 2007, *Arcelor Atlantique*.

Acórdão CE Ass., 30 de out. de 2009, *Perreux*.

Acórdão CJUE, GdeCbre, 22 de junho de 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*.

Decisão núm. 71-44 DC de 16 de julho de 1971, dita Liberdade de associação.

Decisão núm. 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975, dita IVG.

Decisão núm. 81-132 DC de 16 de janeiro de 1982, dita Nacionalização.

Decisão núm. 2004-505 DC de 19 de novembro de 2004.

Decisão núm. 2007-560 DC de 20 de dezembro de 2007.