



A HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

THE HISTORY OF CONSTITUTIONAL LAW

FRANÇOIS SAINT-BONNET*

Tradução: MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO**

RESUMO

Enquanto, por um lado, mantém seu interesse pela história dos regimes políticos após a Revolução Francesa, por outro lado a história do direito constitucional também se interessa pelo controle judicial da lei e pela proteção dos direitos e das liberdades. Trabalhos de grande importância mostram a vitalidade dessa disciplina, alicerçada na história do direito.

Palavras-chave: história constitucional; história do direito; França; aspectos metodológicos.

ABSTRACT

Preserving its emphasis on the history of political regimes since the Revolution, the history of constitutional law is also interested in the juridical control of the law and the protection of rights and liberties. Work of great importance reveals the vitality of the discipline anchored in legal history.

Keywords: constitutional history; legal history; France; methodological aspects.

* Doutor em História do Direito pela Université Paris 2, França.
Professor da Université Paris-Panthéon-Assas
francoissaintbonnet@gmail.com

** Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora voluntária da UnB.
celina.gordilho@gmail.com

Recebido em 26-10-2022 | Aprovado em 26-10-2022¹

¹ Artigo convidado. **Nota da tradutora:** tradução, autorizada pelo autor, do artigo publicado originalmente em francês: SAINT-BONNET, François. L'histoire du droit constitutionnel. In: KRYNEN, Jacques; ALTEROCHE, Bernard d' (Dir.). *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, 2014, p. 239-248. Palavras-chave elaboradas pela tradutora.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A HISTÓRIA POLÍTICA DAS CONSTITUIÇÕES. CENTRO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL; 2 A HISTÓRIA DA HIERARQUIA DAS NORMAS. NOVO TERRITÓRIO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL; 3 HISTÓRIA DA VIDA POLÍTICA E OS CONTINENTES CULTOS À DERIVA; 4 ENSINO; PERSPECTIVAS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

De maneira sintomática, os organizadores da Jornada em que apresentei esta publicação propuseram, como denominação para este "campo" de pesquisa ou esta "disciplina", História do direito constitucional, e não História constitucional, nem História constitucional e política. Essa denominação é realmente nova, adequada e *feliz*. A evolução da designação desse campo de pesquisa histórica caminha, em realidade, com a mudança mais ampla da disciplina constitucional *lato sensu*. Quais são essas mudanças, após três décadas? O direito constitucional que era, e que continua sendo, em muitos aspectos, um direito político ou um direito da organização do poder político transformou-se, também, num direito que se preocupa com o contencioso das normas (o controle da constitucionalidade das leis ou de outros atos legislativos) e com a garantia das liberdades fundamentais (a fundamentação da lei, expressão da vontade geral, desejada pelo soberano em nome da proteção dos direitos constitucionalmente protegidos). Neste último ponto, a história do direito constitucional é um dos possíveis ramos da história do direito das liberdades, e vice-versa.

De modo evidente e prioritário, essas evoluções impactam não apenas a pesquisa, como também o ensino e a metodologia da disciplina, como testemunham as reflexões recolhidas por Carlos Miguel Herrera e Arnaud Le Pillouer em *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*²

Existem temas que permanecem no centro deste campo de pesquisa (I. história política das constituições), temas novos (II. história da hierarquia das normas) e, por fim, temas que foram abandonados e que são estudados por outros campos (III. história da vida política).

1 A HISTÓRIA POLÍTICA DAS CONSTITUIÇÕES. CENTRO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O tema que está no centro da história do direito constitucional é o da história da distribuição das funções entre os órgãos constitucionais. Não se trata da história de cada um desses órgãos - o que era e que permanece largamente sendo feito pela história das instituições, seguindo a clássica e notável *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française* de Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel³ -, mas a história da separação dos poderes ou da divisão das diferentes competências entre as instituições e o equilíbrio dessa divisão. Esse

² Paris, Kimé, *Nomos et Normes*, 2012.

³ Paris, Dalloz.

equilíbrio não advém exatamente daquilo que os textos constitucionais mostram, considerando as relações de força e o poder de interpretação dos atores políticos. Evidentemente, é neste vai e vem permanente entre os textos, as práticas e as relações de força que os historiadores podem contribuir com um estudo atento, com uma leitura mais sensível das fontes e dos textos, que presta mais atenção aos personagens, às personalidades daqueles que ocupam as funções de poder.

Trata-se aqui de uma história *clássica* da separação dos poderes que se aproxima de uma história dos regimes políticos, na tradição de Maurice Deslandres, estando o regime político para a separação dos poderes o que a prática judiciária é para o texto bruto. Nesse campo, os historiadores do direito ocupam um espaço considerável, mesmo com a constante reedição de dois importantes manuais: o de Marcel Morabito (*Histoire constitutionnelle de 1789 à nos jours*)⁴, e aquele para o qual Jean-Louis Mestre apresentou desenvolvimento substanciais, na equipe de Louis Favoreu (*Droit Constitutionnel*).⁵ Embora sejam de tamanhos diferentes, ambos propõem sumários organizados seguindo uma lógica cronológica que permite a compreensão de todas as nuances da evolução dos conceitos de separação de poderes marcados pelo republicanismo ardente, o liberalismo conservador, o cesarismo ou, ainda, um republicanismo que não mais amedronta. Essa abordagem permite ressaltar as singularidades da história constitucional da França: a grande riqueza das experiências (notadamente na época da Revolução Francesa, mas, na verdade, ao longo de todo o século XIX) transformam o hexágono em verdadeiro laboratório; a extrema politização das ideias constitucionais (não existe um constitucionalismo, mas constitucionalismos, no plural - o dos Legitimistas⁶, o dos Orleanistas⁷, ou ainda o dos Bonapartistas⁸ - que nada mais são que *programas políticos*). Sem dúvida, a França não é a única a conhecer a instabilidade constitucional, mas é o único grande país, conhecido ao redor do mundo, que inspira esse mundo todo e que dispõe de tamanha riqueza histórica. Podemos encontrar essa riqueza também no Reino Unido e nos Estados Unidos, mas sua leitura ou sua tradução são bem diferentes. A razão dessa instabilidade constitucional não se encontra (apenas) em um hipotético espírito francês, mas resulta da própria estrutura deste direito constitucional, que integra o programa político dos vencedores contra aquele dos vencidos. No momento em que os vencedores conquistam o poder, eles destroem a constituição existente. Esse enfoque sobre a história constitucional é compartilhado por autores relevantes de outras disciplinas, como Claude Émeri, Christian Bidégaray, Olivier Duhamel, Michel de Guillenchmidt, Pierre-Yves Guchet e Charles Zorgbibe. Todos são autores de livros e manuais que cobrem o período posterior à Revolução Francesa.

É preciso ressaltar que a sucessão na pesquisa está assegurada por historiadores do direito, autores de pesquisas mais inovadoras: sobre o Senado (Karen Fiorentino), sobre a influência francesa no constitucionalismo espanhol (Jean-Baptiste Busaall), sobre o quinquenato de 1873 (Vida Azimi), sobre a designação do chefe de Estado e os poderes de crise (François Saint-Bonnet), sobre os regramentos das Assembleias (Samuel Sanchez), sobre os procedimentos eleitorais (Philippe Tanchoux), sobre a ideia de república (Éric Gojoso), a ideia de

⁴ LGDJ, coll. Domat “droit public”.

⁵ Dalloz, coll. “Précis”.

⁶ Partidários do movimento político favorável à restauração da monarquia da casa dos Bourbon, opositores dos Orleanistas e dos Bonapartistas (N. da T.).

⁷ Partidários do movimento político favorável ao ducado de Orleães, representantes da aristocracia financeira e da alta burguesia (N. da T.).

⁸ Partidários da ideologia política alinhada à maneira de governar de Napoleão Bonaparte e de Napoleão III, em que o Executivo tem mais força que os demais poderes da República (N. da T.).

nação (Ahmed Slimani), dentre outros. Contudo, nesse campo, onde a história constitucional é estudada dessa maneira, os autores que não são historiadores do direito são mais numerosos, pois a disciplina com a qual eles lidam é estruturalmente mais completa. Para citar os contribuidores mais importantes: Michel Troper, Guillaume Glénard, Alain Laquière, Arnaud Le Pillouer, Lucien Jaume.

Há, porém, uma especificidade na maneira como os historiadores do direito fazem história constitucional? Podemos ser tentados a pensar que os juristas têm bem menos ferramentas para trabalhar com a história, enquanto os historiadores possuem lacunas em conhecimento jurídico, portanto apenas os historiadores do direito possuiriam as competências necessárias para esse tipo de pesquisa. Isso seria verdade, se não tivéssemos, entre os juristas, excelentes historiadores, e, entre os historiadores, refinados juristas. E essas figuras existem, para a alegria da história constitucional clássica. *Nemo auditur suam propriam methodum allegans*⁹.

2 A HISTÓRIA DA HIERARQUIA DAS NORMAS. NOVO TERRITÓRIO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Recentemente, a linha de pesquisa mais explorada é a da hierarquia das normas. Por um lado, estuda-se o cumprimento, pelos detentores do poder, das normas superiores, geralmente inseridas nas leis constitucionais, mas também nas declarações de direitos ou nas listas de súmulas e orientações enunciadas pelos tribunais. Por outro lado, é o estudo dos órgãos, jurisdicionais ou não, capacitados para verificar esse cumprimento. Nesses novos estudos, a fronteira temporal de 1789 pode ser facilmente atravessada, tanto que se verificou que os parlamentos e as cortes soberanas do Antigo Regime praticavam um tipo de controle dos atos judiciais que alguns pesquisadores denominam de “controle de civilidade” (M.-F. Renoux-Zagamé) e outros comparam a um “controle de constitucionalidade” (lembrando que as linhas paralelas têm por característica jamais se encontrarem).

É aqui que os historiadores do direito podem contribuir de maneira importante, por várias razões. Primeiro, o campo cronológico é anterior a 1789, um período tradicionalmente desconhecido dos constitucionalistas, cujo *horizonte de expectativa* geralmente se encerra na Revolução Francesa. Segundo, os historiadores do direito sepultaram a ideia medieval da submissão do rei ao direito natural, ao direito divino, à justiça e ao bem comum. Nessas condições, a noção de que o legislador esteja submetido a uma “ordem constitucional” (Ph. Pichot) é familiar aos historiadores do direito que conhecem bem as técnicas, os discursos e as máximas que fundaram o ordenamento jurídico. Neste aspecto, a ferramenta conceitual de que dispõem os historiadores “puros” e os “constitucionalistas” é menos hábil para fazer pesquisas confiáveis. Terceiro, os historiadores do direito não se constrangem de usar “princípios”, “paradigmas” e “máximas”, ou seja, normas que sem dúvida são impostas sem estarem necessariamente formuladas textualmente. Pelo contrário, os juristas que só beberam na fonte do positivismo estrito - toda formação é uma deformação - passam pelo incômodo de levar a

⁹ “Ninguém pode se valer do seu próprio método”, variação do autor para o brocardo latino “ninguém pode se valer da sua própria torpeza” (N. da T.).

sério um corpo normativo que não vem de um texto escrito ou preciso. Esse incômodo é alheio aos medievalistas e aos modernistas que praticam cotidianamente aquele tipo de pesquisa.

Nestas áreas, importantes pesquisas foram conduzidas para determinar qual opinião os antigos juízes tinham de si sobre seu papel no Estado, semelhante à lei real concebida mas ainda não escrita, mas também à lei escrita mas que se bate contra as leis divinas e as leis naturais, sem contar as leis escritas mas virtude do “poder absoluto” do rei (o “assento de justiça”¹⁰). Sem dúvida, o papel constitucional dos parlamentos e das cortes soberanas não é “idêntico” ao de uma corte constitucional contemporânea, embora haja algumas pontes entre essas instituições. Esse papel constitucional é tão verdadeiro que essas cortes são como “canais por onde corre a potência” (Montesquieu) e que o respeito por suas prerrogativas permite diferenciar uma monarquia verdadeira de um regime despótico, assim compreendido por Bodin, pouco suspeito de tibieza em matéria de defesa do poder absoluto do rei.

Em trabalhos recentes, pesquisa-se igualmente aquilo que hoje se convencionou chamar “Estado de Direito” ou “Estado de Justiça”, ou, dito de outra forma, uma organização política na qual o “poder” ou a “vontade política” não é negado, mas sim limitado pelo direito. Mas de que direito se trata? Quem possui a *iuris dictio*? Se são os juízes que dispõem da jurisdição, qual a sua legitimidade?

Merece destaque uma última temática, a que às vezes se denomina de diálogo dos juízes, ou seja, saber como os juízes de ordenamentos jurídicos distintos e concorrentes podem resolver questões idênticas baseando-se em *corpus* constituídos por normas não obrigatórias (*soft law*) e por princípios gerais. Neste caso, a história constitui um laboratório formidável de experiências quando os tribunais nacionais disputam com tribunais submetidos a outras normas jurídicas, ou quando as jurisdições nacionais entram em conflito entre si.

Pode-se observar que essa nova área da história do direito constitucional é, se não uma área restrita, uma área natural para os historiadores do direito, pois requer competências que são propriamente as desses pesquisadores. Devemos citar aqui os trabalhos de Jacques Krynen, Marie-France Renoux-Zagamé, François Saint-Bonnet, Éric Gojosso, Anthony Mergey, Philippe Pichot... No entanto, também alguns juristas franceses se interessaram por essa temática, como Elina Lemaire, ou estrangeiros como Paolo Alvazzi del Frate ou Francesco Di Donato.

No entanto, ainda há muito por fazer, pois essa nova forma de fazer história do direito constitucional não olha para além da Idade Média e da Modernidade. A prática dos tribunais e o uso dos textos constitucionais e das declarações pelas cortes suscitaram igualmente a curiosidade no campo cronológico posterior a 1789, em particular a maneira como o judiciário pode se concentrar nas normas constitucionais. Sob este aspecto, os inúmeros trabalhos de Jean-Louis Mestre ou os de Isabelle Anselme devem ser destacados como particularmente inovadores. As normas constitucionais ou similares podem ser mantidas pelo judiciário e por outras instituições, ocasiões para renovar o estudo da história, ou melhor, das histórias, da justiça constitucional e de outras instituições a que foram confiadas a guarda da constituição: *jury constitutionnaire*¹¹, colégio de conservadores, poder neutro, senado, convenção, povo. Podemos citar, nesse tema, os trabalhos de Oscar Ferreira, Philippe Pichot, Nathalie Ollivier,

¹⁰ Uma sessão formal que ocorria no parlamento de Paris, durante o Antigo Regime, presidido pelo rei, em que este possuía maior autoridade (N. da T.).

¹¹ Um tipo de controle de constitucionalidade das leis, proposto pelo Abade Sieyès, no ano de 1795, logo após a Revolução Francesa e que foi rejeitado por ser muito inovador (N. da T.).

François Saint-Bonnet, e aqueles provenientes de outras áreas, como Lucien Jaume ou Clémence Zacharie.

Foi concluído um impressionante trabalho de arquivo, cujo objetivo era traçar os sentidos da palavra constituição além dos caminhos clássicos da história constitucional. Estudos terminológicos, notadamente os de Arnaud Vergne e de Jean-Louis Mestre, permitiram localizar até que ponto a história do surgimento das palavras no direito e de seus significados trilha caminhos singulares que permitem enriquecer consideravelmente a compreensão global da disciplina.

Devemos dar lugar de destaque também aos trabalhos de história constitucional comparada que permitem renovar, em profundidade, a análise das influências das culturas constitucionais. Sob este aspecto, as pesquisas conduzidas pelo saudoso Édouard Tillet, por Jean-Baptiste Busaall ou, entre os juristas, por Xavier Boyer, Denis Baranger, Michael Stolleis, Olivier Jouanjan ou, ainda, Olivier Beaud, merecem uma atenção especial.

O alargamento do perímetro do lado da hierarquia das normas e do controle jurisdicional do poder político, história comparada do direito constitucional e história terminológica permitiram um olhar mais moderno sobre a temática. Ela saiu de seu status de disciplina mais política ou cultural que verdadeiramente jurídica para se colocar em um lugar de distinção. Prova disso é o recente interesse pela história por parte da redação dos *Cahiers du conseil constitutionnel*, que consagrou um dossiê sobre a história do controle da constitucionalidade ou, melhor, sobre a importância atribuída ao laboratório de história do direito constitucional, notadamente no VII Congresso de Direito Constitucional, ocorrido em Nancy, em 2011. Ao trabalhar um direito que se torna mais contencioso e mais técnico, os constitucionalistas perderam um pouco do peso cultural que era o cerne da sua disciplina. Assim, eles necessitam dos historiadores para inundar, com uma nova luz, o céu das suas ideias.

3 HISTÓRIA DA VIDA POLÍTICA E OS CONTINENTES CULTOS À DERIVA

A história da vida política, que ocupava, anteriormente, um lugar essencial na história constitucional, é bem menos estudada pelos historiadores do direito constitucional atualmente. A história política é uma especialidade dos historiadores de correspondências, os quais desempenham um trabalho digno de nota (como o atesta, por exemplo, o vigor da publicação *Parlement[s]*) e é, também, uma especialidade da ciência política. Se, ao longo da segunda metade do século XX, politólogos e juristas convergiam, no plano metodológico, no estudo do direito constitucional e dos regimes políticos, esses mundos se separaram a partir dos anos 1980, como continentes que flutuam à deriva, lenta porém irremediavelmente. De igual modo, para os historiadores, aqueles que consideram o direito constitucional um jogo de relação de forças se afastaram daqueles que levam esse direito a sério, de maneira que a história política e a história do direito constitucional tornaram-se duas disciplinas independentes uma da outra. Elas continuam a se retroalimentar, mas percorrem caminhos diferentes.

4 ENSINO

Diversas faculdades de direito trocaram a disciplina intitulada "história das instituições e dos regimes políticos contemporâneos" pela "história constitucional" ou pela "história do direito constitucional" da França contemporânea. Esta disciplina, que tanto pode ser obrigatória quanto opcional, geralmente é oferecida nos primeiros dois anos do curso. No contexto da pós-graduação francesa, é mais raro um curso dessa natureza ser oferecido no master 1, ao passo que é proposto em diversos master 2. Nessa última hipótese, a disciplina é agregada ao mestrado em direito público ou em ciência política. Pode-se encontrar a oferta dessa disciplina em diversos Institutos de Estudos Políticos.

É possível ocupar este terreno pois os professores de direito constitucional, como podemos observar a partir dos conteúdos dos manuais mais recentes, costumam ignorar a parte histórica e preferir uma abordagem normativa e contenciosa do direito constitucional. Em consequência, os alunos de direito ficariam privados de qualquer aprendizado histórico em direito constitucional, o que seria uma lástima. É uma ocasião para os historiadores do direito mostrarem que suas competências se complementam com aquelas de seus colegas de direito público.

■ PERSPECTIVAS

Os historiadores do direito possuem um objetivo particular para investir no campo da história do direito constitucional: há uma forte demanda nas faculdades, como visto acima, mas também nos estudos das instituições. O Conselho Constitucional é verdadeiramente uma instituição criada *ex nihilo* em 1958? Tendo em vista a história do Conselho de Estado e da Corte de Cassação, respeitáveis antecedentes não os prejudicariam. Os juízes de primeiro grau, e notadamente suas cortes supremas, são dominados por normas de direito constitucional? Pensávamos, até pouco tempo atrás, que o controle pela via excepcional não havia sido jamais praticado na França, mas Jean-Louis Mestre administrou magistralmente a prova do contrário ao exumar dois processos da corte de cassação de 1851.

São numerosos os canteiros a serem abertos ou que estão à disposição de pesquisas inovadoras. Os historiadores do direito já ocupam seus lugares. Mas o campo pode se abrir ainda mais.

ORIENTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

FIORENTINO, Karen. *La seconde chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques de 1789 à 1940*. Paris: Dalloz, 2008.

KRYNEN, Jacques. *L'État de justice, France, xiii^e -xx^e siècle*, vol. I: L'idéologie de la magistrature ancienne et II: L'emprise contemporaine des juges. Paris: Gallimard, [Bibliothèque des Histoires], 2009 et 2012.

MESTRE, Jean-Louis. *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la IIe République*. *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris: Dalloz, 2007.

MESTRE, Jean-Louis. Les chapitres consacrés à l'histoire constitutionnelle de la France et à l'histoire de la justice constitutionnelle. *In: FAVOREU, Louis et al. Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, [Précis], 14 ed., 2012.

MORABITO, Marcel. *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*. Paris: LGDJ-Lextenso, [Domat droit public], 12 ed., 2012.

SAINT-BONNET, François. *L'État d'exception*. Paris: PUF, [Léviathan], 2001.

SAINT-BONNET, François. La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises. *RDP*, n° 3, 2007, p. 753-791.

SAINT-BONNET, François. *Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au xxe siècle*. *L'État au xxe siècle*, dir. S. Goyard-Fabre, Paris: Vrin, [Histoire des Idées et des Doctrines], 2004, p. 87-117.

TROPER, Michel. *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*. Paris: Fayard, [Histoire des constitutions de la France], 2006.