

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANGÉLICA MOREIRA DRESCH DA SILVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS LEIS NA FRANÇA: PERSPECTIVAS COMPARADAS COM O SISTEMA
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2017

ANGÉLICA MOREIRA DRESCH DA SILVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS LEIS NA FRANÇA: PERSPECTIVAS COMPARADAS COM O SISTEMA
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre.

Orientador (a): Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2017

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS LEIS NA FRANÇA: PERSPECTIVAS COMPARADAS COM O SISTEMA
BRASILEIRO**

Dissertação defendida por **Angélica Moreira Dresch da Silveira** em, ____ de ____ de 2018 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, ênfase Direito Público, como requisito para a obtenção do grau de mestre. Foi submetida à banca examinadora, que lhe atribuiu a nota: ____, considerando, portanto:

() aprovado, com o grau correspondente: _____.

() reprovado, com o grau correspondente: _____.

Observações:

Aprovado em: _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Examinador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

Examinador: Prof. Dr. Romulo Ponticelli Giorgi Júnior

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado de muita dedicação, disciplina, foco e determinação. Desde a preparação para o ingresso no Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, até a conclusão deste, contei com o incentivo e a colaboração de algumas pessoas, a quem agradeço imensamente. Em especial:

A minha amada filha Maria Eduarda Moreira Dresch da Silveira , cujo tempo de convivência, muitas vezes, tive que renunciar em prol dos meus estudos;

Aos meus familiares: Minha mãe, meu pai (*in memorium*) e meus irmãos;

Ao meu estimado e admirado sogro, José Néri da Silveira, incentivador da minha trajetória acadêmica;

Ao meu professor orientador Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel, pela confiança, pelo apoio e pela amizade;

A minha professora de francês Cíntia Kaspariy, pelo competente ensino e pelos conselhos;

Ao Curso Rooms, especialmente à Lívia Wolffenbüttel e Rafael Dupont, pelo excelente ensino de inglês jurídico;

A estimada Inês Pertele, bibliotecária da Advocacia - Geral da União, em Porto Alegre, sempre disponível para me ajudar em minhas pesquisas;

Aos professores Doutores Marcelo Schenk Duque, Rodrigo Valim e Rômulo Ponticelli Júnior, pela honra de comporem minha banca e por todas as orientações e sugestões para o aperfeiçoamento deste trabalho.

RESUMO

Desde a Constituição Francesa de 1958 (V República), a França dispõe de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e de um órgão de Jurisdição constitucional, o Conselho Constitucional. Esse controle é exercido anteriormente à promulgação das leis. A partir de 2008, esse país passou a permitir que as leis já promulgadas e vigentes pudessem ter sua constitucionalidade questionada. Este trabalho tem por objetivo apresentar uma análise de direito constitucional comparado, quanto à Jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade das leis na França e no Brasil. Com base em uma ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial no direito constitucional francês, busca-se traçar diferenças e semelhanças com o sistema de controle de constitucionalidade das leis vigente no Brasil. Dentro dessa temática são abordados temas como a concepção de Justiça e Jurisdição constitucional e as especificidades do sistema francês, a posição institucional do Conselho Constitucional, os tipos de controles de constitucionalidade das leis vigentes na França (*a priori e a posteriori*). Paralelamente são realizadas comparações com o sistema brasileiro em relação a cada uma das temáticas abordadas. Ilustra-se, com base em uma análise jurisprudencial comparada, a forma de atuação diferenciada do Conselho Constitucional francês em relação ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito da proteção de direitos fundamentais. Ao final, procura-se justificar tais diferenças de atuação de acordo com as realidades jurídico-institucionais e culturais em que atuam as referidas Cortes constitucionais.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição Constitucional. França. Brasil.

ABSTRACT

Since the French Constitution of 1958 (The Fifth Republic), France has a system of judicial review of the laws and a body of Constitutional Jurisdiction, the Constitutional Council. The control mentioned above is taken previously the statutes are promulgated. In 2008, the country started to allow that the statutes which have already been promulgated and which ones have been in force could have their constitutionality questioned. This paper aims to present a comparative constitutional law analysis considering the constitutional jurisdiction and the judicial review of the statutes in France and in Brazil. Based on an extensive bibliographical and jurisprudential research into the French constitutional law, the research presents the differences and similarities with the system of judicial review of the statutes in force in Brazil. Within this subject some issues are discussed, such as the conception of Justice and Constitutional Jurisdiction and the specificities of the French system, the institutional position of the Constitutional Council and also the kinds of control of the constitutionality of the statutes in France (*a priori* and *a posteriori*). At the same time, comparisons are made across the Brazilian system regarding each studied topic. On the basis of a comparative jurisprudential analysis, the French Constitutional Council's approach which is compared to the Brazil Federal Supreme Court is presented from the point of view of the protection of fundamental rights. Finally, this study justifies the differences of action according to the legal-institutional and cultural realities in which these Constitutional Courts act.

Key-words: Judicial Review. Constitutional Jurisdiction. France. Brazil

RÉSUMÉ

Depuis la Constitution Française de 1958 (Vème République), la France dispose d'un système de contrôle de la constitutionnalité des lois et d'un organe de juridiction constitutionnelle, le Conseil constitutionnel. Ce contrôle est exercé avant la promulgation des lois. Dès 2008, ce pays a commencé à permettre la mise en cause de la constitutionnalité des lois déjà adoptées et en vigueur. Cette recherche vise à présenter une analyse du droit constitutionnel comparé en ce qui concerne la Juridiction constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en France et au Brésil. Sur la base d'une vaste recherche documentaire et de la jurisprudence dans le droit constitutionnel français, cette étude cherche à dresser les différences et les similitudes avec le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur au Brésil. Au sein de ce thème sont abordés des sujets tels que la conception de la Justice et de la Juridiction constitutionnelle et les particularités du système français. De plus, il est présenté la position institutionnelle du Conseil constitutionnel, les types de contrôles de constitutionnalité des lois en vigueur en France (*a priori et a posteriori*). En même temps, des comparaisons sont faites avec le système brésilien par rapport à chacun des sujets abordés. À travers l'analyse de la jurisprudence comparative, il est montré la forme de performance différenciée du Conseil Constitutionnel français par rapport à la Cour Suprême Fédérale, dans le cadre de la protection des droits fondamentaux. À la fin, cette recherche vise à justifier les différences d'action conformément aux réalités juridiques-institutionnelles et culturels dans les Cours constitutionnelles où ils opèrent.

Mots-clés: Contrôle de constitutionnalité. Juridiction constitutionnelle. France Brésil.

Lista de Abreviaturas

- ADCT-** Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- CCJ-** Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania;
- CEDH-** Corte Europeia de Direitos Humanos;
- CF/88-** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
- CJUE-** Corte de Justiça da União Europeia;
- DDHC-** Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão;
- EC-** Emenda constitucional;
- LOCC-** Lei Orgânica do Conselho Constitucional;
- LOQPC-** Lei Orgânica da Questão Prioritária de Constitucionalidade;
- JORF-** Jornal Oficial da República Francesa;
- PEC-** Proposta de emenda constitucional;
- PFRLR-** Princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República;
- PPNT-** Princípios particularmente necessários ao nosso tempo;
- QPC-** Questão Prioritária de Constitucionalidade;
- RICD-** Regimento Interno da Câmara de Deputados;
- RISF-** Regimento Interno do Senado Federal;
- SGG-** Secretário-Geral do Governo Francês.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I- JUSTIÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL.....	19
1.A DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS E NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	19
2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA - DO ANTIGO REGIME À CONSTITUIÇÃO ATUAL - V REPÚBLICA (1958).....	28
3.A TRAJETÓRIA HISTÓRICA BRASILEIRA: DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	50
4. O CONSELHO CONSTITUCIONAL (<i>Le Conseil Constitutionnel</i>): ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E COMPETÊNCIAS	57
5.DIFERENÇAS ENTRE O CONSELHO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	69
PARTE II-O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA: PARÂMETROS COMPARATIVOS COM O SISTEMA BRASILEIRO	75
1. AS NORMAS REFERENCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA - <i>Bloc de Constitutionnalité</i>	75
2. AS NORMAS REFERENCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL.....	78
3. O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA: <i>Le contrôle a priori</i>	82
4.O SISTEMA PREVENTIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO NO BRASIL: O CONTROLE POLÍTICO E O CONTROLE JURISDICIONAL	90
5. DIFERENÇAS PONTUAIS ENTRE OS SISTEMAS DE CONTROLE PREVENTIVO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA E NO BRASIL	97
6. A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (QPC) E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – <i>Le contrôle a posteriori</i>	102
6.1 <i>Especificidades do controle a posteriori: concentrado, abstrato e de caráter prioritário</i>	107
6.2 <i>Os atos normativos sujeitos ao controle a posteriori</i>	110
6.3 <i>Procedimento da QPC: proposição, admissibilidade, transmissão e julgamento</i>	112
6.3.1 O procedimento perante o Conseil d’État e à Cour de Cassation - Cortes superiores... ..	116

6.4 *As decisões do Conseil constitutionnel no controle de constitucionalidade via QPC: a conformidade à Constituição; a contrariedade à Constituição e as reservas de interpretação*122

7. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS COM O SISTEMA FRANCÊS 127

PARTE III- O PERFIL DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL A PARTIR DE UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARADA 136

1. O JUIZ CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL.....136
 2. A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE (*Le principe d'égalité*) PELO CONSEIL CONSTITUTIONNEL NO ÂMBITO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS 140

2.1 *O reconhecimento do casamento às pessoas do mesmo sexo: análise das decisões do Conselho constitucional na questão prioritária de constitucionalidade (QPC) no. 2010-92, e na declaração de conformidade (DC) no.2013-669*..... 144

2.2 *A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 132 /RJ e a equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao regime jurídico da união estável. Interpretação conforme à Constituição e direito fundamental* 152

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS NA FRANÇA 163

3.1 *As omissões inconstitucionais: a incompétence negative no direito francês* 163

3.2 *O direito de greve dos servidores públicos nos transportes terrestres e o entendimento do Conseil constitutionnel* 165

4.O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES NO DIREITO BRASILEIRO..... 168

4.1 *O direito de greve dos servidores públicos e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal* 172

CONCLUSÃO..... 179

REFERÊNCIAS 185

INTRODUÇÃO

A França, assim como a maioria das democracias da Europa Ocidental somente veio a instituir uma jurisdição constitucional, após a Segunda Guerra Mundial. Mas, contrariamente a maioria dos países europeus, a França instituiu, inicialmente, um modelo de justiça constitucional diferenciado, e que não se voltava à proteção dos direitos fundamentais, mas a separação entre as atribuições do Executivo e do Legislativo, para evitar que este invadisse as competências daquele. Assim, os constituintes de 1958 preferiram adotar um sistema de controle de constitucionalidade das leis, preventivo, anterior ao ato de promulgação destas, de cunho notadamente político, abstrato e concentrado. Conseguiram assim manter o primado da lei, como expressão da vontade geral.

A supremacia da lei e a soberania do Parlamento, na França, representaram desde a Revolução Francesa de 1789, a expressão de uma tradição jurídica resultante de sua própria história política. A lei era percebida como expressão da vontade geral e, portanto, incontestável, isto é, imune a qualquer controle jurisdicional. Essa concepção surgia como uma reação a atuação abusiva e arbitrária dos juízes, integrantes dos *Parlements*, à época do Antigo Regime, o que provocou uma cultura de desconfiança e resistência a essas autoridades.

O Poder Legislativo, desde então, passou a deter uma autoridade suprema na ordem jurídica nacional. A Constituição, por sua vez, era concebida como uma lei especial, mas não superior às demais.

Assim, o direito francês foi marcado pelos dogmas da supremacia da lei e da soberania do Parlamento reforçados sob as Constituições Francesas da III (1875) e IV (1946) Repúblicas, até o advento da Constituição da V República (1958), atualmente vigente. A Constituição Francesa de 1958 surge à época em que, na Europa (após a II Guerra Mundial), a supremacia do Parlamento dá lugar à supremacia do Executivo. Dessa maneira, as Constituições tornam-se o parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as demais normas do sistema jurídico. Esse constitucionalismo, centrado na Constituição e na necessidade de instrumentos capazes de garantir a sua superioridade normativa, enseja o surgimento do controle de constitucionalidade das leis e da necessidade de uma justiça constitucional capaz de exercer esse controle.

A Constituição Francesa da V República (1958) desencadeia um processo de gradual ruptura com a concepção de que a lei, como expressão da vontade geral, estaria imune a qualquer controle. Ao criar o Conselho constitucional – órgão separado da estrutura do sistema jurisdicional francês – e lhe atribuir a função de uma jurisdição constitucional

especializada, responsável pelo controle prévio da constitucionalidade das leis, dá-se início à busca de um reequilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, com enfraquecimento deste em prol de um fortalecimento daquele. Além da previsão de um controle de constitucionalidade das leis (art. 61), o enfraquecimento da supremacia legislativa, sob a Constituição de 1958, é materializado pela delimitação de seu domínio material (arts. 34 e 37), e pela previsão de um controle de compatibilidade das leis aos tratados e acordos internacionais, denominado: controle da convencionalidade (art. 55).

Desde a Constituição de 1958 até a reforma constitucional de 2008, a França somente admitia um controle de constitucionalidade anterior à promulgação das leis (art. 61). Ao contrário de seus vizinhos, tais como Itália, Alemanha, Espanha e Bélgica, a França carecia de um instrumento, no âmbito da ordem jurídica interna, capaz de proteger os direitos e liberdades reconhecidos por sua Constituição, de leis inconstitucionais. Aqueles que tivessem seus direitos reconhecidos constitucionalmente violados tinham de recorrer ao direito internacional e às Cortes Internacionais de Justiça para terem caracterizadas tais violações, o que, além de demandar tempo, impunha-lhes um alto custo.

Visando então a suprir lacunas como essas, e garantir aos seus cidadãos o direito de questionar a constitucionalidade das leis atentatórias aos direitos e liberdades assegurados pela Constituição Francesa de 1958, a reforma constitucional de 2008 introduziu no sistema de jurisdição constitucional francês a questão prioritária de constitucionalidade – QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*). A QPC, prevista no art. 61-1 da Constituição de 1958, é um instrumento destinado ao controle de constitucionalidade *a posteriori* das leis, ou seja, incide sobre as leis já em vigor, e pode ser suscitado por qualquer uma das partes em um processo (administrativo ou judicial) em curso, sempre que elas entenderem que uma lei é atentatória aos direitos e às liberdades garantidos pela Constituição.

Dessa forma, de 1958 a 2008, uma vez promulgada a lei, não era mais possível seu controle em face da Constituição. A partir de 2008, com a instituição da *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), a França passou a contar com um novo tipo de controle de constitucionalidade, a incidir sobre as leis já promulgadas e em vigor, por iniciativa das partes em um processo judicial ou administrativo, e especificamente em relação aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição de 1958.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis surge inspirado no sistema americano, e incorporado na Constituição Republicana de 1891, como um controle judicial, repressivo e difuso. Portanto, muito diferente do sistema francês. A Constituição Imperial de

1824 teve forte influência francesa, já que outorgava ao próprio Legislativo a guarda da Constituição, aderindo assim ao dogma da soberania parlamentar.

Entretanto, desde a Constituição Republicana de 1891 se desenvolveu no Brasil um sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis. Inicialmente apenas pela via de exceção, difuso e a partir de um caso concreto. Posteriormente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade incorporou o tipo concentrado, e com este, a técnica de exame em abstrato, independentemente de um caso concreto. Por cumular ambos sistemas difuso e concentrado, passou-se a denominar controle misto de constitucionalidade das leis.

No Brasil, temos um cenário diferente do sistema francês, tanto no que se refere à previsão e definição dos direitos reputados fundamentais, quanto aos instrumentos jurídicos destinados à proteção desses direitos. A par do sistema de controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz, pertencente às jurisdições ordinárias, pode afastar a aplicação da lei ao argumento de sua inconstitucionalidade; o sistema brasileiro prevê ações judiciais de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal (Ação direta de inconstitucionalidade por ação- ADI; ação direta por inconstitucionalidade por omissão - ADINO, Ação Declaratória de Constitucionalidade- ADC; Arguição de Descumprimento de preceito fundamental -ADPF), além de outras não vocacionadas ao controle de constitucionalidade propriamente dito, mas também endereçadas à defesa de direitos fundamentais.

Em relação aos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis, existem significativas diferenças entre o sistema brasileiro e o francês.

A Constituição francesa de 1958, no seu artigo 56, instituiu o Conselho constitucional como um órgão originariamente destinado a impedir que o Parlamento (Poder Legislativo) usurpasse as competências do Executivo. Assim, ele originariamente não foi concebido como um órgão de jurisdição constitucional, mas como um guardião da separação dos poderes.

Para desempenhar tal função, foi-lhe atribuída competência para o controle de constitucionalidade das leis, um controle prévio, de natureza meramente formal, em relação às leis que lhe eram submetidas, anteriormente à promulgação.

O Conselho constitucional é um órgão independente do sistema jurisdicional francês administrativo e judicial. Foi concebido como um órgão político, estranho à estrutura desse sistema jurisdicional. Como será demonstrado adiante, a evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis na França foi marcada pela atuação do Conselho constitucional, seja em relação à ampliação das normas de referência desse controle, seja em relação às normas objeto desse controle. Em 1971, a partir de uma decisão do próprio Conselho, foram

ampliadas as normas de referência do controle de constitucionalidade, que não mais se limitavam ao texto da Constituição de 1958, mas incluíam o preâmbulo desta, o qual fazia referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789, e ao preâmbulo da Constituição de 1946. A partir desse momento, o Conselho passou a desempenhar a função de protetor dos direitos fundamentais, reconhecidos e consagrados nessas normas referenciais.

As atribuições desenvolvidas pelo Conselho foram, dessa forma, ampliadas e o relacionamento deste com as demais Cortes superiores – o *Conseil d'État* (jurisdição administrativa) e a *Cour de Cassation* (jurisdição judiciária) – modificado. Isso porque essas Cortes superiores são responsáveis por realizarem uma espécie de filtro das questões que serão apreciadas pelo Conselho no âmbito do controle *a posteriori* das leis, via questão prioritária de constitucionalidade (QPC). Com isso, elas participam, de certa forma, da formação da jurisprudência do Conselho constitucional, ao mesmo tempo que se vinculam às decisões proferidas por este.

O Supremo Tribunal Federal desde a origem constitui o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Ele assimila funções de tribunal de última instância, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade das leis, e funções de Tribunal constitucional, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Existem muitas diferenças entre o Conselho constitucional francês e o Supremo Tribunal Federal. Essas diferenças se verificam quanto à composição desses órgãos, formas de nomeação de seus membros, competências, impedimentos, obrigações de seus membros, formas de deliberação, e sobretudo quanto a forma de relacionamento com o Poder Legislativo.

Nesse sentido, o presente estudo comporta uma extensa pesquisa doutrinária sobre os sistemas de controle de constitucionalidade vigentes na França, além de uma análise jurisprudencial comparada da atuação e da forma de decisão dos órgãos de jurisdição constitucional francês e brasileiro.

Algumas semelhanças podem ser igualmente percebidas, como será pontuado no decorrer deste estudo.

A questão norteadora do presente trabalho consiste, portanto, em apontar as principais diferenças e semelhanças entre os sistemas de controle de constitucionalidade das leis e entre as jurisdições constitucionais da França e do Brasil.

Nesse contexto, o objetivo geral deste trabalho é promover um estudo de direito constitucional comparado, apontando as principais diferenças e semelhanças entre esses sistemas de controle de constitucionalidade das leis e de jurisdição constitucional.

Para isso se procurou aprofundar o estudo dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis na França, utilizando um referencial teórico bastante atual do direito constitucional francês. A maior ênfase do trabalho está centrada no cenário francês.

Em relação ao Brasil, os apontamentos foram mais genéricos, porque partimos do pressuposto de que o leitor desta obra conhece o sistema brasileiro e por que o aprofundamento deste tema tornaria a obra muito extensa.

O que se propõe é entender como se desenvolveu e como funciona o sistema de controle de constitucionalidade das leis na França e em que medida alguns instrumentos lá existentes poderiam inspirar o aperfeiçoamento do sistema brasileiro. Sublinhe-se que não se trata de uma questão de transposição direta do modelo lá existente.

Como objetivos específicos, este trabalho visa mostrar como surgiu, se desenvolveu e como funciona a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade das leis na França. Paralelamente, apontar os principais aspectos e características da jurisdição constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. E finalmente, identificar as especificidades de cada sistema relacionando-as.

A escolha dessa temática foi motivada pela existência de uma lacuna de investigação científica que contemplasse a comparação, no tocante ao controle de constitucionalidade das leis entre os dois países: França e Brasil. Os estudos de direito constitucional comparado nessa temática concentram-se nos sistemas alemão, italiano, espanhol e português.

De acordo com uma pesquisa na base de dados da CAPES/FUVEST/PUC-RS/UFRGS, verificou-se a ausência de trabalhos nessa temática de direito constitucional comparado.

Isso talvez se deva ao fato de ser recente o desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade das leis na França, se comparado com a realidade dos demais países europeus. Foi somente a partir de 2008, com a introdução da QPC, que pode se dizer que a França aderiu ao modelo europeu (concentrado e abstrato) de controle de constitucionalidade das leis.

Justifica-se assim a escolha do tema deste trabalho pelo ineditismo de pesquisas no sentido de um estudo comparativo entre os sistemas de controle de constitucionalidade das leis entre Brasil e França.

Quanto à metodologia adotada, este estudo está dividido em três partes. A primeira parte, intitulada *Justiça e Jurisdição Constitucional na França e no Brasil* contém preliminarmente a delimitação do conceito de Justiça e Jurisdição constitucional no direito francês e no direito constitucional brasileiro. A seguir, busca-se traçar a evolução histórica da Jurisdição constitucional, no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, em ambos os países. Posteriormente se ingressa no estudo dos órgãos de jurisdição constitucional: o Conselho constitucional francês (*Le Conseil constitutionnel*), órgão político com atribuições jurisdicionais, estranho à estrutura do sistema jurisdicional (judicial e administrativo) com competência exclusiva para o exercício do controle de constitucionalidade das leis na França. Nesse contexto, são abordadas a origem do Conselho Constitucional, sua composição, organização, funcionamento e suas competências institucionais. Finaliza-se o capítulo com uma análise comparativa do Conselho constitucional e do Supremo Tribunal Federal, traçando-se as especificidades de cada uma dessas instituições. A análise comparativa é feita trazendo sempre o contexto francês e em seguida o brasileiro.

A segunda parte do trabalho, intitulada *O controle de constitucionalidade das leis na França: parâmetros comparativos com o sistema brasileiro*, trata especificamente do tema central da pesquisa, qual seja, o sistema de controle de constitucionalidade das leis, concentrado e abstrato, *a priori e a posteriori*, realizado pelo Conselho constitucional. Inicialmente são identificadas as normas referenciais do controle de constitucionalidade na França e, depois são apresentadas as normas referenciais consideradas para os mesmos fins no Brasil. Apresenta-se o sistema de controle de constitucionalidade preventivo, ou *a priori*, que se realiza anteriormente à promulgação das leis na França. A partir deste, realiza-se uma comparação com o sistema de controle de constitucionalidade preventivo vigente no Brasil. Na sequência, realiza-se a apresentação do sistema de controle repressivo ou *a posteriori*, vigente na França, realizado por meio da *question prioritaire de constitutionnalité (QPC)*.

O exame minucioso da QPC comporta seu objeto e suas principais características, seu procedimento (proposição, admissibilidade, transmissão e julgamento), ou seja, o processo desenvolvido perante o Conselho constitucional (julgamento e possíveis decisões), e os efeitos dessas decisões. Conclui-se este capítulo pontuando-se convergências e divergências dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis *a posteriori* (QPC) com o sistema brasileiro (difuso e concreto/concentrado e abstrato).

A terceira parte, intitulada *O perfil do juiz constitucional na França e no Brasil a partir de uma análise jurisprudencial comparada*, visa demonstrar como o modo de atuação e os fundamentos das decisões de ambas as Cortes acerca da mesma temática são diferentes,

ainda que o resultado final possa ser coincidente. Os temas escolhidos foram o casamento entre as pessoas do mesmo sexo, que retrata a forma de concretização do princípio da igualdade pelas respectivas Cortes; a regulamentação do direito de greve nos serviços públicos, que retrata a forma de tratamento dispensada às omissões legislativas.

Apesar de ambos os países terem efetivado tanto o reconhecimento das uniões homoafetivas, quanto o reconhecimento da necessidade de regulamentação do direito de greve nos serviços públicos para a concretização desse direito, o fizeram sob formas e fundamentos diferentes.

No que diz respeito à organização desta dissertação, além da introdução e dos capítulos brevemente apresentados, como fechamento apresentam-se as considerações finais no item conclusão.

O referencial teórico que sustenta as análises e permite explorar o cenário que a questão de pesquisa enseja é composto pela Constituição Francesa de 1958 comentada por Carcassonne e Guillaume (2016); a Constituição Francesa de 1958 comentada por Formery (2016); além da doutrina atualizada de direito constitucional francês, a exemplo da obra de Carcassonne e Duhamel (2015) sobre *La question prioritaire de constitutionnalité*; e sobre *Le Conseil constitutionnel*, de autoria de Roussillon e Esplugas-Labatut (2015); os manuais *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, de Ardant e Mathieu (2015; 2016); e *Droit Constitutionnel*, de Favoreau e Ali (2016). As obras coletivas intituladas *Les frontières entre liberté et interventionnisme em droit français et em droit brésilien. Études de droit compare* (2010) organizada por Storck, Michel; Cerqueira, Gustavo Vieira de.; Costa, Thales Morais da.; e *Introdução ao Direito Francês*, também organizada por Costa (2010). Podendo ainda serem citados os livros de Michel Fromont *Justice constitutionnelle comparée* (2013); *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (2016), obra criada por Louis Favoreu e Loïc Philip; *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, de Mathieu e Rosseau (2013) e ainda *La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?* obra organizada por Cartier, Gay e Viala (2015).

Outros artigos doutrinários específicos, oriundos de *sites* oficiais da França e do Brasil também compõem a base doutrinária utilizada.

Da mesma forma, compõem o referencial teórico utilizado artigos das seguintes revistas francesas: *Pouvoirs Revue Française d'Études constitutionnelles et politiques* (no. 137/2011); *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* no. 47/2015; e *Henri Capitant Revue de Droit* n 08/2015.

Dentre as obras brasileiras utilizadas, citam-se algumas como o artigo de Osório (2015), constante na obra coletiva *Jurisdição Constitucional e Política*, organizada por Daniel Sarmento; *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais* obra organizada por Jorge Miranda e outros (2016); *Curso de Direito Constitucional de Mendes e Branco* (2015); *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais de Moraes* (2013); *Curso de Direito Constitucional de Bulos* (2007) ; *Ativismo Judicial -parâmetros dogmáticos de Ramos*(2015) e *Jurisdição Constitucional na Ibero-América de Reverbel* (2012) .

Por fim, à guisa de conclusão, com base no referencial teórico adotado no presente trabalho, apresenta-se, nas considerações finais, a retomada das ideias discutidas ao longo deste texto, ao mesmo tempo em que, procura-se responder à questão norteadora, a saber: quais as principais diferenças e semelhanças entre o controle de constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional na França e no Brasil.

PARTE I- JUSTIÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL

1. A DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS E NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Justiça constitucional é uma expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição. É definida ainda como justiça constitucional, um tipo de justiça ou meio de jurisdição pela qual se examinam aspectos das leis constitucionais. A expressão Jurisdição constitucional, corresponde ao órgão que exerce a justiça constitucional.¹

Na França podem ser identificadas duas concepções de justiça constitucional: a orgânica e a funcional. De acordo com a teoria orgânica, a justiça constitucional é formada pelo conjunto de instituições e técnicas através das quais se garante a repartição de competências entre o legislador e o constituinte. A partir desse critério seria possível classificar os diferentes sistemas de justiça constitucional no mundo em dois grupos: o modelo europeu, cuja característica distintiva seria o controle concentrado de constitucionalidade das leis; e o modelo americano, caracterizado pelo controle difuso da constitucionalidade.²

Fundados nessa concepção, muitos juristas classificam a França entre os países representativos do modelo ‘europeu’ e veem o Conselho constitucional como órgão por excelência encarregado de exercer a justiça constitucional. Louis Favoreu³ e os doutrinadores da escola de Aix-en-Provence são os representantes dessa concepção orgânica de justiça constitucional, que assimila justiça constitucional ao tribunal constitucional e à controle de constitucionalidade das leis.⁴

A teoria da justiça constitucional na França, a partir dessa concepção orgânica, foi inicialmente sustentada por Charles Eisenmann (1928)⁵, para quem o sentido jurídico da justiça constitucional é em última análise, o de garantir a repartição das competências entre legislação ordinária e legislação constitucional.

¹ EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et a haute Cour constitutionnelle d' Autriche**. Paris, (1928). Aix-em-Provence: Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1986. Collection Droit Public Positif dirigée par Louis Favoreu. p. 1-2, p. 20.

² COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1, p. 139-140.

³ Confira-se: FAVOREU Louis et al. **Droit constitutionnel**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2016.

⁴ COSTA, op. cit., p. 139-140.

⁵ EISENMANN, op. cit., p. 20.

A contribuição de Eisenmann para a teoria da justiça constitucional, apesar de ser datada de 1928, aparece hoje como surpreendentemente moderna. Ele já demonstrava, antes mesmo da II Guerra Mundial, a necessidade de uma justiça constitucional. Essa demonstração repousava sobre um contexto histórico, em que a França vivia um amplo debate doutrinário acerca da necessidade de uma justiça constitucional, debate do qual participavam Duguit e Hauriou, fortemente influenciado ainda pela obra de Edouard Lambert sobre “ O Governo de juízes” nos Estados Unidos. Vários autores, naquela época, incitavam os tribunais ordinários a seguir o exemplo americano e outros se opunham a instauração de um controle de constitucionalidade das leis. Eisenmann se afasta dessa controvérsia. A originalidade de sua demonstração reside sobre a afirmação da supremacia da Constituição como regra de direito, na banalização da regra legislativa e do legislador e na lógica do Estado de direito.⁶

Mesmo os defensores da justiça constitucional e do controle da constitucionalidade das leis hesitavam, à época, a afirmar que a Constituição se impunha a todas as autoridades como regra de direito. Duguit afirmava a existência de um direito superior e anterior ao Estado e que lhe impõe obrigações. E a expressão lei inconstitucional seria tomada por ele como sinônimo de lei contrária ao direito superior escrito ou não escrito. Já Hauriou se baseava sobre princípios jurídicos, numa concepção difusa de supra legalidade. Eisenmann apresenta uma concepção clara e simples:

A supremacia da Constituição no Estado lhe confere naturalmente a qualidade de medida suprema da regularidade jurídica: ... ela representa, na ordem interna o último termo, ao qual se pode relacionar e comparar uma regra de direito, para apreciar a validade jurídica, pois ela é nisso o juiz primeiro de toda regularidade. [...] controlar a constitucionalidade é, e é unicamente verificar se uma regra qualquer que seja, não derroga irregularmente a Constituição. Fora isso, tudo é político, direito natural e arbitrário.⁷

Em resposta à tese de soberania parlamentar e da regra legislativa, sustentava Charles Eisenmann, que a lei ordinária era apenas um nível na escala das normas, e que não havia distinção entre ela e os demais atos da ordem jurídica (atos administrativos, regulamentos, atos de direito privado) em se tratando de verificar sua regularidade formal e material.

⁶ EISENMANN, 1986, p. 371-372.

⁷ No original: La suprématie de la Constitution dans l' État lui confere tout naturellement la qualité de mètre suprême de la régularité juridique:... elle represente dans l'ordre interne le dernier terme auquel on puisse rapporter et comparer une règle de droit pour en apprécier la validité juridique car elle y est le juge premier de tout régularité; [...] contrôler la constitutionnalité, c'est, et c'est uniquement vérifier qu'une règle quelconque ne déroge pas irrégulièrement à la Constitution. Em dehors de lá, tout est politique, droit naturel, arbitraire. (Ibid., p. 372)

Refutando a tese de que a soberania do Parlamento e da lei excluiria o controle da constitucionalidade das leis, acrescentava⁸:

Aqueles que afirmam parecem desconhecer a existência, acima das leis ordinárias, de leis constitucionais de valor superior, em outros termos a existência de limites constitucionais à competência do legislador ordinário. É então que eles a negam. Eles não podem, entretanto, negar que o direito francês distingue dois procedimentos legislativos, um aplicável às disposições a inserir nas leis constitucionais, o outro a todo o resto das leis. Eles devem então negar que resulta desta distinção de procedimentos, uma hierarquia de normas, uma subordinação de órgãos. De maneira mais precisa, uma limitação à soberania do Parlamento legislador, isto quer dizer a negação desta soberania.

E nesse sentido ele mostra de fato, que mesmo nos casos em que o mesmo órgão, o Parlamento, desempenha o papel de legislador e de constituinte, há uma distinção de formas, que estabelece uma hierarquia. Para esse autor, não há distinção entre inconstitucionalidade formal e material, já que ambas se traduzem numa incompetência do legislador.⁹

Louis Favoreu nos coloca que a noção de Estado democrático seguidamente é oposta àquela de Estado de direito: a vontade dos representantes do povo, democraticamente eleitos, não pode ser limitada por um órgão não eleito, e se é necessário respeitar a Constituição, pertence ao legislador impor-se a si mesmo, este respeito. Já a noção de Estado de direito, ao contrário, implicaria dizer que a autolimitação do legislador é somente uma ficção, cabendo aos juízes assegurar o respeito da Constituição pelo legislador, da mesma maneira que cada um, num Estado de direito, estaria submetido à regra de direito. Essa concepção de Estado de direito que irá triunfar no pós-guerra. Entretanto, de forma premonitória, Eisenmann já afirmara, em 1928, que qualquer que fosse a forma de justiça constitucional a ser adotada:¹⁰

[...] uma coisa parece fora de contestação: a necessidade lógica e por conseguinte moral desta instituição para ultimar o sistema de proteção do direito [...] duas saídas se oferecem, e apenas duas; ou deixar ao legislador a tarefa de respeitar a Constituição, ou confiar aos juízes a tarefa de assegurar o respeito por ele. Entre as duas é necessário escolher. A escolha pode ser questionável? ¹¹

⁸ EISENMANN, 1986, p. 373.

⁹ Ibid., p. 374.

¹⁰ Ibid., p. 374.

¹¹ No original: ... une chose paraît hors de conteste: la nécessité logique, et par suite morale, de cette institution pour parachever le système de protection du droit ...- Deux partis s'offrent et deux seulement: ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'em assurer le respect par lui. Entre eux deux, il faut choisir. Le choix peut -il être douteux? (Ibid., p. 374)

Para Favoreu, hoje parece não poder existir mais uma Constituição realmente democrática sem a existência de uma justiça constitucional assegurando o reino do Estado de direito.

Na sua tese ‘La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d’ Autriche’, Eisenmann afirmava que, em 1928, a quase unanimidade dos autores franceses (Duguit; Hauriou; Jèze) se pronunciava contra um sistema de jurisdição especial, e em favor de um sistema contencioso e incidental. Os argumentos doutrinários da época eram o de que somente o modelo americano correspondia a uma instituição jurisdicional e que o modelo de jurisdição especial correspondia a uma instituição legislativa ou quase legislativa, um órgão político, que não teria um objetivo e uma função estritamente judiciária. Nesse sentido, Duguit e Hauriou retomam essa ideia, argumentando que era necessário distinguir a recusa em aplicar uma lei a um litígio, que não teria por efeito obstar ou suspender a execução de uma lei e por conseguinte, não implicaria uma invasão de competências do Judiciário sobre o legislativo; e o poder de anulação de uma lei, que implicaria uma ingerência indevida no Poder legislativo.

A tais considerações, ponderava Eisenmann, que em verdade não aplicar uma norma por parte de um juiz, é fazer como se ela não existisse e então a anular, mas somente no caso concreto. De forma que assim, não havia, entre os dois sistemas de organização da justiça constitucional (contencioso difuso e incidental X jurisdição especial por via de ação e autoridade absoluta), uma diferença de natureza, mas simplesmente de grau de anulação, relativa ou limitada à absoluta ou definitiva. As duas formas de justiça constitucional seriam igualmente admissíveis, a escolha entre elas seria política.¹²

Somente a Justiça constitucional faz das regras constitucionais normas jurídicas obrigatórias, verdadeiras regras de direito, vinculando a elas uma sanção. Sem esta, a Constituição seria apenas um programa político, a rigor obrigatório moralmente, uma compilação de bons conselhos ao legislador, o qual estaria livre para considerá-los ou não, pois os atos deste, mesmo em violando a Constituição, seriam em qualquer caso, válidos.

Esta percepção de Eisenmann, traduzida na sua tese, acerca da justiça constitucional, sua significação e suas implicações, se insere claramente dentro de uma concepção orgânica de justiça constitucional, que assimila a justiça constitucional < jurisdição constitucional > controle da constitucionalidade das leis.¹³

¹² EISENMANN, 1986, p. 376.

¹³ A teoria orgânica assimila a justiça constitucional aos litígios entre o Poder Legislativo e o Poder constituinte. Nessa concepção o Tribunal constitucional é visto como simples legislador -negativo. Sua função é assegurar a repartição de competências entre o legislador e o constituinte. (COSTA, 2010, p. 141)

E se suas contribuições eram consideradas avançadas em 1928, elas se verificaram e se confirmaram quase meio século mais tarde. Aliás os termos justiça constitucional, contencioso constitucional e difuso, princípio da constitucionalidade, juiz ordinário e juiz constitucional são termos que já figuravam na sua tese em 1928.¹⁴

Daí porque o jurista estrangeiro deve estar atento à dicotomia francesa, entre *juge constitutionnel* (leia-se membros do Conselho Constitucional) /*juge ordinaire* (juízes da Justiça comum e da Justiça Administrativa)¹⁵ que permite separar aqueles que têm dos que não têm competência para controlar a constitucionalidade das leis.¹⁶ Tal dicotomia, segundo a teoria material ou funcional da justiça constitucional, não significa que o juiz ordinário não tenha competência para exercer a justiça constitucional.

Isso porque designa-se justiça constitucional, segundo a teoria funcional ou material, como aquela que resolve um litígio entre diferentes partes e que é fundada sobre a aplicação de regras de direito constitucional¹⁷. É a posição de juristas franceses como Michel Fromont¹⁸ e Constance Grewe¹⁹. Com base nessa concepção distingue-se a justiça constitucional do órgão que a exerce, pois é possível atribuir-se a um mesmo órgão competências de diferentes naturezas²⁰.

Michel Fromont²¹ assinala que a noção de justiça constitucional só pode ser concebida materialmente, ou seja, ela designa uma atividade, uma função exercida sob a forma jurisdicional por um órgão independente, tendo a natureza de uma jurisdição; e paralelamente o juiz constitucional só pode designar um juiz que exerce a justiça constitucional, quer ele seja ou não especializado nessa tarefa.²²

O Conselho Constitucional, órgão que exerce com exclusividade o controle de constitucionalidade das leis na França, por exemplo, exerce várias competências que não se qualificam como jurisdicionais e é possível que a justiça constitucional possa ser exercida por outros tribunais, mesmo que não tenham competência para declarar a inconstitucionalidade de

¹⁴ EISENMANN, 1986, p. 383.

¹⁵ Acerca da organização jurisdicional francesa, sugerimos consultar BRAGA, Valeschka s Silva. A organização jurisdicional. In: COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1. p. 517-546.

¹⁶ COSTA, 2010, p. 139-140.

¹⁷ No original: Justice rendue entre deus parties en vue de résoudre um litige et fondée sur l' application de règles de droit constitutionnel. (FROMONT, Michel. La notion de Justice constitutionnelle et le droit français. In: RENOUEAU du droit constitutionnel: mélanges em l'honneur de Louis Favoreau. Paris: Dalloz, 2007. p. 155)

¹⁸ Ibid.

¹⁹ GREWE, Constance et al. **La notion de justice constitutionnelle**. Paris: Dalloz, 2005.

²⁰ FROMONT, 2007, p. 155.

²¹ FROMONT, Michel. **Justice constitutionnelle comparée**. Paris: Dalloz, 2013.

²² Ibid., p. 6.

uma lei. Por isso, a justiça constitucional, segundo a concepção funcional ou material, não se resume ao controle da constitucionalidade das leis, basta que exista a aplicação de regras constitucionais na solução de um litígio entre diferentes partes.²³

Em que pese, na França, somente o Conselho Constitucional possa exercer com exclusividade o controle da constitucionalidade das leis, tanto *a priori* quanto *a posteriori*, e que se identifique como o órgão de Jurisdição constitucional, outros órgãos jurisdicionais como a *Cour de Cassation* e o *Conseil d'État* também exercem justiça constitucional – embora não sejam competentes para o controle da constitucionalidade das leis, o são para o controle da constitucionalidade de atos não legislativos e aplicam regras constitucionais para solução dos conflitos. Esses tribunais ao decidirem um conflito, pautando-se em normas constitucionais exercem justiça constitucional.

Com isso, pode-se concluir que a justiça constitucional concebida no sentido funcional ou material não é de competência exclusiva do Conselho Constitucional.

A partir dessa noção material de justiça constitucional pode-se afirmar que, na França, o exercício dessa justiça constitucional realiza-se de duas formas diferentes: pelo Conselho constitucional de forma objetiva e abstrata, por meio do controle concentrado de constitucionalidade das leis; e pelos demais órgãos jurisdicionais (juízes ordinários e Tribunais) da jurisdição administrativa e judiciária, submetidos ao *Conseil d'État* e *Cour de cassation*, de forma difusa, quanto ao controle da constitucionalidade de atos não legislativos, que em matéria de direito público é objetiva e abstrata e de direito privado, subjetiva e concreta.²⁴

O objeto do presente trabalho se limita, no entanto, ao estudo da justiça constitucional exercida de forma objetiva, abstrata e concentrada pelo Conselho Constitucional, no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. Estão excluídos, portanto, o controle de constitucionalidade dos atos administrativos e atos de direito privado, exercidos via difusa, pelos juízes ordinários e Tribunais, da jurisdição administrativa e judiciária francesas.

A Constituição Francesa de 1958 não qualifica expressamente o Conselho Constitucional de jurisdição. À época que foi editada, a intenção dos Constituintes não era a de criar uma verdadeira jurisdição constitucional, mas sim um órgão capaz de assegurar a repartição de competências normativas entre o Executivo e o Parlamento.

A prática institucional desse órgão, no entanto, revelou que a sua atividade apresenta características incontestavelmente jurisdicionais. Nesse sentido, Michel Verpeaux assinala:

²³ COSTA, 2010, p. 141.

²⁴ *Ibid.*, p. 153.

Diversos elementos permitem qualificar- ou não- uma instituição de jurisdição. O fato que esta instituição seja capaz de <<dizer o direito>> constitui um primeiro critério- material. Outros critérios formais devem igualmente ser considerados. Trata-se da autoridade de coisa julgada que revestem as decisões da instituição e da existência de um procedimento que respeita, por essencial, os grandes princípios seguidos pelas outras jurisdições [...].²⁵

E complementa;

Dentre os critérios formais, geralmente, considerados na doutrina para determinar a natureza jurisdicional de uma instituição, figura a existência ou não de um procedimento<<de natureza>> jurisdicional. Antes mesmo da introdução da QPC (controle de constitucionalidade das leis *a posteriori*), a maioria da doutrina acordava em ver no Conselho um órgão jurisdicional, mesmo se o aspecto jurisdicional do procedimento era menos acentuado... Sobre esse ponto, o Conselho constitucional se aproximou dos padrões de uma jurisdição clássica. É evidente que o controle *a posteriori* das leis acelerou a jurisdicionalização do procedimento do Conselho.²⁶

Hoje, portanto, parece ser pacífico o entendimento entre os constitucionalistas franceses, que a dimensão política do Conselho não afasta sua natureza verdadeiramente jurisdicional. Por isso, podemos identificar na França, o Conselho constitucional, como o órgão que representa a Jurisdição constitucional e exerce a justiça constitucional, de forma exclusiva, objetiva, abstrata e concentrada por meio do controle de constitucionalidade das leis, tanto *a priori* (antes da promulgação das leis), quanto *a posteriori* (posteriormente à promulgação das leis). A França conhece atualmente assim, um controle de constitucionalidade que combina controle *a priori* (preventivo) e controle *a posteriori* (repressivo), realizado pelo mesmo órgão.²⁷

No Brasil, as expressões justiça e jurisdição constitucional são usadas como sinônimos. Luís Roberto Barroso²⁸ identifica jurisdição constitucional como a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. Essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal como órgão supremo da jurisdição constitucional.

²⁵ VERPEAUX, Michel. **Le Conseil constitutionnel**. 2. ed. Paris: La documentation française, 2014. p. 57.

²⁶ No original: Parmi les critères formels généralement retenus em doctrine pou déterminer la nature juridictionnelle d' une institution figure l'existence ou non d' une procédure <<de nature>> juridictionnelle. Avant même l'introduction de la QPC, la majorité de la doctrine s'accordait à voir dans le Conseil um organe juridictionnel, même si l'aspect juridictionnel de la procédure était moins accentué... Sur ce point, le Conseil constitutionnel s'est rapproché des standards d' une juridiction classique. Il est évident que le contrôle a posteriori des lois a accéléré la juridictionnalisation de la procédure du Conseil. (Ibid., p. 58).

²⁷ O STF exerce um controle repressivo e, excepcionalmente, pode cumular este com um controle preventivo, como no caso de mandado de segurança impetrado para obstar a tramitação de PEC tendente a abolir cláusulas pétreas, como será analisado no decorrer deste trabalho.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 383

Nesse sentido, leciona Barroso:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado e não da União [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme à Constituição).²⁹

E ao final sintetiza:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. Em suma, a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição.³⁰

Em idêntico sentido, a doutrina de Oswaldo Luiz Palu, para quem a jurisdição constitucional é a atividade que visa garantir a aplicação dos princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto da fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A principal função da jurisdição constitucional é o controle da constitucionalidade das leis.³¹

Como afirma Mauro Cappelletti, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional. Ele representa apenas um dos possíveis aspectos da justiça constitucional, certamente um dos mais importantes.³²

Assim, no caso brasileiro, como é cediço, o controle da constitucionalidade das leis, uma das atuações da justiça ou jurisdição constitucional é exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelos demais juízes e tribunais ordinários.

Sob o ponto de vista da concepção orgânica de justiça constitucional há uma clara diferença entre os sistemas brasileiro e francês. No Brasil, o controle da constitucionalidade

²⁹ BARROSO, 2016.

³⁰ Ibid.

³¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 94.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 23-24.

das leis *a priori* é exercido de diferentes formas, pelos Poderes Legislativo, Executivo e excepcionalmente pelo Judiciário. Já controle *a posteriori* é exercido pelo Judiciário, incluídos juízes e Tribunais de diferentes instâncias, além do Supremo Tribunal Federal e também pelo Poder legislativo.

Diferentemente, na França, o controle de constitucionalidade das leis (*a priori e a posteriori*) é exercido de forma exclusiva, por um órgão estranho ao sistema judiciário, o Conselho constitucional, que não possui relação hierárquica expressamente reconhecida em relação às Cortes Superiores; *Cour de Cassation* (instância superior da jurisdição judicial) e *Conseil d'État* (instância superior da jurisdição administrativa).³³

A jurisdição administrativa é competente para julgar os atos e atividades da administração; e jurisdição judicial, competente para o julgamento das demais matérias (civil, processual). Os órgãos (juízes e tribunais) administrativos submetem-se ao *Conseil d'État*, tribunal de última instância para as causas administrativas, e os órgãos pertencentes à jurisdição judiciária submetem-se à *Cour de Cassation*, corte superior para as demais causas³⁴. A Constituição não trata expressamente da jurisdição administrativa³⁵.

A fim de melhor compreender como foram instituídas as formas de controle de constitucionalidade das leis, e como se desenvolveu a jurisdição constitucional na França, será traçada a seguir a evolução histórica destas, naquele país.

³³ O sistema jurisdicional francês é dividido em jurisdição judicial e administrativa. A jurisdição judiciária está escalonada em três níveis: na primeira instância, os tribunais têm competência especializada, onde, em matéria civil, as causas de menor valor são julgadas pelos *tribunaux d'instance* e as de maior valor pelos *tribunaux de grande instance*; em matéria comercial, a competência é dos *tribunaux de commerce*, constituídos exclusivamente por juízes eleitos pelos seus pares entre comerciantes ou diretores de empresas comerciais; em matéria de relações de trabalho, as ações são decididas pelos *conseils de prudhommes*, formados paritariamente por juízes eleitos por, e trabalhadores assalariados e entidades patronais; em matéria penal e contravençional, a competência é dos *tribunaux de police* (nome dos tribunais d'instance quando julgam contravenções), *tribunaux correctionnels* (nome dos tribunais de grande instância quando julgam crimes), *cour d'assises* (tribunais de composição mista-escabinato, que julgam crimes mais graves). A segunda instância é formada por *cours d'appel*, cuja principal função é a de julgar os recursos das sentenças proferidas pelos tribunais de primeira instância, com exceção da *cour d'assises*. A *Cour de cassation* está dividida em cinco câmaras cíveis (especializadas em matérias como a comercial e social) e uma câmara criminal. Sua competência é a de examinar os recursos restritos a matéria de direito, interpostos de decisões das *Cours d'appel e das Cours d'assises*. Desde 1991, a *Cour de cassation* recebeu a função de uniformização da jurisprudência, com a *saisine* por avis, isto é, a admissibilidade de, por iniciativa dos juízes dos tribunais inferiores e antes da decisão destes, emitir decisões sobre matéria de direito (exceto em matéria penal). ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra. Almedina, 1998. p. 62.

³⁴ Acerca da organização do sistema jurisdicional na França, recomendamos o leitor consultar BRAGA, 2010. v. 1, p. 517-546.

³⁵ TOULEMONDE, Gilles. **L'essentiel des Institutions de la V République**. 3. ed. Paris: Gualino, L'extenso, 2015.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA -DO ANTIGO REGIME À CONSTITUIÇÃO ATUAL - V REPÚBLICA (1958)

A história constitucional, a evolução das ideias políticas e as transformações vivenciadas pela França permitirão a compreensão da natureza híbrida do sistema francês de controle de constitucionalidade. Esse é o objetivo deste tópico, apresentar, de maneira direta e objetiva, os diversos momentos políticos que marcaram a história das instituições francesas e identificar em cada um deles um tipo de controle de constitucionalidade.

A França conheceu diversos tipos de controle de constitucionalidade, que eram sucessivamente substituídos a cada novo regime político instaurado no país. A história francesa mostra que diversos atos, não apenas normativos (leis e atos do Executivo), mas também atos administrativos e decisões judiciais eram submetidas a uma espécie de controle de constitucionalidade. E este era desempenhado por também diversos órgãos; políticos como Senado, órgãos híbridos como o *Comité constitutionnel* ou órgãos da própria organização judicial, como os juízes da jurisdição judiciária e ainda pelo *Conseil d'État*.³⁶

Embora o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis tenha sido instituído somente com a atual Constituição de 1958, a França já conhecia o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade de outros normativos³⁷, tais como atos administrativos (de competência da Justiça Administrativa) e atos de direito privado (de competência da Justiça comum). Nesses casos, reconhece-se a competência dos juízes de todos os graus de jurisdição para realizar esse controle, que se revela, portanto, difuso.³⁸

Os constitucionalistas concordam que as instituições são produtos da história. Entretanto, suas opiniões divergem quanto ao significado dessa influência. Assim, uma mesma instituição tanto pode ser considerada uma continuidade de uma anterior, quanto uma reação a uma prática antiga.³⁹

Assim se relevou a história constitucional francesa, ora as formas de controle instauradas pelos novos regimes políticos que se sucediam implicavam numa reação a práticas anteriores, ora poderiam ser vistos como continuidade das mesmas.

³⁶ COSTA, Thales Moraes da (Coord.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 143.

³⁷ O estudo do controle da constitucionalidade desses outros atos submetidos ao controle difuso não pertence ao objeto do presente trabalho.

³⁸ COSTA, op. cit., p. 145.

³⁹ TROPER, Michel. Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 28, juil. 2010. Dossier: L'histoire du controle de constitutionnalité.

O início dessa histórica é denominado o Antigo Regime e caracterizou-se pela existência de uma monarquia hereditária⁴⁰, centrada na confusão dos poderes. O rei da França era um monarca hereditário e absoluto. O monarca detinha em suas mãos o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O Poder Legislativo era exercido pelo rei por via das *ordonnances* (ordens, despachos, decisões), o Poder Executivo e a administração encontravam-se também com o rei e o Poder Judiciário era confiado aos Parlamentos, que decidiam em nome do rei as questões de justiça. Esses Parlamentos eram em verdade, órgãos judiciários, tribunais que tinham poderes como o de registrar as *ordonnances* e decretos reais, o que corresponderia hoje ao poder de promulgação das leis, pelo Presidente da República. Além disso, eles detinham o direito de enviar ao rei as *remonstrances*, isto é, cartas que continham observações (críticas ou censuras) sobre as *ordonnances* e decretos submetidos pelo rei à apreciação deles, o que era feito anteriormente ao registro desses atos.⁴¹

Durante o Antigo Regime, o rei era considerado representante de Deus sobre a terra e somente a ele deveria prestar contas. Esse período histórico durou aproximadamente dez séculos.⁴²

O recorte desse período histórico, na presente narrativa, parte do ano de 1715⁴³. O rei da França, Louis XV, cujo reinado se inicia em 1715, era, em princípio, obrigado a respeitar as leis fundamentais do reino que formavam a Constituição costumeira do Estado monárquico.⁴⁴

As leis fundamentais do reino eram costumes relativos à autonomia do poder, à inalienabilidade do domínio da Coroa e a necessidade de que o rei fosse da religião católica. A regra mais importante era aquela da transmissão do trono para os filhos primogênitos do sexo masculino. As leis fundamentais do reino eram diferentes de uma Constituição no sentido moderno do termo⁴⁵. Não porque elas eram costumeiras e não escritas, mas porque

⁴⁰ A concepção da monarquia francesa, nessa época, é diretamente oposta àquela que será, mais tarde, desenvolvida por Montesquieu. A separação dos poderes não existe. (HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1972. p. 669)

⁴¹ HAURIUO, 1972, p. 667-669.

⁴² Ibid., p. 670.

⁴³ A França vivenciou Monarquias absolutas até o século XVIII, o I Império vigorou de 1789 até 1792, quando foi instaurada a I República, a qual perdurou de 1792 até 1799.

⁴⁴ COSTA, 2011, p. 145.

⁴⁵ A ideia de Constituição foi desenvolvida inicialmente pelos filósofos do século XVIII, como meio de enfraquecer o poder real, estabelecendo regras que se imporiam ao rei, que encarnava então a soberania. Posteriormente ela serviu para impor limites à assembleia, órgão que passou à representante da Nação, que encarnava a nova soberania. Na França, a noção de superioridade da Constituição foi utilizada para enfraquecer o Parlamento (Legislativo) frente ao Governo (DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel 1: les grands systèmes politiques**. 16. ed. Paris: PUF, 1980. p. 215-218). A Constituição de 1958, originariamente, constitui um exemplo disso.

elas não eram um estatuto político da nação francesa. Elas eram somente o estatuto das instituições governamentais, a Carta da Coroa da França e não aquela do Reino da França.⁴⁶

Durante esse período cabia aos Parlamentos⁴⁷ (de Paris ou das províncias) assegurar o respeito às leis do reino pelo monarca. Para isso, os Parlamentos serviam-se do procedimento de censura ou críticas [*remonstrances*]. Os reis pediam aos Parlamentos que não procedessem ao registro das medidas por eles editadas, registro que se destinava a garantir a efetividade dessas medidas, quando os Parlamentos as considerassem injustas ou desarrazoadas. Os Parlamentos assumiam essa tarefa através das *remonstrances*, explicando a recusa ao registro dos atos do rei, expondo as razões pelas quais tais medidas lhe pareciam contrárias ao bem comum, à equidade e aos princípios gerais de direito. Entre os argumentos invocados nas *remonstrances* podia figurar a contradição entre as medidas reais examinadas e as leis fundamentais do Reino. Caso o monarca decidisse manter os atos editados, ele ordenava o registro.⁴⁸ Dessa forma, o Rei podia superar a resistência dos Parlamentos e dar uma ordem escrita para o registro das *ordonnances*. Essa prática parlamentar foi mantida sob os reinados de Louis XIV, XV e XVI.

A expressão *Constitution de l'État* foi empregada pelo Parlamento de Paris em 1721, quando ele a associa a alguns princípios que considera essenciais, e portanto, oponíveis ao monarca.⁴⁹

Sucessivamente os Parlamentos começaram a aumentar o número de leis consideradas fundamentais a fim de dar mais fundamentos às suas *remonstrances*. Entre as leis consideradas fundamentais estavam aquelas que consagravam direitos individuais, garantias à propriedade e à vida, uso legítimo da liberdade, direito de conservação da honra.⁵⁰

Vários princípios foram erigidos como normas fundamentais, dentre os quais a inamovibilidade dos magistrados e o direito das Cortes de justiça de somente ordenar o registro das vontades do rei se elas estivessem em conformidade com as leis constitutivas da província, com as leis fundamentais do Estado.

O Parlamento de Paris integrou na Constituição do reino a faculdade que lhe era reconhecida de exercer um controle da constitucionalidade sobre as medidas legislativas

⁴⁶ HAURIOU, op. cit., p. 671-672.

⁴⁷ Os Parlamentos eram essencialmente tribunais, que herdaram as atribuições judiciárias do rei e pretendiam se beneficiar de prerrogativas políticas em um regime que não conhecia a separação dos poderes (GIQUEL, Jean; GIQUEL, Jean-Éric. **Droit Constitutionnel et institutions politiques**. 29. ed. Paris: LGDJ, 2015. p.442)

⁴⁸ FAVOREU, 2016, p. 303-305.

⁴⁹ VERGNE, A. La notion de Constitution d'après les cours et les assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789). **La première référence à la Constitution d l'État dans les remonstrances du Parlement de Paris (1^o. Mars 1721)** Paris: de Boccard, 2006, p. 387-500 apud FAVOREU, op. cit.

⁵⁰ Ibid., p. 303-305.

emanadas do rei e fez desaparecer o poder do rei de impor em definitivo sua vontade apesar das *remontrances*.⁵¹

Os Parlamentos se erigiam num contra poder. Apresentavam-se como defensores dos franceses contra o despotismo do rei. E isso lhes rendia certa popularidade. Entretanto sempre atuaram imbuídos de um espírito de classe e não como representantes da Nação. Pretendiam se beneficiar de prerrogativas políticas, num regime que não conhecia a separação de poderes, e dessa forma contribuíram para a queda do Antigo Regime.⁵²

A Revolução Francesa provocou uma longa instabilidade política e imprimiu ao movimento constitucional um tipo de ritmo dialético, comportando tese, antítese e síntese. De acordo com os ensinamentos de Maurice Hauriou, podemos identificar, na história política francesa, dois ciclos constitucionais: o primeiro se desenvolve entre 1789 até 1848, e o segundo começa em 1848 e termina em 1958. Em cada um deles aparecem três períodos que podem ser assim definidos: a) um período de afirmação da legitimidade democrática que é, quase sempre, um período de ditadura da Assembleia, que ocorreu entre 1791-1795 e 1848-1851; b) um período de reação, manifestada pela ditadura do Executivo, no curso da qual o Chefe de Governo procura estabelecer uma nova legitimidade, do tipo monárquica, o que se deu entre 1795-1814 e 1851-1870; c) um período de colaboração dos poderes, em que se busca o equilíbrio entre Executivo e Legislativo, e que se viu na longevidade da monarquia constitucional (1814-1848) e da república parlamentar (1875-1958).⁵³

A percepção do problema da inconstitucionalidade das leis sob o período de 1789-1799, foi revelada em três tentativas de instituir esse controle, ao longo desse período. A primeira tentativa constou das Constituições de 1791 e 1795.

Assim a **Constituição de 1791** retirava do rei o poder de legislar, delegando-o a uma assembleia composta por representantes eleitos, e ao mesmo tempo outorgava-lhe o poder de recusar a validade das leis em caso de inobservância pela assembleia da forma de deliberação,

⁵¹ VERGNE, A. La notion de Constitution d'après les cours et les assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789). **La première référence à la Constitution d l'État dans les remontrances du Parlement de Paris (1^o. Mars 1721)** Paris: de Boccard, 2006, p. 387-500 apud FAVOREU et al., 2016.

⁵² Até 1789, a sociedade francesa era hierarquizada em três ordens, cada uma com um estatuto jurídico particular: o clero, a nobreza e o terceiro estado. O clero e a nobreza gozavam de privilégios sociais que o terceiro estado era excluído. Entretanto, o terceiro estado, composto por profissionais liberais, comerciantes, banqueiros, artesãos, trabalhadores em geral, representava cerca de 98% da população. (GIQUEL; GIQUEL, 2015, p. 443-444)

Em 1788, quando houve uma ruptura política entre o Parlamento de Paris, e o partido patriota, defensor do Terceiro Estado, a popularidade dos Parlamentos começou a cair, modificando a percepção dos franceses acerca dos verdadeiros interesses desses órgãos.

A Revolução Francesa de 1789 pôs fim ao Antigo Regime. Além de uma revolução política, foi também uma revolução social, no sentido que ela fez suceder, no plano jurídico uma sociedade igualitária frente a uma sociedade hierarquizada e desigual. (HAURIOU, 1972, p. 678).

⁵³ HAURIOU, op. cit., p. 686-687; GIQUEL; GIQUEL, op. cit., p. 451.

prevista constitucionalmente, além de manter o poder de veto aos decretos votados pelo legislativo.⁵⁴

À época da Revolução não se ignorava o perigo de uma assembleia toda poderosa, mas esse perigo, pensava-se, poderia ser afastado com a previsão, nas disposições preliminares da Constituição, da garantia dos direitos estabelecidos no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC). Nesse sentido a Constituição de 1791 dispunha o seguinte: O Poder Legislativo não pode fazer leis que portem atentado ou coloquem obstáculo ao exercício dos direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela Constituição (Constituição de 3 de setembro 1791, título I, 3º. Parágrafo)⁵⁵

A inutilidade desse sistema de autolimitação inscrito na Constituição de 1791 associada ao perigo de uma tirania de um governo de assembleia trouxeram à tona, no debate constitucional da época, a necessidade de um meio de prevenir tal tirania. Duas soluções foram propostas. A primeira foi a solução jurisdicional, desenhada por Sieyès, sob a forma de um júri constitucional, composto por membros oriundos do corpo legislativo, que teria por função julgar as reclamações contra todo o tipo de atentado contra a Constituição. Este júri seria composto por uma assembleia de 108 membros e funcionaria como uma verdadeira Corte suprema, pois teria por competência não apenas verificar a constitucionalidade dos atos das assembleias, mas também conheceria, em última instância, dos contenciosos iniciados diante das jurisdições de direito comum. Essa proposta, no entanto, foi rejeitada⁵⁶

A segunda solução aventada foi uma solução política, com a introdução do bicameralismo. Essa que foi a grande contribuição do constituinte à história constitucional francesa, de ter compreendido que o problema do controle da constitucionalidade da lei é somente a expressão jurídica de um problema fundamentalmente político, que reside na tendência natural de todo órgão (individual ou coletivo) de abusar de seus poderes.⁵⁷

⁵⁴ A I República se estabelece em 10.08.1792. Em 10.10.1793 a República é suspensa e é proclamado um governo revolucionário, provisório, uma ditadura. Instaura-se 'a era do terror'. Sob inspiração de Robespierre, para quem somente um governo revolucionário seria capaz de estabelecer condições para o advento definitivo da República. Por isso a lei poderia, provisoriamente, entrar em confronto com a Constituição, como uma necessidade circunstancial de uma violência arbitrária contra os inimigos. Esse período acaba em 1794. (GUÉRAUD, Luc. História das instituições públicas. In COSTA, Thales Morais da (Org.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 77)

⁵⁵ No original: Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte at mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution. (ZOLLER, Elisabeth. Droit constitutionnel. **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8, 2015. Le contrôle de constitutionnalité em France. p. 23).

⁵⁶ DEBRÉ, Jean-Louis. **Contrôle de constitutionnalité**: entre tradition et modernité. Discours-Colloque "Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle". 6 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2014/contrôle-de-constitutionnalité-entre-tradition-et-modernité.141543.html>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

⁵⁷ ZOLLER, op. cit., p. 25.

Foi assim que a **Constituição de 1795** (Constituição 5 Fructidor Ano III)⁵⁸, adotada após 1791, estabeleceu a existência de duas câmaras: o *Conseil des Anciens* e o *Conseil des Cinq-cents*, atribuindo à primeira, o *Conseil des Anciens*, a competência para recusar a promulgação das leis que não tivessem sido votadas conforme o procedimento previsto constitucionalmente. Entretanto não permitia tal recusa quanto ao conteúdo da lei, caso esta violasse a Constituição. O que limitava o alcance do controle da constitucionalidade instituído.⁵⁹

Acreditava-se que a divisão do poder legislativo em duas câmaras seria suficiente para impedir excessos de poder. Por isso a Constituição 5 Fructidor Ano III descartou as ideias de Sieyès que propunham a criação de um *jury constitutionnaire*.⁶⁰

O texto constitucional de 1795 remetia, de uma maneira muito vaga, a guarda da Constituição, à fidelidade do corpo legislativo, dos administradores e dos juízes, à vigilância dos pais de família, às esposas e às mães, aos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses (art. 377 da Constituição do ano III, 22 outubro de 1795). Isso que vinha sepultar a ideia de um controle jurisdicional da Constituição.⁶¹

Acrescente-se ainda o fato que as jurisdições, segundo a Constituição de 1795, eram proibidas de exercer, direta ou indiretamente parcela do poder legislativo, nem poderiam suspender ou impedir a execução das leis. A concepção vigente era a de que os juízes eram obrigados a transcrever pura e simplesmente os textos das leis. Eles não podiam recusar ou retardar a aplicação das leis, contestando a sua validade⁶².

⁵⁸ A Constituição do Ano III (1795) foi marcada pela preocupação de evitar os excessos revolucionários. A República foi restabelecida. Uma rígida separação de poderes e uma declaração de direitos e deveres do homem e do cidadão foram expressamente previstas. A organização do legislativo dá-se de forma bicameral e o Executivo é confiado a um órgão colegiado. Como não havia previsão constitucional de solução em caso de conflitos institucionais, o regime revelou-se marcado de profunda instabilidade, o que rendeu quatro golpes de Estado. O último golpe de Estado acaba com o regime republicano e dá início a era de Napoleão Bonaparte. (1799-1815) (GUÉRAUD, 2011, p. 79).

⁵⁹ Embora não houvesse um controle de constitucionalidade material das leis, nessa época, desde 1791, havia um controle judiciário de constitucionalidade de decisões judiciais. Assim, a *Cour de Cassation* anulava decisões das instâncias judiciárias inferiores que eram contrárias à Constituição (Loi constitutionnelle de État). Entretanto recusava a essas jurisdições o poder de anular atos administrativos sob o fundamento de inconstitucionalidade, em face do princípio da separação de poderes, proibindo aos juízes de imiscuir-se sobre funções administrativas. Muitos decretos da era Napoleônica foram questionados, e os juízes reconheciam a inconstitucionalidade. Porém quando tais decisões chegavam à *Cour de cassation*, esta pronunciava-se a favor da manutenção desses atos, em nome da segurança pública. A *Cour de cassation* admitia, no máximo, o exame, pelos juízes, quanto a regularidade formal, extrínseca da lei. Sobre os controles judiciários a posteriori de constitucionalidade a partir da Revolução Francesa, recomendamos o leitor a consultar (MESTRE, Jean-Louis. Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution. **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 28, jul. 2010. Dossier: l'histoire du contrôle de constitutionnalité).

⁶⁰ DEBRÉ, 2014.

⁶¹ ZOLLER, 2015, p. 24.

⁶² Article 203 de la Constitution de l'an III (1795)

Assim, houve uma tentativa de se instituir um controle de constitucionalidade, a partir de uma forte intervenção do Executivo, nas Constituições de 1791 e 1795. Outra tentativa foi prevista na **Constituição de 1793** (Constituição do Ano I), que continha a possibilidade de todo cidadão instaurar um processo visando à revogação de uma lei contrária à Constituição. No entanto, esta Constituição nunca entrou em vigor. E a terceira tentativa, pode ser considerada a proposta de Sieyès, de um “*jury constitutionnaire*”, ao qual caberia a tarefa de verificação da constitucionalidade das leis e anular as disposições legislativas que ele considerasse inconstitucionais. Mas essa proposta foi recusada quando da elaboração da Constituição de 1795.⁶³

Dois fatores, à época contribuíram para privar o princípio da superioridade da Constituição de seu alcance lógico: primeiro, a referência às concepções de Rousseau, que sustentava que a vontade geral, expressa pela maioria, seria infalível, tendo o art. 6º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - DDHC/1789, definido a lei como expressão da vontade geral, concepção que permaneceu durante a Revolução. O segundo fator foi a dificuldade de organização de um sistema de controle da constitucionalidade das leis. Era muito forte a recusa que tal controle fosse feito por juízes.⁶⁴

Durante o período revolucionário (1789-1799) o controle dos atos administrativos foi confiado a autoridades departamentais (poder executivo) e após às assembleias legislativas. As jurisdições judiciárias eram proibidas constitucionalmente, de apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos. Também nesse período havia um controle sobre as decisões judiciais. A *Cour de cassation* era responsável por assegurar o respeito às leis pelos juízes. A Constituição de 1791 censurava o excesso de poder dos juízes que invadiam atribuições do Legislativo ou funções administrativas. A *Cour de cassation* anulava decisões judiciais que assim se comportavam, por violação à Constituição de 1791 e posteriormente à Constituição de 1795. Mesmo após a proclamação da República (I República) em 1792, a *Cour de cassation* continuou a invocar as disposições relacionadas à justiça, contidas na Constituição de 1791.⁶⁵

⁶³ FAVOREU, et al., 2016, p. 309.

⁶⁴ Desde o fim de 1788, quando o Parlamento de Paris se manifestou contrariamente aos partidários do terceiro - estado (Tiers État), a confiança dos franceses no referido órgão começou a cair, já que a maioria da população fazia parte desta classe social, o Tiers État. Os membros do Parlamento de Paris (que em verdade eram tribunais) passaram a ser considerados como defensores de privilégios e não como adversários do absolutismo monárquico. (Ibid., p. 307).

⁶⁵ Ibid., p. 310.

Finalmente a **Constituição do Ano VIII- 22 Frimaire (1799)**⁶⁶ instituiu o controle da constitucionalidade das leis pelo Senado, que podia anular todos os atos do corpo legislativo por inconstitucionalidade.

O *Sénat Conservateur*, ao contrário do que se pode pensar, não era uma assembleia com função legislativa. As duas assembleias legislativas eram o *Tribunat* e o *Corps législatif*. O Senado era sim uma assembleia a qual tinha unicamente poderes para verificar a constitucionalidade dos atos do *Corps législatif* e dos atos do Governo.⁶⁷

Dispunha o art. 21 dessa Constituição⁶⁸ que cabia ao Senado manter ou anular os atos que lhe eram submetidos como inconstitucionais, pelo *Tribunat* ou pelo Governo [...]⁶⁹

O Senado podia assim, ser provocado por uma outra assembleia, o *Tribunat*, ou pelo Governo. Na prática, o Senado jamais foi instado a se manifestar, seja pelo *Tribunat* (suprimido em 1807), seja pelo Governo. E Napoleão pôde editar inúmeros atos contrários à Constituição. A *Cour de cassation*, submissa à Napoleão, não se opôs a essa prática, ao argumento de somente o Senado poderia se pronunciar acerca da constitucionalidade das leis, aos juízes era vedado fazê-lo. Este, por sua vez, também servil a Napoleão, não desempenhou a tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição.

Assim, na vigência da **Constituição de 1799**, havia um controle de constitucionalidade das decisões judiciais pela *Cour de cassation* (última instância da jurisdição judiciária), quando essas decisões lhe pareciam inconstitucionais. À época, o *Conseil d'État* (última instância da jurisdição administrativa) também intervinha, controlando decisões de autoridades que lhe eram subordinadas, em respeito às disposições constitucionais.

Dessa forma, termina o período que os historiadores definem como a I República, que se inicia em 1792 e acaba em 1799. Após, a França retorna ao regime monárquico, com a era

⁶⁶ Com o término da Revolução Francesa em 1799, instaurou-se a era napoleônica. Esta pode ser dividida em dois momentos (1) 1799-1804 a República consular, (2) 1804-1815 Monarquia Imperial hereditária. O primeiro período caracteriza-se pelo fortalecimento do Executivo, que é confiado a três cônsules, nomeados pelo Senado e com amplos poderes. Os atos votados pelo Senado são dotados de valor de lei, e são denominados *sénatus-consulte*. Ao Senado cabia o controle da constitucionalidade das leis, segundo a Constituição do ano VIII (1799), porém o Senado era controlado pelo Executivo. O segundo momento da era napoleônica foi marcado pela instauração do Império, confiado à Napoleão I. O Senado permanece como guardião das liberdades individuais, porém mantem-se subjugado à vontade imperial. Os órgãos legislativos têm sua competência reduzida. A Constituição do Ano VIII (1799) cria o *Conseil d'État*, Em 1814, o Imperador, destituído pelo Senado, acaba por abdicar do trono. (GUÉRAUD, 2011, p. 84)

⁶⁷ DEBRÉ, 2014.

⁶⁸ No original: Art. 21-II maintient ou anule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement: les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes (Constitution du 22 Frimaire na VIII- Titre II du Sénat conservateur). (MASTOR, Wanda; BROYELLE, Camille. Le contrôle de constitutionnalité des lois em France **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8, 2015. Le contrôle de constitutionnalité em France. p. 17-18).

⁶⁹ Ibid., p. 17-18.

napoleônica que vai de 1799 até 1814, e sob as formas de monarquias limitadas entre 1814 a 1848.

O século XIX foi marcado por uma sucessão de regimes políticos. A França conheceu entre a I República (1792-1799) e a II República (1848-1851), períodos de regime monárquico: restauração da monarquia (1814-1830) e a Monarquia de Julho (1830-1848), denominadas monarquias limitadas.⁷⁰

A monarquia foi restaurada à semelhança do Antigo Regime (séculos XVI-XVII), e o rei passa a deter novamente, com exclusividade, a iniciativa legislativa, além de exercer o poder legislativo juntamente com as câmaras do legislativo (câmara dos deputados, eleita por sufrágio censitário e a câmara dos pares, nomeada pelo rei).⁷¹

A **Carta constitucional de 1814** não previa nenhum sistema de controle de constitucionalidade das leis. Não dispunha sequer sobre a revisão de seus próprios dispositivos. Os partidos políticos que apresentavam os projetos de lei sustentavam sua conformidade à Constituição. Aos derrotados, da oposição, cabia apenas denunciar eventual violação à Constituição à imprensa e aguardar as próximas eleições, quando, obtendo uma maioria parlamentar, pudessem revogar a lei reputada inconstitucional.⁷²

A omissão quanto ao controle de constitucionalidade das leis permaneceu sob a Monarquia de Julho, já que a **Carta constitucional de 1830** nada dispunha a respeito.

Durante a vigência das Cartas Imperiais (1814 e 1830) o poder regulamentar do rei era exercido por meio das *ordonnances royales*. Esses atos normativos, eram submetidos a um controle de legalidade, diante das jurisdições judiciárias. A inconstitucionalidade era reconhecida quando esses atos contrariassem dispositivos contidos nas leis editadas pelo poder legislativo⁷³. Não havia uma distinção entre o que hoje entendemos por controle de legalidade e de constitucionalidade.

Com o fim do regime monárquico veio a proclamação da II República (1848-1852).

A **Constituição Republicana de 1848** também não previa nenhuma sanção, no caso de inconstitucionalidade das leis. Ela remetia a questão implicitamente à opinião da maioria dos deputados. A eles cabia eliminar eventual vício de inconstitucionalidade no projeto de lei apresentado. Uma vez votada, a lei era reputada em conformidade com a Constituição.

A ausência nesses três textos constitucionais (1814, 1830 e 1848) quanto à previsão de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, levou às jurisdições judiciárias, a

⁷⁰ GUÉRAUD, 2011, p. 84.

⁷¹ Ibid., p. 85.

⁷² FAVOREU et al., 2016, p. 312.

⁷³ Ibid., p. 313.

discussão da constitucionalidade das leis e dos regulamentos, quando eram confrontadas, a tal, por ocasião de processos que lhes eram submetidos ⁷⁴

As duas Cartas Imperiais (1814 e 1830) e a Constituição Republicana de 1848 dispunham expressamente que eram mantidas em vigor as leis existentes que não fossem contrárias aos novos textos constitucionais. Muitos decretos editados por Napoleão I, na vigência da Constituição de 1799, eram inconstitucionais, sem que o Senado tivesse, de fato, exercido seu poder de controle. Quando submetidos ao exame das jurisdições judiciárias, por via de exceção, na vigência das Cartas de 1814 e 1830, tinham reconhecidas as inconstitucionalidades em primeira instância. Porém quando os processos chegavam à *Cour de Cassation*, esta preferia afastar o reconhecimento da inconstitucionalidade, em nome da manutenção da ordem e paz do Estado. A única condição que a *Cour de Cassation* colocava à validade desses decretos, era a de que não contrariassem os dispositivos da Carta constitucional então vigente. ⁷⁵

A mesma condição se aplicava às leis editadas anteriormente às Cartas de 1814 e 1830, bem como à Constituição Republicana de 1848, que se consideravam revogadas se contrárias aos textos constitucionais. Desse modo os juízes deveriam apreciar eventual revogação das leis anteriores pela nova Constituição. Ou seja, seriam levados a comparar artigos da Constituição, então vigente, àqueles de uma lei e decidir o litígio com base nessa comparação. Isso nos leva a crer que não havia distinção entre exame de revogação implícita de uma disposição legislativa por uma Constituição posterior, e controle de constitucionalidade das leis. ⁷⁶

Quanto às leis adotadas posteriormente a essas Constituições, a *Cour de Cassation* adotou o entendimento, especialmente sob a Carta de 1830, de que os tribunais não podiam apreciar a conformidade dos dispositivos da lei à Constituição, somente verificar se a lei foi adotada e promulgada seguindo o procedimento previsto constitucionalmente. ⁷⁷

A II República durou quatro anos. Instaurada a partir de um governo provisório, a República implicou na convocação de uma nova assembleia constituinte. A Constituição de 1848 era repleta de contradições. Diferentemente das anteriores, não continha uma declaração de direitos, mas estabelecia uma rígida separação de poderes. A ausência do direito de dissolução da Assembleia, pelo Presidente, e em contrapartida, a ausência do direito da Assembleia de demitir o Presidente e seus ministros, investia um poder contra o outro, e os

⁷⁴ FAVOREU et al., 2016, p. 313.

⁷⁵ Ibid., p. 313.

⁷⁶ Ibid., p. 313.

⁷⁷ Ibid., p. 315.

tornava suficientemente fortes, o que acabou por se tornar o maior defeito do texto constitucional. Durante a II República, porém a *Cour de cassation* aceitou examinar a constitucionalidade de uma lei em face da Constituição (*art. 8º. da loi sur l'état de siège du 9 août 1849*), porém essa jurisprudência não sobreviveu ao golpe de Estado de 1851 e à chegada de um novo regime napoleônico.⁷⁸

Inaugurada a era do II Império (1852-1870) na França, a **Constituição de 1852** atribuiu ao Senado⁷⁹ funções semelhantes àquela da Constituição de 1799, de se opor à promulgação de leis inconstitucionais adotadas pelo corpo legislativo, devendo assim, anular os atos inconstitucionais que lhe eram submetidos pelo Governo ou pelos cidadãos.

Nesse sentido dispunha o artigo 25 da Constituição de 02 de dezembro de 1852: O Senado é o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas. Nenhuma lei pode ser promulgada antes de lhe ser submetida⁸⁰. E acrescentava o artigo 26, o seguinte:

O Senado se opõe à promulgação: 1º. Desde que as leis sejam contrárias ou que portem violação à Constituição, à religião, à moral, à liberdade dos cultos, à liberdade individual, à igualdade dos cidadãos diante da lei, à inviolabilidade da propriedade e ao princípio da inamovibilidade da magistratura; 2º. Dessas que poderiam comprometer a defesa do território.⁸¹

Em verdade, os constituintes de 1852 esperavam que atribuindo tais funções ao Senado, isso conduziria à renúncia dos juízes (judiciários e administrativos) ao controle da constitucionalidade que vinham adotando, em processos concretos. Entretanto esse controle confiado ao Senado não teve nenhum efeito e acabou sendo suprimido pelas revisões constitucionais de 1869 e 1870⁸².

A III República foi sucessivamente instaurada e com ela foram editadas três leis constitucionais: Lei de 24 de fevereiro de 1875, relativa à organização do Senado; Lei de 25

⁷⁸ FAVOREU et al., 2016, p. 315.

⁷⁹ No original: Art. 25- Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. (MASTOR; BROUELLE, 2015, p. 19).

⁸⁰ No original: Art. 25- Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise.

⁸¹ No original: Art. 26- Le Sénat s'oppose à la promulgation. 1º. Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature; 2º. De celles qui pourraient compromettre la défense du territoire. (MASTOR; BROUELLE, op. cit., p. 20).

⁸² Nos termos da Constituição de 1852 o Senado foi concebido como um órgão guardião e intérprete da Constituição, em um sentido favorável ao Presidente. O Senado podia inclusive modificar a Constituição, desde que aprovado pelo Presidente.⁸² Desde 1869, o Senado, de órgão de apoio ao Executivo, se transforma numa segunda câmara legislativa. E com a revisão constitucional de 1870, o Executivo é confiado ao Imperador, que governa com a colaboração dos ministros, do Senado, do corpo legislativo e do Conselho de Estado. O poder legislativo por sua vez, era exercido coletivamente ao Imperador, Senado e corpo legislativo. (FAVOREU et al., op. cit., p. 316)

de fevereiro de 1875, referente à organização dos poderes e a Lei de 16 de julho de 1875, que dispunha sobre as relações dos poderes públicos.⁸³

A **Constituição de 1875**, resultante de um compromisso político entre republicanos e monarquistas, era formada pela justaposição dessas três leis constitucionais, e não contava, portanto, nem com proclamação de princípios nem com declaração de direitos.

Não foi previsto, nesses textos constitucionais, qualquer sistema de controle de constitucionalidade das leis. Esperava-se que o Senado, que era composto de eleitos pelo sufrágio indireto e de membros nomeados, não eleitos, indicados pela Assembleia Nacional, recusasse votar projetos de lei que lhe parecesse exprimir a tirania de um poder legislativo.⁸⁴

O Senado aqui é uma das assembleias legislativas, diferentemente do *Sénat conservateur*, previsto na Constituição de 1799 (Constituição do Ano VIII- 22 *Frimaire*) e na Constituição do II Império (1852).

Na prática, o poder moderador do Senado se revelou insuficiente, provocando o desejo que fosse instaurado um controle de constitucionalidade pelos juízes, sob os fundamentos dos juristas americanos. Ou seja, que a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária fosse assegurada pelo juiz, pela via de exceção, no caso concreto. Podendo assim a lei inconstitucional ser afastada por ocasião de um litígio.⁸⁵

Sob a III República o controle da constitucionalidade das leis foi afastado sob o fundamento de que ele implicaria questionar a representação do povo pelos seus eleitos. Nesse sentido se expressava o professor Raymond Carré de Malberg, na sua obra *La loi expression de la volonté générale*, que o direito de interpretar a Constituição e de analisar a conformidade das leis àquela, somente pertence ao Parlamento.⁸⁶

A análise do sistema institucional da III República realizada por R. Carré de Malberg⁸⁷, revela que os desequilíbrios relativos ao funcionamento das instituições resultavam da ausência da separação entre poder constituinte e poder parlamentar. Ele sustentava que a separação do poder constituinte e do poder legislativo dificilmente pode funcionar num Estado onde é implantada a ideia de que a lei é expressão da vontade geral, que é representada pelo Parlamento. Ele observara igualmente que as leis constitucionais de 1875 continham somente disposições relativas a órgãos executivos e legislativos e se

⁸³ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 27. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 358-359.

⁸⁴ FAVOREU et al., 2016, p. 318.

⁸⁵ Ibid., p. 319.

⁸⁶ DEBRÉ, 2014.

⁸⁷ CARRÉ DE MALBERG, R. La loi expression de la volonté générale. 1931 apud ARDANT; MATHIEU, op. cit., p. 358-359.

mostravam silenciosas acerca dos direitos fundamentais. A determinação e proteção desses direitos era remetida ao legislador, ao Parlamento. Logo um sistema de controle de constitucionalidade não se revelava interessante, no contexto institucional da III República. Os juízes eram levados a aplicar, no domínio dos direitos fundamentais, não princípios fixados na Constituição, mas regras legislativas.

A partir dessa constatação, ele salientava que o juiz não poderia suprir a ausência de princípios inscritos na Constituição, invocando princípios permanentes e transcendentais. Seria necessária uma revisão constitucional que transformasse a Constituição num corpo de regras estatutárias que compreenderia todas as matérias que o órgão constituinte entendesse lhe reservar, todos os princípios que vinculariam o legislador e delimitariam suas competências. Então haveria lugar para um controle jurisdicional consistente em confrontar as leis com os textos constitucionais e destinado a impor ao legislador o respeito à ordem jurídica superior estabelecida pela Constituição.

Embora houvesse àquela época, tanto por parte dos monarquistas quanto parcela dos republicanos, o desejo de se instituir um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, os próprios juízes recusavam a ideia.

Nesse sentido, a própria *Cour de cassation* (última instância da jurisdição judiciária) afirmava claramente que as jurisdições judiciárias não deviam violar o princípio da separação de poderes. Lembrava que os Parlamentos do Antigo Regime (que eram em verdade, tribunais) paralisaram o poder legislativo da realeza em se apresentando como guardiães das leis fundamentais. E que, tanto a Câmara de Deputados, quanto o Poder Executivo fariam parte dos poderes constituídos junto aos quais reside o exercício da soberania, e cujos atos a este título, não podem cair no domínio de apreciação dos tribunais.⁸⁸

Havia uma flagrante hostilidade a ideia de que o judiciário pudesse ser juiz do poder legislativo. Até mesmo a existência de um controle formal de constitucionalidade das leis pelos juízes era repudiada. A concepção do princípio da separação dos poderes obstava inclusive que a autoridade judiciária pudesse apreciar um regulamento de uma das assembleias. À época,⁸⁹ o Parlamento era bicameral, composto de uma Câmara de Deputados e pelo Senado.

Não apenas a *Cour de cassation*, também o *Conseil d'État* (última instância da jurisdição administrativa) se recusava a examinar a constitucionalidade de uma lei.

⁸⁸ FAVOREU et al., 2016, p. 319.

⁸⁹ As leis constitucionais de 1875, sob a III República, instauraram uma República parlamentar, quando o mundo conhecia somente monarquias parlamentares. (ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 347)

Considerava assim, que um contribuinte não podia fundamentar sua demanda, quanto ao não pagamento de uma taxa, sob o argumento de que a lei instituidora seria inconstitucional.⁹⁰

Essa recusa, manifestada pelas próprias autoridades judiciais, refletia a preocupação de respeitar a expressão da vontade geral, emanada do Parlamento.

Dessa forma, não apenas a maioria dos membros do Parlamento era hostil a hipótese de se instituir um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, mas os próprios juízes.

Várias foram as tentativas, sob a III República, de se instituir um controle de constitucionalidade das leis inspirado no modelo americano.

Inobstante a recusa em controlar a constitucionalidade das leis, a *Cour de cassation* exercia um controle sobre as decisões judiciais que lhe eram submetidas, examinando os recursos fundados na violação das leis constitucionais pela decisão contestada.⁹¹

Segundo observam Ardant et Mathieu, se a Constituição (leis constitucionais de 1875) durou, é talvez, porque era curta, flexível e sem controle. Como não havia nenhuma espécie de controle de constitucionalidade, a prática pôde fazer evoluir as instituições, as transformar, sem se preocupar com a Constituição.⁹²

Com a instauração da IV República (1946-1958), sobreveio uma nova Constituição, a Constituição Francesa de 1946. E nela foi inserido um preâmbulo que reafirma os direitos do homem e do cidadão consagrados na Declaração de 1789, além de se referir a princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Nele são proclamados além de princípios políticos e econômicos, direitos trabalhistas e sociais.⁹³

As violações aos direitos humanos perpetradas durante a Segunda Guerra incitaram os constituintes franceses a considerar um meio de fazer prevalecer a garantia desses direitos.

A Constituição Francesa de 1946, anterior à atualmente vigente (1958) instituiu então, o *Comité constitutionnel*, órgão encarregado do controle da constitucionalidade das leis. Era o início a ideia de uma jurisdição constitucional. Este Comitê, a ser presidido pelo Presidente da República, compreenderia ainda os presidentes das duas assembleias (Assembleia Nacional e Senado) e mais dez personalidades eleitas pela Assembleia Nacional e pelo Senado, conforme a representação proporcional dos grupos políticos. E teria por função, examinar se as leis votadas pela Assembleia Nacional implicariam numa revisão da Constituição.

⁹⁰ FAVOREU et al., 2016, p. 320.

⁹¹ Ibid., p. 322.

⁹² ARDANT; MATHIEU, 2016, p 352 e p. 354.

⁹³ ACQUAVIVA, Jean-Claude. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 18. ed. [s.l.]: [s.n.], 2016. p. 119

Segundo o art. 91 da Constituição de 1946: O Comitê constitucional examina se as leis votadas pela Assembleia supõem uma revisão da Constituição.⁹⁴

Em outras palavras, colocava-se a Constituição em conformidade com a lei votada e não o contrário. Além disso a contradição somente poderia ser levantada se a disposição constitucional invocada figurasse em um dos dez primeiros títulos da Constituição, o que excluía o preâmbulo, que continha a declaração de direitos, das normas de referência do controle. O procedimento de representação ao Comitê era restrito. Era necessária uma demanda conjunta do Presidente da República e do presidente do Senado, após uma votação por maioria absoluta deste. A onipotência do legislador não se via assim ameaçada⁹⁵.

Georges Vedel⁹⁶ apresentou sua percepção acerca da Constituição Francesa de 1946, nos seguintes termos:

A Constituição de 1946, mantém, em certo sentido reforçados, os dados recebidos sob a III República, no tocante às relações da Constituição e da lei. A Constituição é superior à lei, mas uma superioridade essencialmente formal. Ela somente envolve a implementação de um poder superior ao poder legislativo sujeitando este a algumas formalidades enquanto pretende tocar à lei constitucional. Poder constituinte e poder legislativo são uma mesma substância sob aparências diferentes. À sua distinção, é o Parlamento que é interessado e apenas ele. É porque o consenso das duas câmaras cobre todas as inconstitucionalidades possíveis; é porque o controle da constitucionalidade é antes de tudo um procedimento de conciliação e de arbitragem no seio do Parlamento.⁹⁷

Este órgão, no entanto, teve um papel simbólico, pois em doze anos de existência nenhuma lei foi reconhecida contrária à Constituição. Porém a sua existência reforçava a recusa da *Cour de Cassation* e do *Conseil d'État* ao controle de constitucionalidade das leis.

A *Cour de cassation* manteve sua posição, segundo a qual, aos juízes não cabe apreciar o valor de um texto regularmente deliberado pelas assembleias legislativas e promulgado pelo Poder Executivo.⁹⁸

⁹⁴ No original: Art. 91- Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée supposent une révision de la Constitution.

⁹⁵ FAVOREU et al., 2016, p. 325.

⁹⁶ VEDEL, Georges. **Manuel élémentaire de droit constitutionnel**. Paris: Sirey, 1949. p. 554-555.

⁹⁷ No original: Em résumé, la Constitution de 1946 maintient et em um certain sens renforce les donnés recues sous la Troisième République touchant les rapports de la Constitution et de la loi. La Constitution est supérieure à la loi, mais d'une supériorité essentiellement formelle. Elle n'implique point tant la mise em ouvre d' une <<puissance>> supérieure au pouvoir législatif que l'assujettissement de celui-ci à certaines formes lorsqu'il entend toucher à la loi constitutionnelle. Pouvoir constituant et povoir législatif sont une même substance sous des apparences diferentes. À leur distinction, c'est le Parlement qui est intéressé et lui seul. C'est pourquoi l'accord des deux Chambres couvre toutes les inconstitutionnalités possibles; c'est pourquoi le controle de constitutionnalité est avant tout une procédure de conciliation et d' arbitrage au sein du Parlement. (Ibid., p. 554-555)

⁹⁸ FAVOREU et al., op. cit., p. 326.

O *Conseil d'État* passou a se considerar incompetente para apreciar a constitucionalidade de um ato administrativo impugnado, quando este ato fosse adotado com fundamento em uma lei, pois examinar sua constitucionalidade significaria examinar a conformidade da lei à Constituição. Em não havendo, ao contrário, fundamento legal para a emissão do ato, ele aceitava verificar a conformidade do ato administrativo à Constituição, inclusive aos princípios e dos direitos inscritos em seu preâmbulo.

A Constituição de 1946 durou 12 (doze) anos e seu fracasso foi imputado à grande instabilidade ministerial que ela proporcionava.⁹⁹

A partir dessa experiência do *Comité constitutionnel*, a Constituição Francesa de 1958, atualmente vigente, criou o *Conseil constitutionnel* (CC), órgão de natureza política com funções jurisdicionais, como será detalhado na sequência desta obra.

A criação do *Conseil* marca o surgimento de um controle, jurisdicional e concentrado, de constitucionalidade das leis na França.

Essa evolução, contudo, não implicou na ruptura com a tradição francesa, pois o único tipo de controle de constitucionalidade admitido, de 1958 até 2008, era aquele realizado *a priori*, ou seja, antes da promulgação da lei. Mantinha-se assim, intocada a soberania parlamentar e o caráter de inviolabilidade da lei, como garantia da segurança das relações jurídicas e da igualdade de todos perante a lei. Asseguravam-se os pilares da sociedade francesa: democracia, igualdade e garantia de direitos.¹⁰⁰

A V República surge, então, num contexto de instabilidade governamental da IV República, somada à Guerra da Argélia e à fragmentação do poder político do Parlamento, que se via profundamente dividido em várias facções. Nesse cenário aparece a figura do General De Gaulle, que tomou a frente na guerra contra a Argélia e assumiu o governo com o aval da Assembleia. De Gaulle negociou com o Parlamento a revisão da Constituição de 1946.

O que era para ser apenas uma revisão se transformou em uma nova Constituição, a Constituição Francesa de 04 de outubro de 1958, da *Constitution de la Ve. République*, que

⁹⁹ Como todo regime parlamentar, a Assembleia pode derrubar o Governo e o Executivo (Presidente da República, neste caso) pode dissolver a Assembleia. Apesar da Constituição de 1946 instituir um parlamentarismo racionalizado, ou seja, esses poderes de dissolução da assembleia e derrubada do governo são limitados a condições previstas no próprio texto constitucional, essas limitações não foram observadas. E vários governos foram demitidos pelo voto da maioria simples dos deputados, quando a Constituição previa maioria absoluta. O direito de dissolução da Assembleia, entretanto somente poderia ser utilizado se o governo tivesse sido derrubado por maioria absoluta, duas vezes em 18 meses. Os deputados combinavam de não atingir a maioria absoluta para derrubar o governo e assim não se expor ao risco de dissolução. (ACQUAVIVA, 2016, p. 120)

¹⁰⁰ COSTA, 2011, p. 144-145.

permanece em vigor até hoje, apesar das 24 (vinte e quatro) revisões constitucionais que se sucederam até o presente.¹⁰¹

O objetivo da Constituição de 1958 foi, principalmente, estabelecer um regime parlamentar mais equilibrado do que aquele das III e IV Repúblicas. Para isso, o Poder Executivo restou fortalecido e o Parlamento, em certa medida, desvalorizado, em virtude da racionalização do parlamentarismo e da limitação do domínio normativo da lei às matérias expressamente definidas na Constituição (art.34).

O reforço do papel do Poder Executivo se deu pela atribuição, ao Presidente da República (Chefe de Estado), da função de árbitro nacional, acima das contingências políticas e dos partidos, além de outras expressamente previstas no texto constitucional. Dentre elas, a nomeação de ministros, inclusive o primeiro-ministro (Chefe de Governo) que deve dirigir a política.

A V República se caracteriza como um regime parlamentarista, porém a importância atribuída à figura presidencial é tão grande, que levou juristas como Maurice Duverger denomina-lo regime semi-presidencial.¹⁰²

O parlamentarismo racionalizado instituído pela V República se manifesta pela (1) incompatibilidade entre mandato parlamentar e as funções governamentais (art. 23 da Constituição Francesa¹⁰³); (2) limitação do domínio normativo da lei. Ou seja, a lei somente pode dispor sobre as matérias arroladas expressamente no art. 34 da Constituição. Há matérias em que cabe à lei definir as regras e matérias em que cabe à lei definir os princípios fundamentais ¹⁰⁴(3) controle governamental do procedimento legislativo (arts. 39 40, 44 e 48

¹⁰¹ Foram elas: 1). Loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960 2). Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 (Referendum) 3). Loi constitutionnelle n° 63-1327 du 30 décembre 1963 4). Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 5). Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 6). Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 7). Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 8). Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 nov.1993 9). Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 10). Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 11). Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 12). Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 13). Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 14). Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 15). Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 (Referendum) 16). Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 17). Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 18). Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 19). Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 20). Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 21). Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 22). Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 23). Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 24). Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (TOULEMONDE, 2015, p. 15-19)

¹⁰² Ibid., p. 37.

¹⁰³ No original: **Art. 23** Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle

¹⁰⁴ **Art. 34. La loi fixe les règles concernant:** - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publique; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;

da Constituição)¹⁰⁵; (4) condições muito restritas de questionar a responsabilidade do Governo (art.49 e 50)¹⁰⁶, enquanto a dissolução da Assembleia Nacional é facilitada (art. 12)¹⁰⁷(5) criação do *Conseil constitutionnel*, órgão encarregado do controle da

-la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; - l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant: - le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales;

- la création de catégories d'établissements publics ;

- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux: - de l'organisation générale de la Défense nationale; - de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources; - de l'enseignement; - de la préservation de l'environnement; - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; - du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État. Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques. Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

¹⁰⁵ **Art. 39** L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. [...]

Art. 40- Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

Art.41 S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours **Art. 44** Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique. **Art. 48** [...]En outre, l'examen des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale et, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes transmis par l'autre assemblée depuis six semaines au moins, des projets relatifs aux états de crise et des demandes d'autorisation visées à l'article 35 est, à la demande du Gouvernement, inscrit à l'ordre du jour par priorité

¹⁰⁶ **Art. 49** [...]L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire.

Art. 50 Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre doit remettre au Président de la République la démission du Gouvernement.

¹⁰⁷ **Art. 12-** Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale. Les élections générales ont lieu vingt jours au moins et quarante jours au plus après la dissolution. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit le deuxième jeudi qui suit son élection. Si cette réunion a lieu en dehors de la période prévue pour la session ordinaire, une session est ouverte de droit pour une durée de quinze jours. Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections.

constitucionalidade das leis adotadas pelo Parlamento (art.61)¹⁰⁸, e de verificar a regularidade das eleições parlamentares (art. 59¹⁰⁹).¹¹⁰

O sistema constitucional de repartição de competências normativas na França, como definido pela Constituição vigente pode ser assim sintetizado: tudo que estiver fora do domínio o legislador (art. 34) é de competência regulamentar do Governo (art.37).

Por isso o Governo dispõe de diferentes poderes para prevenir ou mesmo corrigir toda intromissão do Parlamento no domínio regulamentar. E ao *Conseil constitutionnel*, quando da sua criação pela Constituição de 1958, foi atribuída a tarefa de controlar a repartição de competências entre lei e regulamento. Disso resultou, inicialmente, seu apelido de o cão de guarda do Executivo (*chien de garde*).

Se sob as Repúblicas precedentes (III e IV) a lei podia dispor sobre qualquer matéria, agora sob a V República, a lei somente pode dispor sobre as matérias que lhe são expressamente atribuídas pela Constituição de 1958, o que se denomina “competência de atribuição”.

E ainda, se anteriormente, a Constituição encontrava-se apenas formalmente no topo da hierarquia das normas, pois de fato, a lei era concebida como expressão da vontade geral, e nenhum controle de constitucionalidade incidia sobre ela, ao ponto de que eventual contrariedade entre lei e Constituição, mudava-se a Constituição e mantinha-se a lei; com o advento da Constituição de 1958 e a instituição de um controle prévio de constitucionalidade a cargo do *Conseil constitutionnel*, ocorre um reposicionamento da lei na hierarquia das normas.

Assim, além de estar submetida à Constituição, a lei é colocada em patamar inferior aos convenções e tratados internacionais (art. 55)¹¹¹

¹⁰⁸ **Art.61** -Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l’article 11 avant qu’elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l’Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d’un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s’il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

¹⁰⁹ **Art. 59**- Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l’élection des députés et des sénateurs.

¹¹⁰ TOULEMONDE, 2015, p. 25-26.

¹¹¹ **Art. 55**- Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.

A partir de então, a lei só exprime a vontade geral se estiver em conformidade com a Constituição.¹¹²

Além do reposicionamento da lei na hierarquia das normas e do fortalecimento do Executivo, notadamente da figura do Presidente da República, a Constituição francesa de 1958 ao criar o *Conseil constitutionnel*, instituiu no sistema francês a figura do *juge constitutionnel*¹¹³

Durante os trabalhos preparatórios da nova Constituição surgiram duas concepções do Conselho: regulador dos poderes públicos e juiz constitucional.

Michel Debré,¹¹⁴ diante do *Conseil d'État*, em 27 de outubro de 1958, assim se manifestou sobre a natureza desse novo órgão.

A criação do *Conseil constitutionnel* manifesta a vontade de subordinar a lei, isto é, a decisão do Parlamento, à regra superior editada pela Constituição. Não é nem do espírito do regime parlamentar nem da tradição francesa dar à justiça, isto é, a cada litigante, o direito de examinar o valor da lei. O projeto então, imaginou uma instituição particular, a que podem representar somente quatro autoridades: o Presidente da República, o Primeiro Ministro, os dois Presidentes das Assembleias. A este *Conseil*, outras atribuições foram dadas, notadamente o exame do regulamento das Assembleias e o julgamento das eleições contestadas, a fim de fazer desaparecer o escândalo das invalidações partidárias. A existência deste *Conseil*, a autoridade que deve ser a sua, representa uma grande e necessária inovação. A Constituição cria assim uma arma contra os desvios do regime parlamentar.¹¹⁵

A Constituição Francesa de 1958, no seu artigo 56, instituiu, então, o Conselho constitucional como um órgão originariamente destinado a impedir que o Parlamento (Poder Legislativo) usurpasse as competências do Executivo.

¹¹² Dessa forma se pronunciou o *Conseil constitutionnel* na Decisão DC 197, 23 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie: La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*. (TOULEMONDE, 2015, p. 27)

¹¹³ A dicotomia francesa *juge constitutionnel/ juge ordinaire* significa que apenas o primeiro pode exercer o controle da constitucionalidade das leis. O que não retira do *juge ordinaire* a competência para o exercício da justiça constitucional, entendida numa concepção funcional, como a aplicação das regras constitucionais na solução de um litígio entre diferentes partes. (COSTA, 2011, p. 141).

¹¹⁴ Michel Debré era o Ministro da Justiça, encarregado por D. Gaulle, de presidir um grupo de trabalho preparatório para a revisão da Constituição de 1946, a qual se transformou numa nova Constituição, a de 1958.

¹¹⁵ No original: La création du conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire ni dans la tradition française de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités: le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'Assemblée. À ce Conseil d'autres attributions ont été données, notamment l'examen du règlement des Assemblées et le jugement des élections contestées, afin de faire disparaître le scandale des invalidations partisanes. L'existence de ce conseil, l'autorité qui doit être la sienne, représentent une grande et nécessaire innovation. La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire (DEBRÉ, 2014).

O Conselho constitucional foi concebido para ser um órgão político, estranho à estrutura do sistema judiciário francês. Ele não foi concebido como um órgão de jurisdição constitucional e como uma instância protetora dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas como um órgão institucional encarregado da defesa das prerrogativas do Poder Executivo¹¹⁶.

De fato, o *Conseil constitutionnel* foi criado com a intenção de ser um órgão auxiliar do Executivo, para assegurar o funcionamento dos mecanismos do parlamentarismo racionalizado, mantendo o legislador no seu domínio e evitando que este usurpasse as competências do Executivo. Ele não foi concebido originariamente, no sistema francês, como o “guardião da Constituição”. Este papel foi reservado ao Presidente da República, pelo artigo 5º da Constituição francesa de 1958.¹¹⁷

Apesar dessa expressa disposição constitucional, entende-se hoje que a proteção da Constituição é assegurada por diferentes órgãos, cada um em sua respectiva esfera de competência. Por exemplo, ao juiz administrativo cabe proteger, sob certas condições, a Constituição contra as violações perpetradas por atos administrativos; ao juiz da ordem judiciária cabe assegurar, sob certas condições, a integridade da Constituição contra as violações perpetradas por atos de direito privado; e ao Conselho constitucional cabe assegurar, em algumas circunstâncias, a integridade da Constituição contra violações oriundas de lei, tratados internacionais ou regimentos das Casas legislativas.¹¹⁸

Dentre todas as reformas constitucionais empreendidas na Constituição Francesa, a última, promovida pela *loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008*, referente à modernização das instituições, foi seguramente a mais importante no que respeita ao desenvolvimento da Jurisdição constitucional na França. Ela inseriu uma nova espécie de controle de constitucionalidade das leis (*question prioritaire de constitutionnalité- QPC*), incidente sobre as leis vigentes, quando a França somente conhecia um controle preventivo, anterior a promulgação e vigência das leis, que fora instituído com a Constituição de 1958. A adoção da QPC foi considerada como um dos maiores e principais aspectos da revisão.

¹¹⁶ Atualmente, não se discute mais a natureza jurisdicional do Conselho constitucional, notadamente com a introdução no sistema jurídico francês do controle de constitucionalidade *a posteriori*, via *question prioritaire de constitutionnalité* (ROUSSILLON, Henry; ESPLUGAS-LABATUT, Pierre. **Le Conseil Constitutionnel**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2015. PONTTHOREAU, Marie-Claire; HOURQUEBIE, Fabrice. The French Conseil constitutionnel: an evolving form of Constitutional Justice. **The Journal of Comparative Law**, v. 3, n. 2, p. 271, 2008)

¹¹⁷ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 113.

¹¹⁸ COSTA, 2011, p. 144-145.

Como salientou Jean Rivero, acerca da evolução do controle de constitucionalidade das leis empreendida pela reforma: Para a defesa dos direitos dos homens, poucos progressos, tão decisivos, foram realizados, em tão pouco tempo, por tão poucos homens.¹¹⁹

Essa revisão constitucional, apesar de ampliar as competências do *Conseil constitutionnel*, não modificou nem sua natureza, nem seu estatuto. Contudo, levou em consideração sua jurisprudência. Assim, por exemplo, uma alínea 2ª. foi inserida ao art. 1º. da Constituição¹²⁰, estabelecendo que o princípio da igualdade entre homens e mulheres aos mandatos eleitorais e às funções eletivas, estende-se também às responsabilidades profissionais e sociais. Tal modificação partiu de uma decisão do *Conseil- Décision 2006-533 DC, 16 mars 2006, loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes-*, na qual o Conselho havia determinado que o princípio da paridade somente era autorizado pela Constituição, em matéria eleitoral.¹²¹

A partir de 1958, pode-se afirmar que a evolução histórica da jurisdição constitucional na França passa pela compreensão de dois aspectos: (1) a constante ampliação do objeto do controle de constitucionalidade e (2) a contínua ampliação dos parâmetros do controle da constitucionalidade, ou seja, das normas referenciais desse controle.¹²² Em ambos os casos, o papel desempenhado pelo Conselho constitucional foi decisivo.

Nesse sentido, procura-se demonstrar, no tópico a seguir, como se concretizaram tais aspectos: ampliação do objeto do controle de constitucionalidade e ampliação dos parâmetros do controle da constitucionalidade (normas de referência). Simultaneamente, se procederá ao estudo da natureza institucional, composição, organização e funcionamento do Conselho constitucional.

Antes, porém, traçaremos algumas considerações acerca da evolução do controle da constitucionalidade das leis, no Brasil, a fim de que o leitor possa perceber como a história vivenciada por ambos países foi determinante para explicar o desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade, bem como de suas instituições.

¹¹⁹ No original: Pour la défense des droits de l'homme peu de progrès aussi décisifs ont été réalisés, en si peu de temps, par so peu d'hommes. (DEBRÉ, 2014).

¹²⁰ Art. premier [...] La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

¹²¹ STÉFANINI, Marthe Fatin-Rouge. Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernization des institutions. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, n. 78, p. 269-298, 2009. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-2-page-269.htm>>. Acesso em: nov. 2016.

¹²² COSTA, 2011.

3. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA BRASILEIRA: DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil a evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis mostra-se diferenciada do modelo francês, embora possamos identificar na Constituição Imperial de 1824 uma forte influência francesa. Àquela época, outorgava-se ao Poder Legislativo as funções de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e também velar pela guarda da Constituição (art.15, no. 8º. - 9º.).¹²³

Nesse sentido lecionava Pimenta Bueno:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele, e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.¹²⁴

À exemplo dos franceses, o Brasil aderiu ao dogma da soberania do Parlamento.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève,¹²⁵ não foi somente o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência de um controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil, durante o Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, era responsável pela manutenção do equilíbrio, da independência e da harmonia entre os demais poderes, o que inviabilizava o exercício da fiscalização constitucional pelo Judiciário. Segundo a Constituição Imperial, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes e não ao Judiciário.

Não havia, portanto, na Constituição Imperial de 1824, qualquer espécie de controle judicial de constitucionalidade das leis.¹²⁶

Foi com a Constituição Republicana de 1891, fortemente inspirada no modelo norte-americano, por influência de Rui Barbosa, que se incorporou ao texto constitucional o sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis, de modo difuso, por via de exceção,

¹²³ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1076.

¹²⁴ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**, Brasília: Senado Federal, 1978. p. 69.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 45-73.

¹²⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.

instituído inicialmente pelo Decreto no. 848, de 11.10.1890. Estabelecia-se que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação das partes.¹²⁷

Dessa forma, a Constituição de 1891 reconhecia a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos de governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1º, a e b). Posteriormente, a lei no. 221, de 20.11.1894, consolidou o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis, dispondo no art. 13, §10 o seguinte: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.¹²⁸

Desde a Constituição de 1891, portanto, encontra-se vigente no Brasil, o sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis, repressivo (posterior), pela via de exceção ou defesa, mediante a qual a declaração de inconstitucionalidade se opera de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito.

A Constituição de 1934, manteve o sistema difuso, porém estabeleceu a cláusula de reserva de plenário, determinando que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Consagrou ainda a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, conferindo efeito erga omnes à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts 91, IV e 96). Foi instituída ainda, por essa Constituição, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, para evitar a intervenção federal, denominada ‘representação interventiva’, confiada ao Procurador-Geral da República.¹²⁹

Assim, foi introduzida no Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade, sob a forma de ‘representação interventiva’, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal declarava a inconstitucionalidade de lei estadual, violadora da Constituição Federal, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º., I, alíneas a-h¹³⁰, evitando-se assim a intervenção federal.¹³¹

¹²⁷ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1077.

¹²⁸ Ibid., p. 1077.

¹²⁹ Ibid., p. 1082.

¹³⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934):

Sob a Constituição de 1937, o sistema difuso foi mantido(art. 101, III, b e c), inclusive a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96).Entretanto foi inserida disposição (art. 96 § único) que previa que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. Pretendia-se, a um só tempo, validar a lei e cassar os julgados.¹³²

Verifica-se assim que se instituiu uma subordinação da decisão judicial sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento, sob a Constituição de 1937.

Tanto a Constituição de 1934 (art.68), quanto a de 1937 (art. 94), vedavam expressamente, ao Judiciário, conhecer de questões exclusivamente políticas.

A Constituição de 1946, a par da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos ordinários (art. 101, II, a,b,c); disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários: a) quando a decisão for contrária à dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato. Manteve a cláusula de reserva de plenário (art. 200) e a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64). Conferiu nova conformação à ação direta interventiva, nas hipóteses de violação aos deveres impostos constitucionalmente aos entes federados.¹³³

Sob a Constituição de 1946, com a ruptura do regime em 1964, foi editada a Emenda no. 16, de 26.11.1965, que instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Consagrou-se assim o sistema concentrado de controle de

Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões; (BRASIL. (Constituição, 1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

¹³¹ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1081.

¹³² NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 593.

¹³³ Ibid., p. 1084-1085.

constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e federais, em face da Constituição Federal de competência originária do Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta a ser proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República.

Denominado ‘controle em tese ou abstrato’, pois independente de um caso concreto; é exercido pela via principal, mediante uma ação direta; é classificado como repressivo, pois incidente posteriormente à vigência da lei e concentrado, pois de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o objeto da ação direta é o próprio vício de inconstitucionalidade da legislação, e a decisão judicial faz coisa julgada erga omnes, sem necessidade de comunicação ao Senado para suspensão do ato.

A Constituição de 1967 e EC 01/69 mantiveram os sistemas de controle difuso (vigente desde a Constituição de 1891) e concentrado (estabelecido pela Emenda no. 16/65). A primeira tendo ampliado o objeto da representação interventiva para incluir a execução de lei federal. E a segunda disciplinado um controle de constitucionalidade estadual para fins de intervenção nos Municípios.¹³⁴

A Constituição de 1988 ampliou significativamente as ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade das leis. Preservou a representação interventiva, destinada aferição de compatibilidade do direito estadual com os denominados princípios sensíveis¹³⁵; instituiu o controle abstrato das omissões legislativas, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADINO), inspirada no direito constitucional português (art. 103º. §2º.¹³⁶); promoveu a ampliação dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade(ADI), que hoje incluem, além do Procurador Geral da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.(art. 103).

¹³⁴ PALU, 2001, p. 133.

¹³⁵ São eles, aqueles enunciados no art. 34,VII, alíneas a-: A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

¹³⁶ Art. 103 §2: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Com a ampliação dos legitimados a instauração do controle abstrato e concentrado, a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle incidental ou difuso, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato das normas.¹³⁷

Além da representação interventiva, da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADINO), o constituinte de 1988 previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no art. 102, parágrafo único: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.¹³⁸

A ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)¹³⁹ veio a ser disciplinada na Lei 9882/1999, cujo art. 1º. dispõe expressamente:

A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (ADIN 2231-8,2000)

A disciplina conferida à ADPF, pela Lei 9882/99(art.27) ampliou o objeto do controle concentrado, incluindo o direito pré-constitucional e o direito municipal.

Em relação ao direito municipal, importante referir que, por adotar a forma federativa de Estado, o Brasil, diferentemente da França que constitui um Estado unitário, possui uma organização político-administrativa que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos entes federados autônomos. Por isso, a Constituição Federal de 1988 previu também no art. 125, §2º, que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Com o advento da Emenda Constitucional no. 03/ 1993, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que tem por objeto somente leis e atos normativos federais, e sobre os quais incida controvérsia judicial relevante sobre a sua validade.

¹³⁷ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1096.

¹³⁸ Transformado em parágrafo primeiro pela EC no. 03/1993.

¹³⁹ Sobre a ADPF: MENDES; BRANCO, 2015; PAGANELLA, Marco Aurélio. **A arguição de Descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle da constitucionalidade**. São Paulo: LTR, 2004; TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

A Emenda Constitucional no. 45/2004 ampliou a legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), igualando-a aos da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), alinhados no art. 103. Estendeu também o efeito vinculante, constitucionalmente expresso para a ADC, para a ADI, nos termos do art. 102 §2º.:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A ampliação do objeto das ações de controle concentrado, no Brasil, notadamente a partir da Constituição de 1988, bem como a ampliação dos legitimados a instauração desse controle, associados à possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de medida cautelar, permitem afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade das leis ganhou primazia em relação ao controle difuso ou incidental, que subsiste apenas para aquelas questões que não podem ser objeto do controle concentrado e abstrato.¹⁴⁰

Assim, hoje, no Brasil, ao lado do sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei in concreto (arts.97, 102, III a-d, e 105, II a-b), vigora um amplo sistema concentrado, representado assim pelas seguintes ações:

- a) ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição Federal (ADI), mediante provocação dos legitimados arrolados no art. 103;
- b) ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, em face da Constituição Federal (ADC), mediante provocação dos legitimados arrolados no art. 103;
- c) representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra ato estadual considerado violador dos princípios sensíveis ou ainda, para assegurar a execução de lei federal;
- d) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADINO), mediante provocação dos legitimados referidos no art. 103 da Constituição;

¹⁴⁰ A exemplo de interpretação direta de cláusulas constitucionais por juízes e tribunais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1099).

e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)¹⁴¹, que tem como parâmetros de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na Constituição (e não toda a Constituição), nas hipóteses referidas na Lei 9882/99.

Depreende-se do contexto apresentado em relação a evolução dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis na França e no Brasil, que existem mais diferenças do que semelhanças. A começar pela influência do direito estrangeiro, a França sempre rejeitou o sistema americano de controle de constitucionalidade (*judicial review*) e sempre esteve mais próxima do sistema austríaco, de inspiração Kelseniana, apesar de se revestir de peculiaridades que o tornam diferenciado deste último. De fato, o sistema francês de controle de constitucionalidade das leis é único no mundo, se diferenciando inclusive dos seus vizinhos europeus. Mas, como se poderá verificar no decorrer deste estudo, a França optou desde o início (Constituição de 1958) por um controle do tipo concentrado e abstrato. Até 2008, realizado apenas de forma preventiva à promulgação da lei, e a partir de então, passando a prever um controle repressivo, ou a *posteriori*.

O Brasil, como pode se verificar na sua trajetória histórica, instaurou inicialmente um sistema difuso (Constituição Republicana de 1891), com inspiração no direito norte-americano e após, agregou um sistema concentrado e abstrato (EC16/1965), que vem sendo, desde a Constituição de 1988, ampliado e reforçado. Por isso, o controle de constitucionalidade das leis no Brasil é identificado como misto, reunindo um controle difuso e um controle do tipo concentrado de constitucionalidade das leis.

Assim, traçada a evolução histórica do controle da constitucionalidade das leis nos dois países, passamos, a seguir à análise dos órgãos de jurisdição constitucional, le *Conseil constitutionnel* e o Supremo Tribunal Federal. Lembrando ao leitor que o mote deste estudo é preferencialmente apresentar o sistema francês de controle de constitucionalidade das leis e as instituições envolvidas nesse processo, trazendo de forma complementar alguns pontos de comparação com o sistema brasileiro.

¹⁴¹ A ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no STF: primeiro porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da ‘interpretação autêntica’ do STF; segundo, porque poderá ser utilizada, de forma definitiva e com eficácia geral, para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante recurso extraordinário; em terceiro lugar, porque as decisões fornecidas pelo STF, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nesses processos, fornecerão uma diretriz segura para o juízo acerca da legitimidade ou ilegitimidade de atos de idêntico teor, editados pelas entidades municipais. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1102). Além disso, a ADPF permite o controle de constitucionalidade diante de parâmetro constitucional alterado (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1277-1278)

4. O CONSELHO CONSTITUCIONAL (*LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL*): ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E COMPETÊNCIAS

A criação do *Conseil constitutionnel* marca o surgimento do controle da constitucionalidade das leis na França. Com a instituição de um sistema de controle de constitucionalidade a ser realizado exclusivamente pelo Conselho, a França passou a integrar o que Louis Favoreu chamou de modelo europeu de Justiça Constitucional, caracterizado pelo exercício de um controle concentrado das leis, confiado a uma jurisdição constitucional específica, situada fora do sistema jurisdicional ordinário.¹⁴²

Inicialmente, a fim de preservar o dogma da soberania parlamentar, instituiu-se um controle prévio, ou seja, uma lei somente poderia ser submetida ao controle do *Conseil Constitutionnel* antes de sua promulgação.¹⁴³ Tal controle era de natureza meramente formal, limitava-se a um controle formal da constitucionalidade das leis, a fim de verificar se as regras de competência previstas na Constituição haviam sido observadas pelo Parlamento.

Além disso, sua atuação era restrita à representação das autoridades políticas, expressamente previstas na Constituição. Nesse sentido, apenas quatro autoridades políticas tinham competência para acioná-lo: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o presidente da Assembleia Nacional e o presidente do Senado.

Entretanto, a atuação desse órgão foi além do inicialmente previsto. E mais que simples regulador dos poderes públicos, o *Conseil* passou a assumir o papel de *juge constitutionnel*. Pouco a pouco, o próprio Conselho constitucional passou a ampliar sua competência e, assim, a desempenhar as funções de protetor dos direitos fundamentais, como uma verdadeira Corte constitucional. E isso se deu a partir de uma decisão paradigmática deste órgão, em 1971.

Nessa decisão sobre *Liberté d'association*¹⁴⁴, o *Conseil constitutionnel* acrescentou às normas de referência do controle de constitucionalidade das leis, além do texto da Constituição de 1958, o seu preâmbulo, o qual se reporta à Declaração dos direitos do homem

¹⁴² ROUX, André. A Constituição francesa de 1958 e os direitos fundamentais: quais as influências? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. **Direito constitucional, estado de direito e democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 55-74.

¹⁴³ De 1958 até 2008 apenas era admitido esse controle preventivo de constitucionalidade das leis, no sistema francês.

¹⁴⁴ DÉCISION no. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. (VERPEAUX, 2014, p. 10).

e do cidadão de 1789(DDHC) e ao Preâmbulo da Constituição de 1946. Esses dois textos proclamam direitos e liberdades que não são garantidos pelos artigos da Constituição de 1958.

Desde então, *o Conseil* é cada vez menos percebido como um simples contra-poder, destinado a limitar os poderes do Parlamento, e cada vez mais é considerado defensor da Constituição e do Estado de direito.

Em 1974, uma reforma constitucional ampliou a legitimidade ativa para provocar a manifestação do Conselho para fins do controle da constitucionalidade das leis. Incluíram-se sessenta deputados ou sessenta senadores ao rol dos legitimados previstos no artigo 61 da Constituição francesa.¹⁴⁵

Além da ampliação das normas referenciais do controle da constitucionalidade por obra do próprio Conselho, o objeto do controle de constitucionalidade também foi ampliado.

Desde a Constituição de 1958 até o ano de 2008, a França somente conhecia um controle de constitucionalidade preventivo das leis. A partir da reforma constitucional de 2008, ao Conselho constitucional foi atribuída a competência para o controle da constitucionalidade de leis já promulgadas, a ser realizado posteriormente ao ato de aprovação das leis pelo Parlamento. Assim, o critério definidor do controle da constitucionalidade das leis como sendo *a priori* ou *a posteriori* é o ato de promulgação da lei. A promulgação constitui um ato do Presidente da República que reconhece e proclama que a lei votada pelo Parlamento é, de fato, uma lei, atestando assim seu caráter executório.¹⁴⁶ Diferentemente do Brasil, na França, a promulgação não é um ato constitutivo da lei. Antes mesmo de ser promulgado, o texto adotado pelo Parlamento é considerado uma lei.¹⁴⁷

Antes de adentrar ao exame dessas competências jurisdicionais do Conselho constitucional relativas ao controle da constitucionalidade das leis, bem como analisar as fases do processo constitucional que se desenvolve perante ele, que será objeto específico do segundo capítulo deste estudo, proceder-se-á a exposição de aspectos gerais no tocante a sua

¹⁴⁵ Tradução livre. Art. 61: As leis orgânicas, antes de sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores [...]. (FRANÇA. **Constituição de 04 de outubro de 1958**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/135553178/Constituicao-de-04-de-Outubro-de-1958-Francesa>>. Acesso em: 2017).

¹⁴⁶ No original: Art. 10 da Constituição francesa: Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée.

¹⁴⁷ COSTA, 2010, p. 173.

natureza jurídica, sua composição, organização, funcionamento e demais atribuições constitucionais deste órgão.

O Conselho constitucional é um órgão de natureza política com atribuições jurisdicionais, situado fora do sistema judiciário francês¹⁴⁸.

A natureza política do órgão é atribuída ao modo de escolha de seus membros¹⁴⁹.

A composição do Conselho e o modo de indicação de seus membros estão previstos no artigo 56 da Constituição francesa de 1958¹⁵⁰. O Conselho é composto por nove membros, com mandato de nove anos, não renováveis. Dos nove membros, três são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado. A cada três anos, 1/3 dos membros do Conselho são substituídos. Assim, cada uma das três autoridades, que dispõe do poder de nomeação, designa uma nova pessoa.

Existem ainda os membros de direito, chamados de membros natos ou vitalícios, que são os ex-presidentes da República¹⁵¹. O presidente do Conselho é escolhido pelo Presidente da República, dentre os membros do Conselho. Estes podem ser aqueles nomeados por ele ou pelas duas Casas parlamentares. Nada obsta que seja escolhido um membro vitalício, embora isso ainda não tenha de fato ocorrido. O presidente do Conselho detém o voto de desempate¹⁵². Quanto ao tempo de duração do mandato na presidência do Conselho, entende-se que a designação como presidente deve durar o tempo de exercício na função de membro do Conselho.¹⁵³

A revisão constitucional de 2008 inseriu novas exigências para as nomeações dos membros do Conselho constitucional, estendendo a essas nomeações as regras aplicáveis em

¹⁴⁸ O controle da constitucionalidade exercido pelo Conselho tem caráter jurisdicional, seja porque no controle *a priori* o reconhecimento da inconstitucionalidade impede a promulgação da lei, seja porque no controle *a posteriori* a constatação da inconstitucionalidade implica na revogação da lei. Em ambos os casos não há recurso contra as decisões do Conselho, que neste caso são irrecuráveis e obrigam aos demais poderes públicos. Nesse sentido: DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, 1999, p. 29.

¹⁵⁰ No original: Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.

¹⁵¹ Em outros TC isso não ocorre. Essa participação de antigos Presidentes é bastante criticada hoje, sobretudo devido ao reconhecimento de que o Conselho se tornou uma verdadeira jurisdição constitucional. (ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 114)

¹⁵² Atualmente o Presidente do Conselho constitucional é Laurent Fabius.

¹⁵³ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. **La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne et Marc Guillaume**. 13. ed. Paris: Éditions du Seuil, 2016. p. 283.

conformidade com a última alínea do artigo 13 da Constituição francesa¹⁵⁴. As nomeações são precedidas, agora, de parecer público de comissões parlamentares competentes, no âmbito da Assembleia Nacional e do Senado. O parecer é, por sua vez, precedido de uma audiência parlamentar. A escolha poderá deixar de ser aprovada por maioria de 3/5 de votos, considerados na soma de votos de ambas as comissões parlamentares, conforme previsto no artigo 13 da Constituição francesa e na Lei ordinária 2010-837 de 23 de julho de 2010.¹⁵⁵

Na França não há limite de idade mínima ou máxima para o exercício da função de membro do Conselho. Também não se exige nenhuma habilitação ou capacidade jurídica específica. Estima-se que os membros devam ser cidadãos franceses e estar no gozo de seus direitos civis, mas nenhuma experiência jurídica é exigida.¹⁵⁶

A ausência de qualificação jurídica eventual não se revela um inconveniente. Isso porque: em primeiro lugar, a escolha dos membros, pelas autoridades de nomeação, constitui uma decisão, pela qual elas podem ser julgadas, o que as leva a escolher personalidades honráveis e, se possível, com qualificação na área do direito; e em segundo lugar, porque o Conselho é chamado a tomar decisões políticas e socialmente sensíveis e o fato de ter na sua composição membros com experiência política (parlamentares, antigos ministros...) lhe permite jamais ultrapassar os limites de sua função, os quais poderiam ser imprudentemente ignorados por membros exclusivamente de direito.¹⁵⁷

A história do Conselho constitucional revela que, desde 1959, a maioria designada é composta por juristas de formação ou titulares de diplomas que conduzem às carreiras jurídicas. Como em todas as jurisdições constitucionais, os membros do Conselho têm afinidades políticas próximas das autoridades que os nomearam. Mas o Conselho constitucional francês é, sem dúvida, a única Corte constitucional na Europa a ter uma nuance política tão forte.¹⁵⁸

¹⁵⁴ No original: Art. 13: [...] Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernées.

¹⁵⁵ CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 112.

A Lei orgânica 2010-837 de 23.07.2010 enumera 47 empregos, que, em razão da sua importância para a garantia dos direitos e liberdades ou à vida econômica e social da Nação, tem as nomeações de seus titulares, subordinadas a parecer público das comissões parlamentares competentes. A Lei ordinária 2010-838, de 23 de julho de 2010, trata da audiência prévia. (Ibid., 2016)

¹⁵⁶ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 115.

¹⁵⁷ CARCASSONNE; GUILLAUME, op. cit., p. 280.

¹⁵⁸ FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles** .2. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 53-54.

Atualmente (maio 2017), o Conselho apresenta a seguinte composição, em ordem protocolar:¹⁵⁹

- i. Laurent FABIUS (Presidente): 70 anos, nomeado pelo Presidente da República (F. Hollande) em fevereiro de 2016, diplomado pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris, com larga experiência política, tais como ex-Primeiro Ministro (1984-1986), ex-Ministro (1981-1984; 2000-2002 e 2012-2016) e ex-Presidente da Assembleia Nacional (1997-2000), ex-Deputado do Parlamento europeu (1989-1992);
- ii. Valéry GISCARD D'ESTAING: membro de direito. Dentre os ex-Presidentes da República é o único que atualmente permanece com assento no Conselho. J. CHIRAC deixou o Conselho em março de 2011 e N. SARKOZY, em janeiro de 2013;
- iii. Michel CHARASSE: 70 anos, nomeado pelo Presidente da República (N. Sarkozy) em fevereiro de 2010; licenciado em Direito, ex-Conselheiro especial do ex-Presidente da República F. Mitterrand (1982-1988); ex-Ministro do Orçamento (1988-1992) e ex-senador;
- iv. Claire BAZY-MALAUURIE: 62 anos, nomeada pelo Presidente da Assembleia Nacional (B. Accoyer) em outubro de 2010, Mestre em direito, magistrada e ex-presidente de Câmara da Corte de Contas [*présidente chambre Cour des comptes*];
- v. Nicole MAESTRACCI: 63 anos, nomeada pelo Presidente da República (F. Hollande) em fevereiro de 2013, magistrada ex-primeira presidente da *Cour d'appel*;
- vi. Nicole BELLOUBET: 59 anos, nomeada pelo Presidente do Senado (J.-P. Bel) fevereiro de 2013, diplomada em estudos aprofundados em direito público e história do direito [DEA *droit public et d'histoire du droit*], professora universitária de direito público, e experiência política junto à Prefeitura de Toulouse (2008-2010);
- vii. Lionel JOSPIN. 78 anos, nomeado pelo Presidente da Assembleia Nacional (Claude Bartolone) em dezembro de 2014, profissões diplomata e professor de economia, experiência política como ex-Primeiro ministro, ministro e parlamentar;
- viii. Jean-Jacques HYEST, 73 anos, nomeado pelo Presidente do Senado (Gérard Larcher), em 1º de outubro de 2015, diplomado em Estudos Superiores em direito público, magistrado com vasta experiência política;
- ix. Michel PINAULT, 71 anos, nomeado pelo Presidente do Senado (Gérard Larcher), em 19 de fevereiro de 2016, licenciado em direito, ex-Secretário Geral do *Conseil d'État* e ex-Conselheiro de Estado (1992-2015); e
- x. Corinne LUQUIENS, 64 anos, nomeada pelo Presidente da Assembleia Nacional (Claude Bartolone) em 18 de fevereiro de 2016. Diplomada no Instituto de Estudos Políticos de Paris e em Estudos Superiores em direito público. Foi ex-Secretária Geral da Assembleia Nacional e da Presidência (2010-2016).

Os membros do Conselho somente podem cumprir um único mandato. Além da hipótese de morte e término do mandato de nove anos, para os membros nomeados (não vitalícios) o mandato pode ser extinto: pela renúncia, que deverá ser comunicada por escrito ao presidente do Conselho; quando houver suspensão dos direitos civis e políticos do membro; ou ainda, quando sobrevier incapacidade física permanente que impossibilite o desempenho das funções do cargo. O membro do Conselho não pode ser destituído pela autoridade que o nomeou, mas pode ser demitido *ex officio* pelo próprio Conselho, em

¹⁵⁹ Conseil Constitutionnel. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/liste-des-membres/liste-des-membres-du-conseil-constitutionnel.319.html>>. Acesso em: 25 maio 2017.

escrutínio secreto, por maioria simples de seus membros, no caso de exercício de atividade, função ou exercício de mandato eletivo incompatível com a sua condição¹⁶⁰.¹⁶¹

No caso de morte, incompatibilidade, demissão espontânea ou de ofício, de um dos membros do conselho, este será substituído pela mesma autoridade que lhe tinha nomeado. A substituição neste caso não será por nove anos, mas somente pelo tempo que restava do mandato do seu predecessor. Apenas no caso de morte ou pedido de demissão de um dos membros do Conselho nos últimos três anos do mandato, o seu substituto nomeado pode concluir o mandato do substituído e continuar por mais nove anos, caso em que a duração máxima nas funções poderá alcançar até doze anos. É a única hipótese de renovação do mandato. Caso a substituição ocorra durante os primeiros seis anos do mandato, os membros nomeados em substituição somente poderão concluir o mandato pelo tempo que restar.¹⁶²

A justificativa para a impossibilidade de renovação do mandato é que isso assegura a independência dos membros do Conselho, tendo em vista que se fosse possível a renovação do mandato, sujeitar-se-ia ao risco de os membros evitarem decisões que desagradassem àqueles que os nomearam.

A preocupação de assegurar a independência dos membros do Conselho impõe-lhes incompatibilidades e proibições de cumular certas funções. As incompatibilidades com o exercício da função de juiz constitucional dos membros do Conselho são enumeradas no artigo 57 da Constituição francesa¹⁶³ e dizem respeito ao exercício da função de ministro ou membro do Parlamento. A lei orgânica que regula a organização e o funcionamento do Conselho constitucional (*Ordonnance* 58/1067, de 7 de novembro de 1958) veda ainda a acumulação das funções de juiz constitucional com funções no Governo ou no Parlamento, no Conselho Econômico e Social, ou ainda, em qualquer cargo de responsabilidade ou direção de partido político.¹⁶⁴

Veda-se ainda a cumulação com todo mandato eletivo e, portanto, parlamentar. Eles não têm obrigação de dedicação exclusiva ao cargo, podendo conservar empregos públicos ou

¹⁶⁰ FRANÇA. Art. 10 Lei Orgânica do Conselho constitucional. No original: Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, la démission d'office de celui de ses membres qui aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre du Conseil ou qui n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques. Il est alors pourvu au remplacement dans la huitaine.

¹⁶¹ MORAES. Alexandre de. **Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 129.

¹⁶² CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 281.

¹⁶³ No original: Art. 57: Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par une loi organique.

¹⁶⁴ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 115.

exercer atividades privadas que não comprometam a independência e a dignidade de suas funções.¹⁶⁵

Existe uma *obligation de réserve* que impede que os membros do Conselho tomem posições publicamente sobre questões relevantes de competência do órgão, a fim de evitar questionamentos acerca da sua imparcialidade.¹⁶⁶

Nesse sentido dispõe o art. 3º. da Lei orgânica do Conselho Constitucional -LOCC, antes de entrar em função, os membros nomeados do Conselho constitucional prestam juramento diante do Presidente da República e:

Eles se comprometem a bem e fielmente cumprir suas funções, de exercê-las com com toda imparcialidade no respeito à Constituição, de guardar o segredo das deliberações e dos votos e de não manifestar sua opinião publicamente, de não elaborar qualquer parecer sobre as questões relativas à competência do Conselho.¹⁶⁷

A realidade brasileira, neste aspecto é bem diferente. Esse comprometimento e resguardo quanto as suas opiniões, votos e deliberações não existe por parte de alguns membros do Supremo Tribunal Federal. Seguidamente alguns ministros aparecem na mídia manifestando-se publicamente sobre julgamentos e questões que aguardam posicionamento definitivo da Corte, e não raro manifestando posicionamentos contrários àquele da maioria dos membros da Corte. Muitas vezes antecipando votos, e comprometendo acima de tudo, sua imparcialidade.

Na França, a inobservância dessa obrigação de reserva, por parte dos membros do Conselho, pode ensejar a demissão *ex officio*, pelo colegiado, daquele que a infringir. Os membros do Conselho devem se abster de tudo que possa comprometer a independência e a dignidade da função. Assim, quando submetidos a processos judiciais, Jacques Chirac e Nicolas Sarkozy licenciaram-se em 2011 e 2013, respectivamente.¹⁶⁸

O Conselho constitucional detém tripla autonomia: regulamentar, administrativa e financeira. Como exemplo da primeira, podem ser citados os regulamentos editados pelo Conselho relativos ao procedimento do contencioso eleitoral de deputados e senadores, ao procedimento das reclamações quanto às operações de *referendum* e, recentemente, quanto ao procedimento relativo à questão prioritária de constitucionalidade (QPC). Quanto à autonomia

¹⁶⁵ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 115.

¹⁶⁶ Ibid., p. 115.

¹⁶⁷ No original: Art. 3: al.2 et 3: Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer em toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil.

¹⁶⁸ FAVOREU; MASTOR, 2016, p. 60.

administrativa, o Conselho dispõe de uma administração própria, sob a direção do seu presidente. Um secretário geral é nomeado pelo Presidente da República por indicação do presidente do Conselho. Além deste secretário geral, o Conselho conta com um serviço jurídico composto de um magistrado judiciário, um magistrado administrativo, um administrador da Assembleia Nacional ou do Senado destacados por tempo determinado, além de um serviço de documentação, imprensa e informação. A autonomia financeira é estabelecida num Decreto de 13 de novembro de 1959. O orçamento é definido pelo Conselho e votado sem modificações ou discussões pelo Parlamento. O ordenador de despesa é o seu presidente e os pagamentos são efetuados por meio de um tesoureiro, nomeado por ele e responsável diante dele. O princípio da autonomia financeira dispensa o Conselho constitucional de ter que justificar suas despesas junto ao Governo ou ao Parlamento, como, aliás, decidiu o próprio Conselho (Décis. n.º 2001-456 DC du 27 déc. 2001). O orçamento cifra-se em torno de seis milhões de euros, o que é considerado modesto em relação a outras cortes constitucionais.¹⁶⁹

A competência do Conselho é uma *compétence d'attribution*, ou seja, expressamente fixada e, de forma limitada, pela Constituição. Não se inserem, portanto, dentre tais competências: a) apreciar a constitucionalidade de uma lei adotada pela via do referendo, conforme procedimento previsto no artigo 11 da Constituição. O Conselho somente pode apreciar a constitucionalidade de leis aprovadas pelo Parlamento; b) apreciar uma lei de revisão constitucional (emenda à Constituição), seja ela aprovada por referendo ou pelo Parlamento¹⁷⁰. A Constituição somente lhe permite apreciar leis orgânicas e ordinárias (artigo 61); c) apreciar a validade do decreto do Presidente da República que resolve dissolver a Assembleia Nacional; e d) apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos e de outros atos do Poder Legislativo diferentes de leis e dos regulamentos das respectivas assembleias.¹⁷¹

Inserem-se, por outro lado, na *compétence d'attribution*, a competência jurisdicional contenciosa em matéria eleitoral, prevista no artigo 58 da Constituição francesa. O Conselho zela pela regularidade dos referendos¹⁷² previstos nos artigos 11¹⁷³ e 89¹⁷⁴ da Constituição

¹⁶⁹ FAVOREU et al., 2016, p. 334.

¹⁷⁰ Diferentemente do Brasil, onde as emendas à Constituição estão sujeitas ao controle da constitucionalidade quando implicarem violação às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

¹⁷¹ COSTA, 2010, p. 173.

¹⁷² No original: Art. 60: Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.

¹⁷³ No original: Art. 11 Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou

francesa, emitindo pareceres quando consultado, e pela regularidade das eleições presidenciais, em relação às quais ele proclama o resultado. Ele decide sobre contestações concernentes às eleições legislativas e senatoriais¹⁷⁵, sendo que nessa hipótese ele exerce funções de juiz ordinário. O caráter jurisdicional desse procedimento é reconhecido pelo próprio Conselho, que estabelece a exigência do contraditório.¹⁷⁶

O Conselho desempenha também funções consultivas. O Presidente da República lhe consulta antes de colocar em vigor o artigo 16 da Constituição¹⁷⁷, que trata de situações excepcionais e sobre as medidas tomadas por ele com base nesse artigo. Como afirmam Philippe Ardant e Bertrand Mathieu (2015-2016), “o conjunto das atribuições do Conselho se situa na confluência do direito e da política”¹⁷⁸.

O controle da constitucionalidade das leis constitui uma das principais atribuições do Conselho, mas, como visto, não é a única.

A natureza jurisdicional das atribuições do Conselho independe do caráter contencioso ou não dos processos que lhe são submetidos. Esse é o posicionamento majoritário dos constitucionalistas franceses, a exemplo de Louis Favoreu, Michel Verpeaux, Pascal Jan, Dominique Rousseau, Henry Roussillon et Pierre Esplugas-Labatut.

tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.[...]

Tradução livre: Art. 11. O Presidente da República, mediante proposta do governo ou mediante proposta conjunta das duas assembleias, publicadas no Jornal Oficial, pode submeter a referendo todo projeto de lei dispondo sobre a organização dos poderes públicos, sobre as reformas relativas à política econômica, social e meio ambiente da nação e aos serviços públicos, que sobre isso disponham, ou tendente à autorizar a ratificação de um tratado que, sem ser contrário à constituição, traria incidentes sobre o funcionamento das instituições.

¹⁷⁴ No original: Art. 89: L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Tradução livre: Art. 89 A iniciativa de revisão da Constituição pertence concorrentemente ao Presidente da República, mediante proposta do Primeiro ministro e aos membros do Parlamento. O projeto ou a proposta de revisão deve ser examinada nas condições de prazo fixadas na 3ª. alínea do art. 42 e votada pelas duas assembleias em termos idênticos. A revisão é definitiva após ter sido aprovada por referendo.

¹⁷⁵ No original: Art 59. Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

¹⁷⁶ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 113.

¹⁷⁷ No original: Art. 16. Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel [...].

Tradução livre: Art. 16. Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais são ameaçadas, de uma maneira grave e imediata e que o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República adota as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consulta oficial ao Primeiro Ministro, aos Presidentes das Assembleias assim como ao Conselho constitucional [...].

¹⁷⁸ No original: L'ensemble des attributions du Conseil se situe au confluent du droit et de la politique. (ARDANT; MATHIEU, op. cit., p. 113).

Em se tratando do controle de constitucionalidade das leis *a priori*, existem particularidades decorrentes do caráter abstrato e preventivo que justificam a ausência do caráter contencioso deste procedimento. Ainda que esse controle não implique na existência de um litígio, a função desempenhada pelo Conselho é qualificada de jurisdicional. Georges Vedel¹⁷⁹ já afirmara que em matéria de controle *a priori* de constitucionalidade das leis, o juiz constitucional não é juiz *d'un recours contentieux*.¹⁸⁰

Pascal Jan, professor catedrático à Universidade de Bordeaux, na sua obra “ Le procès constitutionnel” aborda a noção de jurisdição e atribui ao Conselho constitucional a natureza de órgão jurisdicional, independentemente da natureza das atribuições (contenciosas ou não contenciosas), e, portanto, da existência de um litígio. Afirma que o juiz constitucional decide sobre demandas contenciosas (a exemplo dos recursos em matéria eleitoral) e não contenciosas (controle a priori da constitucionalidade as leis), e que em ambas hipóteses, sua missão é a de garantir o respeito à ordem constitucional.

Cita a doutrina de Carré de Malberg, no sentido de que uma autoridade pratica um ato de jurisdição sem necessariamente decidir uma controvérsia entre pretensões opostas, sem exercer um poder judiciário. A palavra ‘jugar’ que suscita particularmente a ideia de processo tem tradicionalmente um sentido de arbitragem: o juiz é um árbitro entre partes adversas. A palavra jurisdição não implica, por ela mesma, a existência de um processo, ela designa simplesmente uma função consistente em dizer o direito, isto é, a aplicar a cada uma das espécies que lhe são submetidas o direito resultante da lei. Um órgão exerce uma função jurisdicional sem, entretanto, desenvolver um poder judiciário. E continua Carré de Malberg, afirmando que a noção de jurisdição aparece como independente, da existência de um litígio e da ideia de contencioso, no sentido próprio do termo. De acordo com Carré de Malberg, para a existência de uma jurisdição não é suficiente a tomada de uma decisão sobre uma questão de direito, contenciosa ou não, é necessário, mesmo diante da ausência de um litígio, que esta decisão seja tomada por uma autoridade jurisdicional, ou seja, por uma autoridade especialmente afetada ao exercício da jurisdição [...] ¹⁸¹

E justamente, partindo dessa concepção de jurisdição, Pascal Jan¹⁸² afirma que o Conselho constitucional atua tanto como uma jurisdição contenciosa, quanto como uma jurisdição não contenciosa, propondo então a seguinte classificação quanto às competências

¹⁷⁹ VEDEL, Georges. *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif*. [s.l.]: LCCC, 1996. p. 59.

¹⁸⁰ PASCAL, Jan. **Le procès constitutionnel**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 30-31.

¹⁸¹ CARRÉ DE MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris, 1920. v. 1, p. 698.

¹⁸² *Ibid.*, p. 39.

do Conselho: A) funções jurisdicionais contenciosas (contencioso eleitoral¹⁸³, contencioso da repartição de competências¹⁸⁴ e contencioso das disposições legislativas promulgadas)¹⁸⁵; B) função jurisdicional não contenciosa ou graciosa: controle de constitucionalidade das leis *a priori*, ou preventivo.

De fato, no controle *a posteriori*, como define Dominique Rousseau, existe uma controvérsia ligada à aplicação de uma disposição legislativa, um julgamento desta controvérsia, segundo os princípios do contraditório, da publicidade, da oralidade, da imparcialidade do tribunal e uma decisão beneficiando-se da autoridade de coisa julgada, todos os elementos constitutivos do processo são reunidos.¹⁸⁶ A introdução deste tipo de controle, no direito francês, veio apenas ratificar a natureza jurisdicional das atribuições desempenhadas pelo Conselho, no âmbito do controle da constitucionalidade das leis.

Segundo Louis Favoreu e Wanda Mastor, na obra “Les Cours constitutionnelles”¹⁸⁷, antes mesmo da reforma constitucional empreendida em 2008, o Conselho constitucional não se distinguiu de várias outras Cortes constitucionais, a exemplo das Cortes da Alemanha, Itália, Áustria e Espanha; nem na sua composição, nem em suas atribuições ou seu funcionamento. Em outras palavras, nem a ausência do caráter contraditório de seu procedimento, nem o fato de que ele pode decidir, às vezes, de forma *ultra petita*, nem o caráter preventivo do controle das leis, nenhum desses elementos é capaz de infirmar seu caráter jurisdicional, já que as outras Cortes nominadas tem as mesmas práticas e nem por isso têm contestado sua natureza jurisdicional.

O que realmente importa, segundo Favoreu e Mastor é que a Corte constitucional tome decisões providas de autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade provoquem anulações com efeitos *erga omnes*. Ao contrário, quando a Corte somente pode reenviar a lei ao Parlamento sem poder anular ela mesmo, seu caráter jurisdicional pode ser legitimamente questionado. Quando, ao contrário, ela se permitir de reescrever a lei e substituir suas próprias disposições àquelas do legislador, ela se afasta consideravelmente de seu papel de juiz para invadir o domínio do legislador.

¹⁸³ Trata-se das reclamações dirigidas contra as eleições de deputados e senadores, irregularidades na prestação de contas de candidatos à eleição -art. 59 da Constituição. Em matéria de eleições presidenciais, o art. 58 da constituição prevê a competência do Conselho para decidir sobre as reclamações. No mesmo sentido aquelas provenientes do escrutínio de referendun. (CARRÉ DE MALBERG, 1920, p. 27-28)

¹⁸⁴ Assegurando o controle da divisão das competências normativas entre poder legislativo e executivo, com base nos arts. 34 e 37 da Constituição.

¹⁸⁵ Trata-se da questão prioritária de constitucionalidade prevista no art. 61-1, inserida pela reforma constitucional de 2008 e em vigor desde março de 2010.

¹⁸⁶ ROUSSEAU, Dominique. Le procès constitutionnel. **Pouvoirs**, n. 137, p. 47-55, 2011. Disponível em: <<http:// Cairn.info/revue-pouvoirs-2011-2-page-47.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹⁸⁷ FAVOREU; MASTOR, 2016, p. 23.

Hoje, é possível afirmar que o debate não reside mais na natureza jurisdicional das atribuições do Conselho constitucional, mas sim se este órgão pode ser considerado uma Corte suprema, já que como Corte constitucional ele já se qualifica.¹⁸⁸

A diferença fundamental entre uma Corte suprema e uma Corte constitucional é que enquanto a primeira é necessariamente -daí o seu nome- colocada no topo do edifício jurisdicional (o que é, na França, o caso da *Cour de cassation* para jurisdição judiciária e o *Conseil d'État* para jurisdição administrativa), a segunda é alocada fora de todo aparelho jurisdicional. Em um sentido mais amplo, a Corte suprema visa garantir a unidade ou ao menos a harmonização do direito, no seio de um sistema particular. A Corte constitucional fica fora dos poderes do Estado, tradicionalmente conhecidos. Ela forma um poder independente cuja função consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios.¹⁸⁹

A Constituição de 1958 não previu qualquer hierarquia ou interação entre o Conselho constitucional e as demais Cortes superiores do contencioso administrativo (*Conseil d'État*) e da jurisdição judicial (*Cour de cassation*). Ambas permanecem como órgãos superiores no âmbito de suas jurisdições. Logo, o Conseil constitutionnel ainda não se revela como uma Corte suprema. Ele constitui um órgão separado dos demais poderes do Estado Francês. Embora não seja considerado uma Corte suprema, a Constituição afirma a supremacia de suas decisões no art. 62, alínea 3, verbis:¹⁹⁰

As decisões do *Conseil constitutionnel* não são suscetíveis de recursos. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas às autoridades administrativas e jurisdicionais.

¹⁸⁸ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 10. A respeito da possível transformação do Conselho constitucional em Corte Suprema, em matéria de proteção de direitos fundamentais, pela via do controle a posteriori de constitucionalidade das leis, consultar M. Guillaume, <<Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une cour suprême? >> JCPN, 11 juin 2012, p. 1176; B.Mathieu, <<Le nouveau conseil constitutionnel au regard de la catégorie des Cours suprêmes. Reflexions autour de la question prioritaire de constitutionnalité >>, Cahiers de la Justice, 2010-2, p. 5).

¹⁸⁹ FAVOREU; MASTOR, 2016, p. 23-24.

¹⁹⁰ No original. France. Constitution du 04 octobre 1958: art. 62 al.3: Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. (FRANÇA, 1958).

5. DIFERENÇAS ENTRE O CONSELHO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ante todas essas especificidades que caracterizam o *Conseil constitutionnel*, fica fácil ao leitor perceber as diferenças em relação ao Supremo Tribunal Federal. Tentaremos assim, para finalização deste capítulo, trazer à tona algumas delas.

Na organização institucional brasileira o Supremo Tribunal Federal constitui ao mesmo tempo, a mais alta corte jurisdicional (última instância) do Poder Judiciário – Corte Suprema e a Corte constitucional do país¹⁹¹. Ao contrário do *Conseil constitutionnel*, o Supremo não exerce um controle *a priori* de constitucionalidade das leis¹⁹²; mas um controle *a posteriori*, que pode se dar de forma difusa ou concentrada. Ele assimila funções de Tribunal de última instância, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade das leis, no qual, todo juiz ou tribunal, no exame de um caso concreto pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, ou ato normativo federal ou estadual. Nesses casos, por meio do Recurso Extraordinário, à questão é submetida ao exame do STF, que delibera em última instância. Já o controle concentrado pertence exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

193

As competências atribuídas ao STF pelo art. 102 da Constituição Federal pertencem, na França, à *Cour de cassation* (tribunal de última instância da jurisdição judicial) e ao *Conseil constitutionnel*.¹⁹⁴

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1890, à imagem da Corte Suprema dos Estados Unidos. Desde a Constituição de 1891 à de 1988, o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, *la clef de voute du pouvoir judiciaire* (a chave da abóbada), seu órgão supremo assim como guardião e defensor da Constituição.

O Poder Judiciário é verdadeiramente um poder. Diferente da concepção francesa, externada na Constituição de 1958, que o qualifica como a autoridade judiciária.¹⁹⁵

¹⁹¹ Mas diferentemente do sentido atribuído a uma verdadeira Corte constitucional, pela doutrina, o STF integra a estrutura do Poder Judiciário e não um Poder autônomo.

¹⁹² Exceto no que diz respeito a projetos de lei e propostas de EC que atentem contra normas constitucionais que disciplinam o processo legislativo.

¹⁹³ GRAU, Eros Roberto. L' évolution du controle de constitutionnalité au Brésil. **Cahiers do Conseil Constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ POUILLIEUTE, Antonie. Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF). Dossier: Tribunal fédéral suprême du Brésil. **Cahiers do Conseil Constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

O Conselho constitucional foi concebido para ser um órgão político, estranho à estrutura do sistema jurisdicional francês. Ele não foi concebido como um órgão de jurisdição constitucional, mas como um guardião da separação dos poderes.

Enquanto o *Conseil constitutionnel* é formado por nove membros, com mandato de 9 (nove) anos, não renováveis, sendo 03 (três) nomeados pelo Presidente da República, 03 (três) pelo Presidente da Assembleia Nacional e 03 (três) pelo presidente do Senado; no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) membros, nominados Ministros, escolhidos exclusivamente pelo Presidente da República, dentre os cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade de notável saber jurídico e reputação ilibada. (art. 101 da CF/1988).

Na França, como antes referido, não há limite de idade mínima ou máxima para o exercício da função de membro do Conselho, tampouco essas condições de notável saber jurídico e reputação ilibada são exigidas. Estima-se que os membros devam ser cidadãos franceses e estar no gozo de seus direitos civis, mas nenhuma experiência jurídica é exigida.¹⁹⁶ Inobstante a ausência de tais exigências, a maioria dos membros designados são juristas de formação ou profissão, além de gozarem de prévia experiência política.

Da mesma forma, no Brasil, não se exige dos membros do STF, bacharelado em Ciências Jurídicas e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura.¹⁹⁷ Mas devem ser brasileiros natos (art.12 §3º., IV CF/1988), no gozo dos direitos políticos (cidadãos).

A indicação dos membros do STF pelo Presidente da República é submetida a aprovação, por maioria absoluta do Senado. Enquanto na França, desde a revisão constitucional de 2008, as nomeações devem ser precedidas de parecer de comissões parlamentares competentes, no âmbito da Assembleia Nacional e do Senado. O parecer é, por sua vez, precedido de uma audiência parlamentar. A escolha poderá deixar de ser aprovada por maioria de 3/5 de votos, considerados na soma de votos de ambas as comissões parlamentares, conforme previsto no art. 13 da Constituição Francesa e na Lei ordinária 2010-838 de 23.07.2010.¹⁹⁸

Na França, a cada três anos, 1/3 dos membros do Conselho são substituídos. Assim, cada uma das três autoridades, que dispõe do poder de nomeação, designa uma nova pessoa.

¹⁹⁶ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 115.

¹⁹⁷ Barata Ribeiro em 1893 era médico e foi o único membro não jurista a integrar o STF.

¹⁹⁸ Lei orgânica 2010-837 de 23.07.2010 enumera 47 empregos, que, em razão da sua importância para a garantia dos direitos e liberdades ou à vida econômica e social da Nação, tem as nomeações de seus titulares, subordinadas a parecer público das comissões parlamentares competentes. A Lei ordinária 2010-838 de 23.07.2010 trata da audiência prévia. (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 112)

No Brasil, uma vez designados, os Ministros do STF permanecem no cargo até atingirem a idade limite para aposentadoria compulsória, que hoje é de 75 (setenta e cinco) anos. Existem propostas de emendas à Constituição (PEC) no sentido de alteração do modo de indicação e do tempo de permanência no cargo dos ministros do STF.¹⁹⁹

O *Conseil constitutionnel* permite ainda a participação de membros de direito, chamados de membros natos ou vitalícios, que são os ex-presidentes da República, o que é visto com muitas críticas pelos juristas franceses.

O *Conseil constitutionnel* possui competência em matéria eleitoral, ou seja, ele é o juiz das eleições presidenciais, das eleições parlamentares e dos *référendums*, tanto no tocante à organização, quanto à proclamação dos resultados. No Brasil, a competência em matéria eleitoral é do Tribunal Superior Eleitoral, cujas decisões são irrecorríveis, salvo se contrariarem a Constituição (art. 121 §3º.)

Na França, o presidente do *Conseil* é nomeado pelo Presidente da República, enquanto no Brasil, a escolha do Presidente do STF é feita pelos membros do próprio tribunal, a cada dois anos, obedecida a ordem de antiguidade²⁰⁰.

Tanto na França, quanto no Brasil, o voto do presidente do *Conseil* e do STF, tem preponderância em caso de empate. Na França o presidente do *Conseil* escolhe os relatores, enquanto no STF, a escolha é feita por sorteio.²⁰¹

Em caso de impedimento o Presidente da República e do Vice-Presidente da República, no Brasil, ou vacância dos respectivos cargos, são sucessivamente chamados ao exercício da Presidência, o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado, e o do Supremo Tribunal Federal. (art.80 CF/1988). Já na França, o presidente do *Conseil* não é a quinta personalidade na ordem protocolar, *le cinquième personnage d l'État*.

¹⁹⁹ Nesse sentido a PEC 44/2012 do Senado Federal, pela qual o Presidente nomeia os ministros do STF, escolhidos dentre os integrantes de lista tríplice elaborada por um colegiado integrado pelo Presidente do STF, Presidente do STJ, Presidente do TST, Presidente do STM, pelo PGR, pelo Chefe da Defensoria Pública da União e pelo Presidente do Conselho Federal da OAB, vedada a indicação de ocupante, nos quatro anos anteriores, de mandato eletivo federal, do cargo de PGR, AGU ou ministro de Estado. Os ministros segundo essa PEC, seriam aprovados por maioria absoluta do Senado para mandato de 10 anos. Os ministros antigos continuariam com o regime vigente à data da sua nomeação. Essa PEC foi aprovada na CCJ do Senado em 06.07.2017 e, em 13/09/2017, houve a primeira sessão de discussão, em primeiro turno, no Plenário do Senado. Há também a PEC 275/2013 que transforma o STF em Corte constitucional, com competência restrita à matéria constitucional, prevendo ainda um aumento de 11 para 15 ministros; a PEC 35/2015 que prevê mandato de 10 (dez) anos, vedada a recondução, para os ministros, além de prever a escolha pelo Presidente da República a partir de lista tríplice definida por um colegiado composto principalmente pelos Presidentes do próprio STF e demais Tribunais Superiores.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017. art. 2º. Parágrafo único c/c art. 12.

²⁰¹ Art. 66º. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (Ibid.).

Antes dele, além do Presidente da República, o Primeiro-ministro, os Presidentes das assembleias (Assembleia Nacional e Senado), a totalidade dos membros do governo, inclusive antigos Chefes de Estado ou de governo, o precedem. Em suma, na melhor das hipóteses, estaria colocado no 8º. (oitavo) lugar na ordem protocolar.²⁰²

Os Ministros do STF detêm as mesmas prerrogativas, garantias, direitos e incompatibilidades inerentes ao exercício da magistratura, conforme art. 95 da Constituição Federal de 1988.²⁰³ Já os membros do *Conseil* não têm obrigação de dedicação exclusiva ao cargo, podendo conservar empregos públicos ou exercer atividades privadas que não comprometam a independência e a dignidade de suas funções.²⁰⁴

Existe ainda a *obligation de réserve* que impede que os membros do Conselho tomem posições, publicamente, sobre questões relevantes de competência do órgão, a fim de evitar questionamentos acerca da sua imparcialidade.²⁰⁵

À toda evidência, tal obrigação de reserva, não existe por parte dos Ministros da Corte brasileira.

Nesse sentido, interessante trazer à tona, as as considerações esposadas por Antonie Pouillieute, no artigo intitulado *Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF)*²⁰⁶.

Na percepção da autora duas coisas que se opõem ao espírito francês: a primeira é o crucifixo de madeira colocado atrás do assento do Presidente da República. Se a Constituição de 1988 garante a liberdade de consciência e de culto, seu Preâmbulo, entretanto, coloca a República sob a proteção de Deus. O Brasil se acomoda perfeitamente a ser um Estado laico e

²⁰² CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 284.

²⁰³ BRASIL, 2017, art. 16.

Constituição Federal art. 95: Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁰⁴ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 115.

²⁰⁵ Ibid., p. 115.

²⁰⁶ POUILLIEUTE, 2009.

católico: um crucifixo no trono também na Câmara dos Deputados, no Senado e na mesa do Presidente, que nunca esqueça da sua fé.

A segunda é a ausência de segredo. As sessões são públicas²⁰⁷, mas também as deliberações que são retransmitidas por um canal de televisão dedicado ao STF; as opiniões dissidentes são conhecidas, o voto de cada um dos membros é comentado na imprensa, a escolha do membro relator também. A colegialidade não tem o mesmo sentido que na França, onde a maioria, uma vez adquirida, é a opinião de todos pois somente a instituição se exprime, por uma decisão coletiva. No Brasil, comentando a autora, em um recente caso de corrupção de eleitos, o membro relator do caso apareceu -a justo título- como o mensageiro da virtude política, sem que o mérito resplandecesse sobre o STF inteiro: os louros não dividem. Uma instituição funcionando com pouca colegialidade e menos ainda confidencialidade.

As sessões públicas, a publicação de votos divergentes como regra e não exceção, a forma de nomeação dos ministros, sua vitaliciedade e sobretudo a forma de decisão ‘individual’ e não concatenada continuam a ser como sempre foram, uma cópia do modelo norte americano.²⁰⁸

O modelo brasileiro de deliberação se afasta completamente do modelo francês, especialmente porque há uma ausência de trocas de argumentos entre os ministros. Nos casos importantes os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos dos seus colegas. Tal fato é agravado pela norma regimental (art. 135) que prevê como a ordem de votação a ordem inversa de antiguidade. Assim, o primeiro a votar, após o relator, é o ministro mais novo na casa e o último, antes do presidente, é o mais antigo. Ou seja: muitas vezes, quando são lidos os votos dos ministros mais antigos, o caso já está decidido.²⁰⁹

Também inexistente, no âmbito do STF uma unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros. Além disso existe uma carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal. Como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do STF são publicadas como uma soma de decisões individuais. Isso torna difícil desvendar qual foi a

²⁰⁷ BRASIL, 2017, Art. 124. As sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que sejam secretas, ou assim o deliberar o Plenário ou a turma.

²⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 250; jan/abr. 2009.

²⁰⁹ Ibid.

razão de decidir do tribunal em determinados casos, porque os ministros que votaram num mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.²¹⁰

A existência das denominadas cláusulas pétreas, na Constituição brasileira impede que o STF, no Brasil exerça o papel desempenhado pelo *Conseil constitutionnel*, no âmbito do controle da constitucionalidade das leis. Na França, entende-se que, ao declarar uma regra contrária à Constituição, o juiz constitucional está exercendo papel semelhante ao do guarda-chaves nas ferrovias (o funcionário encarregado de manobrar as chaves e indicar quais os trilhos em que o trem passará). É a denominada *théorie de l' aiguilleur*, segundo a qual, o *Conseil constitutionnel*, diante um entroncamento crucial, é de certa forma, um guarda-chaves ou um regulador a indicar que via -regulamentar, legislativa ordinária, orgânica ou constitucional- a ser seguida. Não lhe cabe impedir a passagem do trem. Compete-lhe indicar o caminho. Assim, ao exercer o controle da constitucionalidade, o juiz nada mais estaria fazendo do que dizendo se determinada regra pode ser adotada pela via legislativa (hipótese em que ela é declarada constitucional) ou se ela demandaria uma reforma da Constituição (hipótese em que a lei é declarada inconstitucional).²¹¹

A *théorie de l' aiguilleur* faz repousar a legitimidade do juiz constitucional no fato de que ele não tem a última palavra em matéria de produção de normas. Ainda que ele possa impedir a entrada em vigor de uma lei que contenha regras contrárias à Constituição, ele não tem competência para impedir que as mesmas regras sejam adotadas por via de reforma constitucional, pois se trata de expressão de vontade do poder soberano. Nesse sentido o *Conseil constitutionnel* é refratário à ideia de que haveria normas supraconstitucionais, o que tem como grande vantagem a de manter o poder de decisão soberano nas mãos do seu verdadeiro titular: o poder constituinte. Daí porque na França não se admite que o *Conseil constitutionnel* possa controlar a constitucionalidade de uma reforma da Constituição.²¹²

Finalmente, importante registrar que tanto o STF quanto o *Conseil constitutionnel* gozam de autonomia: regulamentar, administrativa e financeira. No caso do STF a autonomia inerente ao Poder Judiciário, ao qual o órgão pertence.

Como será pontuado, na sequencia deste trabalho, existem outras diferenças, bastante consideráveis, seja quanto aos tipos e limites do controle de constitucionalidade das leis pelo *Conseil constitutionnel* e pelo STF, seja quanto ao modo de atuação desses órgãos, na condução e nas decisões proferidas nesses processos.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ COSTA, 2010, p. 151-152.

²¹² Ibid., p. 151-152.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA: PARÂMETROS COMPARATIVOS COM O SISTEMA BRASILEIRO

1. AS NORMAS REFERENCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA – *bloc de constitutionnalité*

O exame de conformidade das leis à Constituição, seja ele feito *a priori* (antes da promulgação da lei), seja *a posteriori*, (após a promulgação), tem como parâmetro não apenas as normas constitucionais (89 artigos que compõe o texto da Constituição de 1958), mas as normas referidas em seu preâmbulo. O valor constitucional dessas normas, que não se inserem no texto da Constituição, mas no seu preâmbulo, foi consagrado na decisão de 16 de julho de 1971, quando o Conselho constitucional reconheceu, expressamente, o valor constitucional do preâmbulo da Constituição de 1958, o qual se reporta ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Com isso, pôs fim às dúvidas relativas ao valor desses textos, distintos e anteriores à Constituição Francesa de 1958, e cujo conteúdo, em alguns de seus dispositivos, apresentam-se relativamente vagos e indeterminados.

As normas referenciais do controle de constitucionalidade das leis compõem o denominado bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*), designação atribuída por Louis Favoreu²¹³, ao conjunto de disposições e princípios de valor constitucional que constituem os parâmetros normativos do controle de constitucionalidade das leis.

O Conselho constitucional prefere nominá-las como normas de referência.

O preâmbulo da Constituição Francesa de 1958 faz referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946.

Constituição de 04 de outubro de 1958.

Preâmbulo:

O povo francês proclama solenemente sua vinculação aos Direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tais como eles foram definidos pela Declaração de 1789, confirmados e completados pelo preâmbulo da Constituição de 1946, assim como aos direitos e deveres definidos na Carta do meio ambiente de 2004.²¹⁴

O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, por sua vez, se refere aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”.

²¹³ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT. 2015, p. 66-67.

²¹⁴ No original. **Constitution du 04 octobre 1958 -Préambule:** Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004. (FRANÇA, 1958).

Constituição Francesa de 1946.

Preâmbulo:

Ao dia seguinte à vitória conseguida pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizá-los e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião e de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados à Declaração dos direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. ²¹⁵[...]

Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (PFRLR) não estão explicitados no preâmbulo da Constituição de 1946. Mencionados no fim da primeira alínea do preâmbulo da Constituição de 1946, tais princípios são descobertos e definidos pela jurisprudência do Conselho constitucional, a partir de leis editadas anteriormente à Constituição de 1946, sob o regime republicano. Na decisão DC 88-244, de 20 de julho de 1988²¹⁶, o Conselho estabeleceu os critérios de identificação desses princípios. Dentre tais, já foram reconhecidos pelo Conselho como PFRLR, a liberdade de associação, o respeito aos direitos de defesa, a liberdade individual, a liberdade de ensino, liberdade de consciência, a independência da jurisdição administrativa, a independência dos professores universitários, a adaptação do direito penal aos menores, a competência da jurisdição administrativa para anular ou reformar decisões tomadas no âmbito das prerrogativas de autoridade pública pelas autoridades públicas, o papel do juiz judiciário em garantir a propriedade privada imobiliária.²¹⁷

Além dos direitos civis e políticos proclamados pela Declaração de 1789 e os direitos econômicos e sociais consagrados pelo preâmbulo da Constituição de 1946, uma terceira geração de direitos integrou o bloco de constitucionalidade em 1º de março de 2005, por ocasião da constitucionalização da Carta do Meio ambiente de 2004. ²¹⁸

Assim, compõem atualmente o bloco de constitucionalidade ou normas referenciais do controle da constitucionalidade: os direitos garantidos no próprio texto da Constituição

²¹⁵ No original: **Préambule de la Constitution de 1946:**

(1) Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d' asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés d' homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. (FRANÇA. **Constitution de 1946, IVe République, 27 octobre 1946.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>>. Acesso em 2017).

²¹⁶ Acerca dessa decisão, orientamos o leitor a consultar VERPEAUX, Michel et al. **Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence.** 2. ed. Paris: PUF, 2017. p. 282-292.

²¹⁷ TOULEMONDE, 2015, p. 138.

²¹⁸ TÜRK, Pauline. **Principes fondamentaux de droit constitutionnel.** 8. ed. Paris: Gualino, 2016. p. 94.

Francesa de 1958²¹⁹ e os direitos constantes dos textos referidos no seu preâmbulo, que são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789-DDHC; o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, e a Carta do meio-ambiente 2004-2005.

A Carta ao meio ambiente consagra um conjunto de princípios bastante genéricos, e vagos, que impõem um dever geral de vigilância ao meio ambiente, a exemplo do direito a viver num meio ambiente equilibrado e respeitoso à saúde, o dever de participar na preservação e na melhoria do meio ambiente que pesa sobre todas as pessoas, princípio da precaução (arts. 1-3)²²⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é o texto mais invocado dentre as normas referenciais, especialmente no que se refere ao princípio da igualdade, da garantia dos direitos e da separação de poderes, da presunção de inocência, dos direitos de defesa e da garantia de um processo justo e imparcial, do princípio da legalidade dos delitos e das penas, do direito de propriedade, da liberdade de comunicação, dentre outros.²²¹

O preâmbulo da Constituição de 1946 refere-se ainda aos princípios particularmente necessários ao nosso tempo - PPNT. Os princípios particularmente necessários ao nosso tempo (PPNT) são aqueles elencados nas alíneas 3 a 18 do Preâmbulo da Constituição de 1946. Tratam-se de princípios políticos, econômicos e sociais que impõem um dever ao Estado e um direito aos cidadãos, a exemplo do direito à proteção da saúde, à educação, liberdade sindical. Com fundamento no preâmbulo da Constituição de 1946, são seguidamente invocados o direito a uma vida familiar normal e à dignidade da pessoa humana.²²²

Compõem ainda as normas de referência, os princípios de valor constitucional. Eles foram reconhecidos pela jurisprudência do Conselho constitucional na *Décision no. 82-141 DC du 27 juillet 1982- Loi sur la communication audiovisuelle*.²²³

Os princípios de valor constitucional constituem a ponta extrema do bloco de constitucionalidade. Eles não estão definidos em qualquer texto de valor constitucional. Cabe ao Conselho constitucional descobri-los e consagrá-los. São concebidos como princípios gerais do direito. Citam-se como exemplos de tais princípios, a continuidade dos serviços

²¹⁹ A exemplo dos arts. 1º. (princípio da igualdade, da laicidade; art. 3º. Direito do sufrágio; art. 66, liberdade individual). A Constituição de 1958 não contém em seu texto uma declaração de direitos fundamentais, ao contrário da Constituição brasileira.

²²⁰ Ibid., p. 77.

²²¹ FAVOREU et al., 2016, p. 355-356.

²²² Ibid., p. 356.

²²³ Acerca dessa decisão, orientamos o leitor a consultar VERPEAUX et al., 2017, p. 293-302.

públicos (DC no. 79-105, 25 juill. 1979, *droit de greve à la radio et à la TV*) e a transparência da lei (DC 2001-455, 12 janv. 2001).

Conforme será abordado a seguir, em se tratando do controle realizado previamente à entrada da lei em vigor, *a priori*, as normas referenciais do controle não se restringem às consagradoras dos direitos e liberdades fundamentais constantes do bloco de constitucionalidade, alcançando outras normas constitucionais que tratam de procedimentos (formalidades) e competências²²⁴

No âmbito do controle *a posteriori*, mediante a *question prioritaire de constitutionnalité* - QPC, as normas constitucionais suscetíveis de serem invocadas pelos litigantes, diante de todas as jurisdições, referem-se a todos os direitos e as liberdades inscritos no bloco de constitucionalidade. Não são suscetíveis de serem invocadas via QPC as regras constitucionais de característica processual.²²⁵

2. AS NORMAS REFERENCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

Diferentemente da França, o preâmbulo, da Constituição Brasileira de 1988 não compõe o bloco de constitucionalidade, ou seja, não contém normas constitucionais de valor jurídico autônomo.

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como um documento de intenções, uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios. Como ensina Jorge Miranda²²⁶:

O preâmbulo não é um conjunto de preceitos, é um conjunto de princípios que se projectam sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento [...] O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente, nem cria direitos ou deveres.

Dessa forma, por não ser norma constitucional, o preâmbulo não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, nem poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade; porém por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.²²⁷

²²⁴ CARCASSONNE, Guy; DUHAMEL, Olivier; DUFFY, Aurélie. **QPC, la question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 97.

²²⁵ FAVOREU et al., 2016, p. 356.

²²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 1, p. 211.

²²⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 119.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar acerca do status jurídico a ser conferido ao preâmbulo, afirmando que este não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O preâmbulo contém a proclamação de princípios inscritos na Constituição. Por isso não há inconstitucionalidade por violação ao preâmbulo por si mesmo, há inconstitucionalidade por violação a princípio mencionado pelo preâmbulo e positivado no corpo da Constituição.²²⁸

A Constituição Francesa de 1958, atualmente vigente, contém disposições transitórias em relação à Nova -Caledônia (Título XIII) que se inserem no corpo da própria Constituição, não deixando dúvidas acerca da sua natureza de norma constitucional.

Em relação ao ato de disposições constitucionais transitórias (ADCT), existente na Constituição brasileira de 1988, é possível afirmar, da mesma forma, que são normas constitucionais com o mesmo status jurídico das demais normas inseridas no texto principal. As regras do ADCT são suscetíveis de reforma e portando submetidas ao controle de constitucionalidade nas mesmas hipóteses das emendas constitucionais. (art.60§4º. CRFB/1988)

É inegável que no Brasil também há um bloco de constitucionalidade, ou seja, normas referenciais do controle da constitucionalidade das leis, e que tais normas não se resumem àquelas positivadas na Constituição Federal de 1988.

Além das normas inseridas no corpo da própria Constituição, seja pelo constituinte originário, seja pelo constituinte derivado (emendas à Constituição), outras normas (regras e princípios) compõem o bloco de constitucionalidade. Vejamos.

Há princípios que foram extraídos da própria disposição do art. 5º. §2º. da Constituição que enuncia: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

A partir de tal disposição, passa a se admitir que existam outros direitos e garantias não formalmente positivados no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, nesse sentido, já se manifestou sobre hipóteses nas quais registrou o reconhecimento de outros princípios como constitucionais, como é o caso do postulado da proporcionalidade, e da razoabilidade, o princípio da reserva do possível, princípio da continuidade do Estado, princípio da confiança, princípio da força normativa dos fatos, princípio da situação excepcional consolidada, princípio da

²²⁸ MENDES; BRANCO, 2015, p. 77-78.

transparência, dentre outros. O princípio da razoabilidade seria decorrente da acepção substantiva do princípio do devido processo legal, expresso no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.²²⁹

Os tratados internacionais sobre direitos humanos passaram, a partir da EC 45/2004 a compor o bloco de constitucionalidade, quando submetidos ao procedimento de aprovação qualificada previsto no art. 5º. §3º. da Constituição Federal, pois detêm status jurídico de emendas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro restringiu o bloco de constitucionalidade ao excluir os tratados internacionais sobre direitos humanos, anteriores à EC nº 45/2004, outorgando-lhes status supralegal, ou seja, superior à legislação comum, mas inferior à Constituição Federal²³⁰.

Os demais tratados internacionais detêm status de lei ordinária federal e, portanto, não compõem o bloco de constitucionalidade.

Interessante notar que tanto na França, quanto no Brasil, a atividade interpretativa do *Conseil constitutionnel* e do STF se revelaram essenciais na definição do bloco de constitucionalidade. Em ambos os casos, os órgãos partiram do texto codificado, ou seja, de dispositivos formalmente inseridos no texto constitucional para a partir deles extraírem outros implicitamente decorrentes dos princípios pela Constituição consagrados.

Acerca das concepções doutrinárias definidoras do bloco de constitucionalidade, traz-se à colação as lições do Ministro Celso de Mello, em decisão paradigmática, proferida na ADI 595/ES (DJ 26.02.2002), verbis:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.- A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental

²²⁹ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade:** reconhecimento e conseqüências no sistema constitucional brasileiro. 204p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7774/1/angelo.pdf>>. Acesso em: 2017.

²³⁰ RE 466.343 e RE 349.703 (Informativo 531STF).

importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.

[...]

De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. [...] **No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657).**

Após reconhecer que o próprio Tribunal não adota uma postura restritiva quanto ao significado do bloco de constitucionalidade, o Ministro Celso de Mello explicita as duas posições doutrinárias sobre o tema:

[...]. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global." (grifei) Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade - tal como este é concebido pela teoria constitucional [...] , pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional. E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção.. do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade.

E finalmente, conclui:

Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, **no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica..** [...] (Grifos no original).

Da leitura da decisão acima colacionada depreende-se que as normas referenciais do controle de constitucionalidade das leis no Brasil não se limitam aos princípios e regras positivados no texto da Constituição, mas abrangem princípios e valores suprapositivos que informam e dão sentido à Lei Fundamental.

Assentadas assim, quais são as normas referenciais do controle de constitucionalidade na França e no Brasil, passa-se ao exame do controle preventivo de constitucionalidade das leis em ambos os países. Primeiramente a abordagem será direcionada ao sistema francês, e a seguir ao sistema brasileiro, de modo a facilitar ao leitor, na sequência, o entendimento das principais diferenças entre os dois sistemas.

3. O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA: *le contrôle a priori*

O sistema preventivo de controle de constitucionalidade vigente na França, opera antes da promulgação da lei, e, portanto, antes de sua entrada em vigor.

Está previsto no art. 61 da Constituição francesa que dispõe: ²³¹

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

²³¹ Eis a redação do art. 61: Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixant députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Nos casos previstos nas duas alíneas precedentes, o Conselho Constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Esse tipo de controle constitui uma fase do próprio processo legislativo e envolve uma face obrigatória e outra facultativa. O controle preventivo é obrigatório quando se tratar de leis orgânicas (aquelas que previstas na Constituição, destinam-se a complementar as disposições constitucionais. Equivalem às leis complementares do direito brasileiro), propostas de leis referendárias (que serão submetidas a *referendum*) e de regulamentos da Assembleia Nacional e do Senado (arts. 46, 48 e 88-4; 11 e 62 da Constituição Francesa). Nesses casos, independentemente de provocação, o Conselho constitucional deve se manifestar acerca da conformidade dessas disposições com a Constituição.

Por outro lado, o controle é facultativo quanto aos demais atos normativos. Em tais hipóteses, a manifestação prévia do Conselho constitucional depende de provocação dos legitimados, autoridades públicas, expressamente previstas na Constituição: Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores. Somente tais autoridades estão legitimadas a deflagrar tal controle, que se dará exclusivamente pelo Conselho Constitucional.

Submetem-se ao controle preventivo facultativo as leis ordinárias (leis ordinárias são aquelas que não são nem constitucionais -art.89 da Constituição - nem orgânicas -art. 46 da Constituição, e que são elaboradas segundo um procedimento legislativo normal²³²) e os compromissos internacionais assumidos pela França.

A regra, em matéria de controle de constitucionalidade, *a priori*, é a de que as leis ordinárias e os tratados internacionais **podem** ser submetidos a esse controle, as leis orgânicas (equivalentes às leis complementares do direito brasileiro) **devem** ser submetidas ao controle, bem como os regulamentos da Assembleia Nacional e do Senado.

Contrariamente ao direito brasileiro, não existe, no direito francês, a distinção entre leis em tese e leis de efeitos concretos. Todo e qualquer tipo de lei ordinária pode ser submetido ao controle *a priori*. Mesmo que a lei tenha usurpado a competência do poder regulamentar autônomo (art. 37 da Constituição Francesa) e que seja materialmente considerada um ato administrativo, é possível submetê-la ao controle de constitucionalidade *a priori*.²³³

²³² O termo de 'lei ordinária' não figura na Constituição, mas é empregado na jurisprudência do Conseil constitutionnel. (VERPEAUX, 2014, p. 105. TÜRK, 2016, p. 75).

²³³ COSTA, 2010, p.165.

Todas as leis ordinárias, independentemente do seu conteúdo (processo penal, segurança pública, orçamento etc.) podem ser submetidas ao controle preventivo.

Os tratados internacionais também se submetem ao controle facultativo. Eles detêm, no direito francês, um status superior ao das leis, conforme enuncia o art. 55 da Constituição Francesa.²³⁴

Desde a reforma constitucional de 1974, que ampliou a legitimação para acionar tal controle, incluindo 60 deputados ou 60 senadores, a maior parte das ações, no âmbito do controle *a priori*, são de origem parlamentar. O objetivo visado pela aplicação era mesmo de possibilitar à oposição contestar, diante do Conseil, uma lei, cuja aprovação pelo Parlamento, ela não conseguira impedir.

A legitimidade processual, para acionar tal controle, varia conforme o tipo de lei. Em se tratando das leis orgânicas, somente o Primeiro-Ministro poderá submetê-la ao controle (artigo 17, alínea 1, da Lei Orgânica sobre o Conselho Constitucional – LOCC 58-1067, de 7 de novembro de 1958²³⁵) ou quem ele delegar competência para fazê-lo. Os regulamentos das assembleias e as suas modificações são transmitidas ao Conselho constitucional pelo presidente da assembleia interessada (artigo 17, alínea 2).

Já as leis ordinárias e as leis referentes à ratificação de tratados internacionais (artigo 54 da Constituição Francesa) podem ser submetidas ao Conselho, por iniciativa do Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores. Os legitimados devem assinar pessoalmente a petição inicial [*saisine*], e no caso de iniciativa dos parlamentares, a inicial somente será conhecida com a assinatura de no mínimo 60 deputados ou 60 senadores. Não há substituição processual nem representação por advogados.²³⁶

As condições subjetivas de admissibilidade restringem-se à comprovação da legitimidade para acionar o controle. Não se exige a demonstração de interesse jurídico, não se exige motivação, e sequer é necessária a indicação dos dispositivos entendidos contrários à Constituição. Essa é a prática quanto às leis orgânicas, mas quanto às leis ordinárias, o costume é que as *saisines* sejam motivadas com a análise detalhada de precedentes do próprio Conselho constitucional.²³⁷

²³⁴ No original: Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

²³⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Ordonnance n.º 58-1067 du 7 novembre 1958**: portant loi organique sur le conseil constitutionnel. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 set. 2016.

²³⁶ COSTA, 2010, p.174.

²³⁷ COSTA, 2010, p. 174.

O controle preventivo abrange, assim, a integralidade da lei, já que em regra não há indicação de quais dispositivos seriam contrários à Constituição. E mesmo havendo a indicação dos dispositivos impugnados, o *Conseil* entende que é competente para verificar todos os dispositivos da lei, mesmo aqueles não impugnados. Ademais, o *Conseil* não é obrigado a decidir conforme as conclusões ou meios invocados pelos autores da *saisine* (requerentes do controle *a priori*). O Conselho pode levantar questões *ex officio*, não invocadas pelos requerentes, como também utilizar no exame da lei outros motivos ou argumentos que não aqueles invocados à inicial, substituindo os argumentos dos requerentes pelos seus. É cabível, portanto, decisão *ultra petita* pelo Conselho.²³⁸

Não há regras escritas quanto ao procedimento no controle *a priori*.

Michel Verpeaux salienta que a ausência de um texto codificando o procedimento, permitiu talvez a emergência de regras de procedimento mais flexíveis e mais numerosas do que se elas tivessem sido escritas. Assim o *Conseil* se utiliza de técnicas contenciosas oriundas de outras jurisdições, notadamente administrativas. Aliás, o procedimento instaurado perante o Conselho constitucional é amplamente inspirado naquele do juiz administrativo (*Conseil d'État*).²³⁹

O procedimento é escrito e inquisitorial, ou seja, não há um contraditório formalmente estabelecido. O caráter objetivo do procedimento é facilmente percebido. Há um requerente (autor da *saisine*), uma lei (p ex. lei orgânica, lei ordinária) e inexistem pretensões contraditórias. O *Conseil* considera que uma vez proposta a *saisine*, submetida a lei ao controle de constitucionalidade *a priori*, não é mais possível a desistência pelos requerentes, o que marca o caráter essencialmente objetivo do contencioso constitucional.

A apresentação ao *Conseil*, no âmbito do controle *a priori*, deve ser intentada entre a votação e a promulgação da lei, o que pode criar dificuldades, já que a Constituição não define qual o momento da promulgação da lei, apenas estabelece um prazo máximo concedido ao Presidente da República para promulgar a lei (15 dias que seguem à transmissão ao Governo da lei definitivamente adotada).²⁴⁰

O Conselho dispõe de um mês para decidir, ou em caso de urgência, a pedido do Governo, de oito dias. Idêntico prazo dispõe em relação aos tratados internacionais (artigo 54 da Constituição). Em verdade, o prazo de apenas um mês para o exame das leis, no controle *a*

²³⁸ VERPEAUX, 2014, p. 109.

²³⁹ Ibid., p. 60.

²⁴⁰ VERPEAUX, 2014, p. 106

priori, obsta, de fato, o estabelecimento de um processo contraditório. Em casos politicamente sensíveis, o Conselho é confrontado a estabelecer esse contraditório.²⁴¹

O procedimento se desenvolve em segredo, para proteger e preservar os membros do Conselho de pressões externas. Entretanto, esse segredo tem sido amenizado ao longo dos anos. Desde 1992, os textos das decisões do Conselho são publicados, mas não constam o nome e as conclusões do relator. Desde 1995, o Conselho decidiu tornar público o nome dos membros que participaram do julgamento e que deliberaram²⁴². Apesar disso, é impossível conhecer o resultado dos votos, considerado o caráter secreto do procedimento.²⁴³

Apesar do segredo, o procedimento no controle *a priori* tem se tornado cada vez mais contraditório. Assim, recebida a inicial, o Conselho avisa o Presidente da República, o Primeiro Ministro e os Presidentes das assembleias, os quais avisam os seus parlamentares.

O texto criticado diante do *Conseil* é sempre defendido pelo Secretário-Geral do Governo (SGG), qualquer que seja, quer se trate de uma lei de origem parlamentar ou governamental. O Secretário-Geral de Governo formaliza as observações do Governo sobre o objeto do controle, de forma imparcial. De forma que o que se estabelece é um debate jurídico e não uma defesa política da lei.²⁴⁴

De uma maneira informal, procede-se a um contraditório entre as observações apontadas pelo SGG e aquelas dos líderes partidários que propuseram e votaram a lei²⁴⁵.

O Conselho pode determinar a produção de provas que entender necessárias, notadamente aquelas técnicas. As provas, no entanto, são produzidas sem a participação das autoridades envolvidas no processo. Não se admite a intervenção de terceiros, nem *amicus curiae*. Não há audiência na presença das partes e tampouco prazo para razões finais. A sessão de julgamento é secreta. Da sessão de julgamento somente podem participar os membros do Conselho e o Secretário-geral.²⁴⁶

A condição para que a sessão do Conselho seja instaurada é de que exista um quórum mínimo de sete membros (artigo 14, LOCC). Para a decisão de conformidade ou não à Constituição basta a maioria dos presentes (maioria simples). Isso representa uma garantia para a autoridade de suas decisões.²⁴⁷

²⁴¹ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 42.

²⁴² O Conselho constitucional publica suas decisões e as petições das partes no Diário Oficial e no *site* www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁴³ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 40.

²⁴⁴ VERPEAUX, op. cit., p. 60.

²⁴⁵ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 43.

²⁴⁶ COSTA, 2010, p. 175.

²⁴⁷ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 47 ; PASCAL, 2010, p. 188, FAVOREU; MASTOR, 2016, p. 70.

A decisão é uma só. Conhece-se apenas uma motivação: aquela que fundamenta a decisão tomada pelo colegiado. Diferentemente do Brasil, na França nenhum membro do colegiado tem direito de elaborar voto em separado, e os membros ainda tem o dever de não divulgar suas opiniões pessoais a respeito das decisões. Nem é possível saber a identidade e o voto do relator, como antes referido. Para um jurista francês, existe apenas a decisão do órgão colegiado.²⁴⁸

Assim dispõe o art. 3º. *Ordonnance n.º 58-1067 du 7 novembre 1958* (Lei Orgânica sobre o Conselho Constitucional – LOCC)²⁴⁹:

Antes de entrar na função, os membros nomeados do Conseil constitutionnel prestam juramento diante do Presidente da República.
Eles juram bem e fielmente cumprir suas funções, de as exercer com toda imparcialidade no respeito à Constituição, de guardar o segredo das deliberações e dos votos e de não tomar nenhuma posição pública, de não dar nenhuma consulta sobre questões pertencentes à competência do Conseil.

Não pertence à tradição jurídica francesa a publicação de opiniões dissidentes ou separadas, pois isso poderia enfraquecer a autoridade das decisões do Conselho constitucional.

Com a publicação dos principais documentos úteis à compreensão do procedimento (*saisine* e observações do SGG), no Diário Oficial, o público conhece os argumentos de um e de outro. No entanto, a deliberação dos membros do *Conseil* permanece secreta.

Aliás, os juristas franceses repudiam com veemência a ideia segundo a qual a sessão de julgamento possa ser filmada ou fotografada pela imprensa.²⁵⁰ Outra diferença pontual verificada quanto aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que inclusive dispõe de um canal de televisão exclusivo para transmissão de suas sessões de julgamentos (TV Justiça).

Na prática, a decisão do *Conseil* é tomada em alguns dias, ou até mesmo horas, após o pedido oficial. Os prazos para a tomada das decisões são sempre respeitados.

As decisões do Conselho, no controle preventivo, são identificadas principalmente sob a forma “DC”, que significa declaração de conformidade das leis ordinárias, leis orgânicas, tratados e regulamentos das assembleias, à Constituição.

²⁴⁸ COSTA, op. cit., p. 176.

²⁴⁹ No original: Art. 3º LOCC. (al.1) Avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. (al.2) Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil.

²⁵⁰ COSTA, op. cit., p. 176.

A fórmula “DC” é precedida do ano do pedido e do número da decisão, seguido do título do texto sobre o qual foi efetuado o controle – por exemplo: *Décision* n.º 81-132 DC, 16 jan. 1982, *Nationalisations*.²⁵¹

As decisões do Conselho seguem o mesmo estilo das demais decisões judiciais francesas. Após qualificar os autores da ação, são apontadas as normas de referência e as demais normas aplicáveis, indica-se que o relator se pronunciou a respeito do caso e se passa à análise das questões de constitucionalidade. Contrariamente ao estilo dissertativo dos acórdãos no Brasil, segue-se na França, o estilo dos ‘considerandos’, método conciso de motivação das decisões. Para cada questão, realiza-se, primeiro, a exegese das normas aplicáveis, em seguida, interpreta-se a norma controlada e, aplicando as normas constitucionais ao caso, conclui-se pela constitucionalidade ou não da lei. No final da decisão, o dispositivo, sob a forma de artigos, enuncia as regras declaradas contrárias à Constituição, as interpretações conforme e as regras declaradas conforme à Constituição.²⁵²

As decisões no controle *a priori* tendem a ser mais longas que nas decisões do controle *a posteriori*. Isso porque o primeiro se dirige à integralidade da lei; e o segundo, apenas a alguns de seus dispositivos.²⁵³

O conteúdo das decisões do Conselho pode versar sobre: (I) a rejeição da inconstitucionalidade; (II) inconstitucionalidade total ou parcial da lei; e (III) a inconstitucionalidade imediata ou diferida da lei.

No caso de a lei ser declarada conforme à Constituição, o artigo 21 da *Ordonnance* 58-1067, de 1958 (Lei Orgânica do *Conseil constitutionnel*) prevê que tal decisão põe fim à suspensão do prazo de promulgação. Reinicia, portanto, o prazo de quinze dias de que dispõe o Presidente da República para promulgar a lei (artigo 10 da Constituição Francesa). Caso a lei seja declarada não conforme à Constituição, ela simplesmente não poderá ser promulgada.

Não há recurso da decisão do Conselho constitucional que declara a não conformidade da lei com a Constituição. O efeito dessa manifestação será a não promulgação da lei.

A *Ordonnance* 58-1067, de 1958, também prevê que no caso de o Conselho declarar que a lei que lhe foi submetida contém uma disposição que é contrária à Constituição e inseparável do conjunto desta lei, esta lei também não poderá ser promulgada (artigo 21). Os efeitos da decisão dependerão do grau de autonomia do restante da lei com relação à disposição declarada não conforme. Assim, se a parte declarada não conforme à Constituição

²⁵¹ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 49.

²⁵² COSTA, op. cit., p. 176, nota 100 de rodapé.

²⁵³ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 50.

puder ser separada do restante da lei, o Presidente da República pode promulgar a lei sem os dispositivos declarados não conformes, ou ele pede ao Parlamento uma nova votação do texto. Esta última hipótese é muito rara. A nova deliberação do Parlamento pode resultar na rejeição do texto ou na adoção de um novo texto, mas não poderá adotar texto de idêntico teor àquele já declarado inconstitucional pelo Conselho, sob pena de violação à coisa julgada.²⁵⁴

As decisões de inconstitucionalidade total, no controle *a priori*, são raras. O Conselho prefere declarar não conforme apenas parte das disposições da lei ou colocar reservas de interpretação. As reservas de interpretação são utilizadas pelo Conselho constitucional para determinar qual a interpretação que deve ser atribuída à lei para que ela seja considerada conforme à Constituição. As decisões do Conselho são publicadas no Jornal Oficial da República Francesa (*Journal Officiel de la République Française – JORF*) e em se tratando do controle *a priori*, a decisão é publicada no mesmo dia de publicação da lei e com o mesmo número desta.

O Conselho constitucional é acionado, em média, vinte vezes por ano, para a realização do controle prévio de constitucionalidade das leis. Mais precisamente foram: 24 vezes em 2010; 23 vezes em 2011; 17 vezes em 2012, ano de eleições presidenciais e legislativas; 23 vezes em 2013; e 22 vezes em 2014. Independentemente do controle obrigatório, por iniciativa do Primeiro-Ministro, quanto às leis orgânicas e dos presidentes de cada assembleia (Assembleia Nacional e Senado) para os regulamentos, o Conselho é quase unicamente representado pelos deputados ou senadores de oposição. Desde 1959, foram submetidas ao Conselho, leis ordinárias, por iniciativa do presidente da Assembleia Nacional, em quatro ocasiões; pelo presidente do Senado em nove ocasiões; e em dezesseis ocasiões pelo Primeiro-Ministro. Pelo Presidente da República, uma lei ordinária foi submetida ao controle prévio do Conselho, pela primeira vez em 2015, relativamente à Lei de informações, conforme *Décision* 2015-713 DC 23 de julho de 2015.²⁵⁵

As críticas comumente dirigidas a esse tipo de controle²⁵⁶ resumem-se à sua potencial ineficácia. Isso pelo fato de que o acionamento da Justiça constitucional, a depender da iniciativa das autoridades públicas mencionadas, observados prazos peremptórios, em tese, traz o risco de que leis importantes, de constitucionalidade duvidosa, sejam promulgadas sem

²⁵⁴ COSTA, 2010, p. 177.

²⁵⁵ CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 300.

²⁵⁶ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 132; GOMES, Joaquim B. Barbosa. A evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. 2003.

que tal controle seja acionado²⁵⁷. Assim, nele reside o risco de que uma lei, atentatória dos direitos fundamentais, seja promulgada, sem que qualquer dos legitimados apresente contra ela impugnação quanto à sua constitucionalidade. O que ainda é agravado pelo fato de que somente as leis orgânicas submeterem-se ao controle preventivo obrigatório perante o Conselho constitucional. Tudo isso somado ao exíguo prazo de que dispõe o Conselho para apreciar a lei antes de sua promulgação pode contribuir para o déficit imputado ao controle preventivo.

Além disso, há que se considerar ainda que muitas inconstitucionalidades surgem quando da aplicação concreta da lei, não sendo possível prever todas as hipóteses concretas em que tais vícios poderiam emergir. Em todo o caso, a crítica mais contundente sempre foi a de que tal sistema não permite a participação do cidadão ou da sociedade civil organizada no processo de controle preventivo.²⁵⁸

4. O SISTEMA PREVENTIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO NO BRASIL: O CONTROLE POLÍTICO E O CONTROLE JURISDICIONAL

No Brasil, não há autorização constitucional expressa no sentido de se admitir a jurisdição constitucional do processo legislativo, apenas instrumentos de controle preventivo da constitucionalidade das leis, efetivados por órgãos políticos. Não se admite, portanto, o controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade, em abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal. A posição majoritária deste Tribunal, quanto ao controle jurisdicional de projetos de lei, admite apenas um controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional, e somente no caso de ajuizamento de mandado de segurança impetrado por parlamentar (deputado federal ou senador).

Define-se, no sistema brasileiro, controle prévio ou preventivo como aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa impedir a entrada em vigor de atos normativos inconstitucionais. Diz respeito ao momento de realização do controle da constitucionalidade. Já a classificação controle político ou controle jurisdicional se refere à natureza do órgão de controle. Denomina-se político o controle exercido por um órgão

²⁵⁷ Foi o que ocorreu com o novo Código penal e de processo penal francês, a Lei Gayssot, de 1990, sobre a repressão ao racismo, a lei sobre a repressão à homofobia, em 2005. Nenhuma delas, embora importantes e contestáveis, foram submetidas ao exame prévio do Conselho. Seus opositores consideraram que tal recurso seria impopular ou que as soluções possivelmente desencadeadas pelo Conselho, por suas iniciativas, voltar-se-iam contra eles. A exclusividade de um controle prévio, sob iniciativa de autoridades políticas possibilitava que leis inconstitucionais fossem mantidas na ordem jurídica, desde que houvesse um consenso político. (ARDANT; MATHIEU, op. cit., p. 132)

²⁵⁸ GOMES, 2003.

parlamentar, do Poder Legislativo. E jurisdicional, quando esse controle é realizado por órgãos do Poder Judiciário.

Assim, o controle político de constitucionalidade das leis, no Brasil, é exercido tanto de forma preventiva, quanto repressiva. O primeiro constitui atribuição do Poder Legislativo, durante o processo legislativo, por meio de suas comissões temáticas, notadamente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados e do Senado Federal (CCJ)²⁵⁹. O controle preventivo também se manifesta como função do Poder Executivo, na fase constitutiva do processo legislativo, quando da sanção ou veto do projeto de lei, pelo Presidente da República.

Durante o processo legislativo, as comissões parlamentares, que podem ser permanentes ou transitórias,²⁶⁰ realizam um controle extrajudicial da constitucionalidade das leis. Dentre as várias atribuições constitucionais e regimentais destacam-se (1) aprovar e rejeitar, com poder decisório, projetos de lei em geral; (2) estudar e dar parecer sobre as proposições que lhes são submetidas para exame, fornecendo ao Plenário informações técnicas à tomada da decisão final.²⁶¹

²⁵⁹ São atribuições da CCJ da Câmara de Deputados: analisar a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento. [...]

No Senado Federal: art. 97. Às comissões permanentes compete estudar e emitir parecer sobre os assuntos submetidos ao seu exame.

art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; [...]. **§ 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254. § 2º Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício.**

Sobre as Comissões de Constituição e Justiça consultar Regimento Interno da Câmara de Deputados (art. 32, IV) e do Senado Federal (art. 101).

²⁶⁰ As comissões permanentes são aquelas que integram a estrutura institucional da Câmara e do Senado, e são especializadas em determinados assuntos que compõem seu campo temático ou área de atividade. As temporárias são aquelas criadas para desempenhar tarefas específicas, que duram no máximo o período de uma legislatura e podem ter a forma de comissão de inquérito, de comissão especial ou de comissão externa (PACHECO, Luciana Botelho. **Questões sobre processo legislativo e Regimento Interno**. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. p. 18.)

²⁶¹ Regimento Interno da Câmara de Deputados:

Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe: I - discutir e votar as proposições sujeitas à deliberação do Plenário que lhes forem distribuídas; II - discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário, salvo o disposto no § 2º do art. 132 e excetuados os projetos: a) de lei complementar; b) de código; c) de iniciativa popular; d) de Comissão; e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1º do art. 68 da

Às comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara e do Senado Federal são competentes para verificar o aspecto constitucional e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação do órgão legislador respectivo para efeito de admissibilidade e tramitação, visando assim, obstar a tramitação de projetos incompatíveis com a Constituição. O parecer das Comissões, entretanto, não é vinculante, ou seja, não obriga aos demais Poderes, tampouco ao plenário do Legislativo.²⁶²

O Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade preventivo na fase constitutiva do processo legislativo, por meio do veto, nos termos previstos no art. 66 §1º. da Constituição Federal de 1988.

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
 § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

O controle repressivo a cargo do Poder Legislativo (controle político) pode se dar em duas hipóteses: (1) aquela prevista no art. 49 da Constituição de 1988, que atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva de sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Tanto os regulamentos, a serem expedidos pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso IV²⁶³, quanto as leis delegadas, previstas no art. 68, parágrafos 1º. a 3º., da Constituição Federal de 1988²⁶⁴, são espécies normativas que devem ater-se aos limites da lei. Os

Constituição Federal; f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas; g) que tenham recebido pareceres divergentes; h) em regime de urgência;

²⁶² PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

²⁶³ Constituição Federal de 1988:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1?concurso=CFS%20%202018>. Acesso em: 2017).

²⁶⁴ Constituição Federal de 1988:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

regulamentos servem para explicitar o conteúdo das leis, e as leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, nos limites da delegação que lhe conferida pelo Congresso Nacional. Não podem inovar o conteúdo da lei ou extrapolar os limites da delegação. De forma que se isto ocorrer, a Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência de sustar tais atos normativos do Poder Executivo, por meio de decreto legislativo.

A segunda hipótese (2) diz respeito às medidas provisórias editadas com fundamento no art. 62, *caput*, da Constituição Federal²⁶⁵. As medidas provisórias editadas pelo Presidente da República devem ser apreciadas e aprovadas pelo Poder Legislativo, no prazo de sessenta dias, prazo que poderá ser prorrogado uma única vez, sob pena de perder sua eficácia desde a edição.²⁶⁶

De acordo com o art. 62 §5º, as medidas provisórias são objeto de uma análise preliminar acerca do atendimento dos pressupostos constitucionais em cada uma das casas do Congresso Nacional. Além disso, submetem-se à exame por uma comissão mista de Deputados e Senadores, que sobre elas devem emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 62 § 9º).

Assim, o controle de constitucionalidade político, a cargo do Poder Legislativo, pode ser realizado de forma repressiva, pois nessas duas hipóteses, as normas editadas (regulamentos, leis delegadas e medidas provisórias), vigentes e eficazes, são retiradas do ordenamento jurídico, deixando assim de produzirem efeitos, em face da inconstitucionalidade que veiculam.

O controle preventivo da constitucionalidade, em regra, se dá ou por meio do próprio Legislativo ou pelo Executivo. Excepcionalmente, entretanto, esse controle poderá ser feito

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda. (Ibid.).

²⁶⁵ Constituição Federal de 1988: Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Ibid.)

²⁶⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 62[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. [...]

§5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. [...]

§7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. [...]

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988).

pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em virtude de sua competência originária prevista no art. 102, I, alínea ‘d’ da Constituição Federal²⁶⁷.

A posição majoritária do STF ²⁶⁸ defende a possibilidade de controle jurisdicional, no âmbito do processo legislativo, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, fundado em violação a direito público subjetivo, relativamente à regularidade na observância, por parte do Congresso Nacional, das normas constitucionais relativas ao processo legislativo, excluídas as normas regimentais, que são consideradas atos *interna corporis*, interpretadas e aplicadas internamente. ²⁶⁹

Atos interna corporis são aqueles que se referem a funções e competências internas ou corporativas de um determinado órgão ou Poder, relativamente aos quais não há possibilidade de interferência ou controle por um órgão ou Poder externo. ²⁷⁰

De acordo com a posição jurisprudencial externada pela Corte Suprema, no Brasil, a interpretação e aplicação do Regimento Interno das Casas Parlamentares são procedimentos privativos das próprias Casas. Nesse sentido, o controle jurisdicional de regularidade do processo legislativo só pode ser exercido se imediatamente referido a requisitos procedimentais previstos diretamente no texto constitucional (como por exemplo o disposto no art. 60 §4º. Da CF/88), e não simplesmente com base nos referidos Regimentos.

Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, somente nos casos de descumprimento direto das normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo, que os parlamentares teriam legitimação ativa para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que imediatamente descumprissem a Constituição, porque lhes

²⁶⁷ Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal. (Ibid.).

²⁶⁸ Precedentes: MS 20257-2/DF Min Moreira Alves-leading case (julgamento em 08.10.1980); MS 21303-5/DF (AgRg) Ministro Octavio Gallotti(DJ 02 ago 1991); MS 24356-2/DF Ministro Carlos Velloso (DJ 12 set 2003); MS 24041-5/DF Ministro Nelson Jobim (DJ 11 abr 2003); MS24642-1/DF Ministro Celso Mello (DJ 18 Jun 2004); ADI no. 3146-5/DF (DJ, 19 dez 2006)

²⁶⁹ Acerca da impossibilidade de controle de constitucionalidade baseado nas normas regimentais, por se tratar de assunto *interna corporis*, vide Mandado de Segurança STF-no. 20.247-DF; STF Pleno MS22.503-3/DF (Rel. Min Néri da Silveira) e Adin no. 2038-BA-STF-Pleno).

²⁷⁰ PEREIRA, 2012.

assistiria um direito público subjetivo, de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais.²⁷¹

Acerca dos ‘direitos públicos subjetivos’ dos parlamentares ao devido processo legislativo, extrai-se a seguinte passagem do voto do Ministro Celso de Mello, nos autos do Mandado de Segurança no. 24.642-1/DF (DJ, 18 Jun 2004):

Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regedora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na condição de copartícipe no procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica.

A ameaça de lesão acontece durante a produção da lei (processo legislativo) enquanto à lesão ocorre quando da entrada da lei em vigência.²⁷²

Del Negri²⁷³ defende uma releitura constitucional da denominada questão *interna corporis*, não podendo escapar da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º. XXXV CF/88), a partir do instante em que houver afronta aos princípios constitucionais institutivos e informativos do processo (contraditório e da simétrica paridade entre as partes, já que o processo legislativo é mero procedimento e como tal deve observância a tais princípios). Por isso mesmo, o autor defende inclusive a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º. LXX CF/88) por organizações sindicais, entidades de classe ou associações e não apenas mandado de segurança individual por parlamentar.

A desconformidade das normas regimentais, do processo legislativo com a Constituição deve assim possibilitar um controle de constitucionalidade jurisdicional e preventivo, de forma a assegurar a supremacia da Constituição e assegurar a legitimidade da lei. Nesse sentido, o referido autor defende uma mudança de orientação pelo Supremo Tribunal Federal.

O que resta assentado, no entendimento do Supremo Tribunal Federal é a submissão não apenas dos projetos de lei, mas também as propostas de emendas à Constituição (PECs) a esse controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. Se as PECs são destituídas de normatividade e por isso não podem ser objeto de controle concentrado pelo Tribunal, isso

²⁷¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²⁷² DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 165.

²⁷³ *Ibid.*, p. 167-169.

não lhes afasta do controle difuso, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, sempre que elas afrontarem as cláusulas pétreas, previstas no art. 60 §4º. da CF/88²⁷⁴, além das normas constitucionais do procedimento legislativo (art. 59 a 69 da CF/88).

Percebe-se assim, que no sistema constitucional brasileiro, o controle jurisdicional e preventivo da constitucionalidade do processo legislativo somente é admitido na via de exceção (controle difuso), pois ainda não haveria lei, emenda ou ato normativo perfeito e acabado, o que afastaria o controle concentrado.²⁷⁵

Segundo leciona Uádi Bulos:

Enquanto propostas, em fase de elaboração legiferante, as PECs são atos destituídos de eficácia jurídica. Não apresentam cogência. São meros atos infraconstitucionais em processo de feitura. Consequentemente não logram o status de norma constitucional. [...] Despojadas de normatividade, as propostas de emenda constitucional não podem ser fiscalizadas em abstrato, via controle concentrado.²⁷⁶

Nesse sentido traz-se à colação uma passagem do voto do Ministro Néri da Silveira, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 01-7/RJ (DJ, 07 nov. 2003):

Não poderá, nesse caso, o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo, antecipando juízo formal sobre os motivos do veto, acerca de sua procedência ou de sua erronia, ou reconhecer, desde logo, ato abusivo por parte do Executivo, em apondo veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Legislativo, ainda quando se cuide de invocação, pelo primeiro, do fundamento de inconstitucionalidade, pois, nesta última hipótese, a intervenção antecipada do Judiciário se haveria de ter ainda como configurando tipo de controle preventivo de constitucionalidade- eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo-, poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere, de resto, ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado.

No mesmo diapasão, o entendimento do Supremo Tribunal Federal externado pelo Pleno na ADI 466/91/DF²⁷⁷, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

²⁷⁴ Constituição Federal de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

²⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.141. Nesse sentido os precedentes: SS-AgRg 327, Rel. Min Néri da Silveira, DJU 05.06.1992 e STF MS 24643-MC/DF. Rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 10.09.2003, p. 18.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ DJ 10.05.1991

Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam, nem dão margem, ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe-ressalvadas as situações configuradoras omissão juridicamente relevantes- a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo-que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva-, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetido à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação possa derivar, então, a sua introdução fomal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio Texto Constitucional- e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão- que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais e estaduais, já promulgados, editados e publicados.

O exercício da jurisdição constitucional do processo legislativo no Brasil é admitido de forma excepcional, e muito restrita, segundo o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Admitindo-se apenas um controle jurisdicional sobre leis, atos normativos e emendas constitucionais vigentes, momento que se dá após a conclusão do processo legislativo.

Por outro lado, o controle político exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, preventivamente, ou seja, durante o processo legislativo, tem se revelado frágil e ineficaz, diante do crescente número de ações diretas de inconstitucionalidades que são ajuizadas anualmente perante o STF, além das impugnações veiculadas por meio do sistema difuso, via Recursos Extraordinários.

5. DIFERENÇAS PONTUAIS ENTRE OS SISTEMAS DE CONTROLE PREVENTIVO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA FRANÇA E NO BRASIL

A partir das informações assinaladas acima, já é possível traçar algumas diferenças entre os sistemas brasileiro e francês. Vejamos.

No Brasil o controle é qualificado como preventivo porque se dá durante o processo legislativo, e incide sobre projetos de lei, propostas de emendas constitucionais e sobre todas as demais espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Esse controle é obrigatório e é realizado por comissões, permanentes ou temporárias das Casas Legislativas (Câmara de Deputados e Senado Federal). Pode ser também realizado pelo Poder Executivo, por meio do poder de veto, previsto no art. 66 §1º. da Constituição Federal.

Na França, o controle se diz *a priori*, porque ocorre antes do ato de promulgação da lei, pelo Presidente da República. Neste caso a promulgação incide sobre a lei, assim

considerada desde o momento de sua votação e aprovação pelo Parlamento. Esse controle pode ser facultativo ou obrigatório, a depender da espécie de lei a ser submetida ao controle. Como visto anteriormente, controle preventivo é obrigatório quando se tratar de leis orgânicas, propostas de leis referendárias e de regulamentos da Assembleia Nacional e do Senado. Por outro lado, o controle é facultativo quanto aos demais atos normativos (a exemplo das leis ordinárias- e dos compromissos internacionais assumidos pela França). As emendas constitucionais estão excluídas do controle da constitucionalidade na França.

O parâmetro do controle preventivo no Brasil é a Constituição Federal, excluído o seu preâmbulo a quem o STF não reconhece valor constitucional.²⁷⁸

Na França, as normas referenciais incluem além do texto da Constituição Francesa de 1958 (arts 1º a 89), os direitos constantes dos textos referidos no seu preâmbulo, que são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789-DDHC; o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, e a Carta do meio-ambiente 2004-2005.

A legitimidade para requerer a instauração do controle preventivo, na França, é limitada. No caso das leis complementares somente cabe ao Primeiro-Ministro. E nos demais casos, somente às autoridades expressamente arroladas na Constituição Francesa: Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores.

Contrariamente, no Brasil o controle é realizado *ex-officio*, constituindo uma etapa ínsita do processo legislativo.

No Brasil, o controle preventivo é, em regra, político, porque realizado pelos Poderes Legislativo (comissões da Câmara de Deputados e do Senado Federal) e Executivo (Presidente da República). Excepcionalmente, entretanto, poderá ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de sua competência originária, na hipótese de mandado de segurança impetrado por parlamentar (art. 102, I alínea 'd'). Neste último caso será qualificado como controle jurisdicional.

Na França, o controle é jurisdicional, exercido exclusivamente pelo Conselho Constitucional, órgão estranho a estrutura do sistema judiciário francês, porém com atribuições de natureza jurisdicionais.

Enquanto na França o prazo para realização desse controle é estabelecido em um mês, podendo ser antecipado a oito dias, em casos de urgência; no Brasil, o prazo para o controle

²⁷⁸ Não há inconstitucionalidade por violação ao Preâmbulo por si mesmo, o que há é inconstitucionalidade por desconcerto com princípio mencionado pelo Preâmbulo e positivado no corpo da Constituição. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 78)

preventivo, realizado pelas Comissões da Câmara e do Senado é estabelecido em sessões (cinco sessões em matérias em regime de urgência; dez sessões, em regime de prioridade e quarenta sessões quando se tratar de matéria em regime de tramitação ordinária).²⁷⁹

As manifestações (pareceres) das Comissões das Casas Legislativas (Câmara de Deputados e Senado brasileiros) não tem caráter vinculante. Há possibilidade de recurso, das decisões das Comissões acerca da votação de projetos de lei, pelos próprios parlamentares da casa legislativa respectiva, ao Plenário. No caso de parecer terminativo (art. 54 RICD), quando a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) opina pela inconstitucionalidade do projeto e determina seu arquivamento, há possibilidade de recurso ao Plenário (art. 144 da CF/1988). Quando se tratar de parecer conclusivo, opinando pela constitucionalidade do projeto, este segue a sua tramitação, e não há recurso previsto no regimento interno, pois os aspectos acerca da constitucionalidade e juridicidade do projeto poderão ser sempre discutidos quando a matéria chegar ao Plenário.²⁸⁰

Contrariamente, não há recurso da decisão do Conselho constitucional que declara a não conformidade das leis com a Constituição. O efeito dessa manifestação será a não promulgação da lei. Pois como já referido, as decisões do Conselho Constitucional vinculam os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (art. 62 da Constituição Francesa).

O contencioso abstrato das normas sobre o qual se pronuncia o Conselho Constitucional, no âmbito do controle preventivo, inclui o conflito entre diferentes tipos de normas infraconstitucionais e os conflitos entre a Constituição e as normas (legislativas, supralegislativas e quase-legislativas)²⁸¹. No primeiro caso, a decisão do Conselho visa assegurar a divisão de competências entre os Poderes Executivo e Legislativo, estabelecida no texto constitucional, e no segundo, assegurar a supremacia da própria Constituição.

No Brasil, o poder regulamentar do Executivo seguidamente exorbita os limites traçados na lei, ou seja, invade a competência reservada pela Constituição à lei. Tanto que há, no direito brasileiro, uma espécie de controle político, nominado repressivo, exercido pelo

²⁷⁹ Resolução no. 17, de 1989 - Regimento Interno da Câmara de Deputados -art. 52. (BRASIL, 2017).

²⁸⁰ Conforme BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Recurso no. 65/2000.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21972>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

²⁸¹ A denominação de normas legislativas refere-se às leis ordinárias, leis orgânicas (complementares), às leis de habilitação e de ratificação de leis delegadas (*ordonnances*). Normas supralegislativas referem-se aos tratados internacionais e normas do direito comunitário derivado. E normas quase-legislativas são aquelas emitidas pelo Poder Executivo, leis delegadas e as decorrentes do poder regulamentar autônomo (art. 37) (COSTA, 2010)

Congresso Nacional, ao sustar atos normativos do Executivo que exorbitem do seu poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. (art.49, V da Constituição Federal de 1988). Na França, o que ocorre é o contrário. O legislador exorbitando de sua competência, legisla até sobre aspectos que são reservados ao poder regulamentar. Nesse caso, cabe ao Governo requerer ao Conselho Constitucional que faça valer a distribuição de competência prevista pela Constituição. A decisão favorável do Conselho não invalida a lei, apenas limita-se a reconhecer que a lei invadiu a esfera de competência do poder regulamentar autônomo e se procede à deslegalização, ou seja, se atribui à lei, nessa parte, o valor normativo de mero regulamento.

Diferentemente do direito brasileiro, na França o controle preventivo da constitucionalidade dos tratados internacionais não segue o mesmo procedimento previsto para as leis. É que na França, o controle dos tratados busca adaptar a Constituição para que esta se torne compatível com aquele, permitindo sua entrada no direito interno. Além disso, os tratados internacionais, na França, encontram-se em posição hierárquica superior às leis.²⁸²

No Brasil, a incorporação dos tratados internacionais e o status jurídico dessas normas diferenciam-se segundo a própria Constituição Federal de 1988. Em se tratando de tratados internacionais sobre direitos humanos, submetidos a uma aprovação qualificada de 3/5 dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art.5º.º3º.e art.60º2º. da CF/1988), são considerados equivalentes a emendas constitucionais e, assim submetem-se ao controle de constitucionalidade. Aqueles tratados internacionais, mesmo dispondo acerca dos direitos humanos, mas não submetidos a essa aprovação qualificada, detêm status supralegal (supralegalidade=norma acima das leis, mas abaixo da Constituição). E segundo tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343) submetem-se ao controle da constitucionalidade, pois devem respeito ao princípio da supremacia da Constituição. Já os tratados de outra natureza, que não disponham sobre direitos humanos, detêm paridade normativa com as leis ordinárias e portanto, também podem ser objeto de controle da constitucionalidade.²⁸³

Durante o processo de incorporação dos tratados é possível identificar ainda um controle abstrato de caráter preventivo. Assim, o Congresso Nacional aprova o tratado

²⁸² Conforme previsto no art. 55 da Constituição Francesa: Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sem prejuízo, para cada acordo ou tratado de sua aplicação pela outra parte.

No original: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

²⁸³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 661-662; LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 293-294.

mediante a edição de um decreto legislativo (art. 49, I CF/1988). Este decreto legislativo autoriza o Presidente da República a ratificá-lo. Com a promulgação do tratado pelo Presidente da República, por meio de decreto, o tratado pode ser aplicado de forma geral e obrigatória. Esse modelo permite a propositura de ação direta para aferir a constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e a recepção do tratado na ordem jurídica interna sejam obstadas. Isso porque como salientado pelo Ministro Celso de Mello (ADI MC 1480, DJ 26.06.2001) o primado da Constituição, em nosso sistema jurídico é oponível ao princípio do *pacta sunt servanda*, inexistindo, portanto, em nosso direito positivo, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, “cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público”.²⁸⁴

Tanto na França quanto no Brasil o controle preventivo abrange a observância das regras do processo legislativo (iniciativa legislativa, quórum de aprovação etc) e regras materiais de competência dos poderes.

A violação de outras normas constitucionais, diferentes daquelas que regulam o processo legislativo, também se incluem no controle da ação do legislador, na França. Esse controle da adequação, necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito) de uma restrição a um direito fundamental em nome da proteção de outra regra constitucional chama-se controle da proporcionalidade. A especificidade do direito francês reside no fato de que o juiz constitucional se limita a verificar se a restrição imposta pelo legislador, ao direito fundamental não é excessiva ou inadequada em função do objetivo perseguido. Não lhe cabe substituir-se ao legislador e refazer a ponderação de interesses, nem controlar a escolha do objetivo visado pelo legislador.²⁸⁵

No Brasil, a implementação de uma jurisdição constitucional do processo legislativo, permitindo um controle prévio e concentrado dos projetos de lei e demais atos normativos certamente implicaria na redução de demandas questionando a constitucionalidade das leis, sejam aquelas ajuizadas pelo sistema difuso, sejam aquelas ajuizadas via sistema concentrado no Supremo Tribunal Federal. O aperfeiçoamento do sistema de controle preventivo não extinguiria os meios de controle jurisdicional repressivo da constitucionalidade, mas reduziria a necessidade destes.

De fato, poder-se-ia pensar que o princípio da separação dos poderes, erigido em cláusula pétrea pelo art. 60 §4º. da Constituição Federal, impeça a atribuição desse controle

²⁸⁴ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1288-1289.

²⁸⁵ COSTA, 2010, p. 163.

preventivo a um órgão do Poder Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o direito comparado francês, nos fornece um exemplo, passível de ser seguido, atribuindo esse controle a um órgão independente, como o Conselho Constitucional, de natureza política com atribuições jurisdicionais e cujas decisões tem caráter vinculante em relação aos demais poderes do Estado.

O sistema de controle da constitucionalidade *a priori*, adotado na França, apresenta -se em vários aspectos mais eficaz que o sistema brasileiro. Seja porque é atribuído a um órgão distinto dos demais poderes estatais, seja porque impede a entrada em vigor de leis inconstitucionais ou ainda, de forma antecipada, define qual a interpretação deva ser seguida pelos demais poderes, no tocante a uma lei de caráter polissêmico. Embora não seja de observância obrigatória para todas as espécies normativas, já que para algumas, o sistema de controle preventivo adotado na França é facultativo, o controle exercido é mais amplo do que aquele empreendido pelos Poderes Legislativo e Executivo brasileiros.

Além disso, o efeito vinculante das decisões do Conselho Constitucional, também no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade, constitui uma vantagem daquele sistema, sobre o existente no Brasil.

A reestruturação do sistema de controle preventivo da constitucionalidade no Brasil, poderia assim se inspirar no direito francês, que revela, no tocante ao controle de constitucionalidade *a priori* das leis, inúmeras vantagens, conforme sublinhado neste tópico.

6. A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (QPC) E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – *le contrôle a posteriori*

Cientes das insuficiências do controle preventivo de constitucionalidade das leis, e da necessidade de um instrumento mais efetivo de proteção dos direitos e liberdades garantidos pela Constituição, os constituintes franceses decidiram instituir um novo tipo de controle de constitucionalidade, caracterizado por ser *a posteriori* à vigência das leis. Assim, o fizeram a partir da reforma constitucional de 2008, intitulada de “Modernização das Instituições”²⁸⁶.

Dessa maneira, mantendo o sistema de controle preventivo, a França introduz em seu sistema de justiça constitucional, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC).

²⁸⁶ A Constituição Francesa de 1958, denominada Constituição da V República, já foi objeto de 24 (vinte e quatro) revisões. A última, em 2008, proposta ao Parlamento pelo então Presidente Nicolas Sarkozy, seguindo o procedimento previsto no art. 89 da Constituição, tratou da modernização das instituições. Nesse contexto, foi prevista a questão prioritária de constitucionalidade, no art. 61-1 do texto constitucional, mantendo-se o tradicional sistema de controle preventivo, previsto no art. 61 e alíneas. (TOULEMONDE, 2015, p. 34-35)

Pontualmente, a questão prioritária de constitucionalidade permite a qualquer uma das partes em um processo, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, questionar a constitucionalidade de um dispositivo legal, sob o fundamento de que ele atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

A introdução da QPC no direito francês responde a três objetivos, que podem ser assim definidos: 1) dar um novo direito às partes litigantes (*justiciables*) ao lhes permitir fazer valer os direitos e as liberdades que lhes garante a Constituição; 2) excluir da ordem jurídica as disposições inconstitucionais em face dos limites do controle *a priori* das leis; 3) e assegurar, na ordem jurídica interna, a preeminência da Constituição em face do lugar tomado pelo controle da convencionalidade da lei, já que este permite a qualquer juiz, de qualquer instância e jurisdição, afastar a aplicação de uma lei, no caso concreto, sob o fundamento de que ela é contrária aos tratados e compromissos internacionais assumidos pela França.²⁸⁷

O controle da convencionalidade tem por objetivo verificar se as leis nacionais estão em conformidade com os compromissos internacionais assumidos pela França. Esse tipo de controle pode ser feito pelas Cortes superiores, *Conseil d'État* ou à *Cour de cassation*, e pelos juízes das respectivas esferas administrativa e judicial, mas não pelo Conselho constitucional, a quem compete com exclusividade o controle de constitucionalidade das leis.

Além disso, os efeitos das decisões tomadas no âmbito do controle da convencionalidade e da constitucionalidade se diferem. Enquanto no controle da convencionalidade, exercido de forma difusa pelos juízes e Cortes franceses, ocorre o afastamento, no caso concreto (efeitos *inter partes*) da lei considerada contrária aos tratados internacionais, sem qualquer implicação sobre sua existência e validade; no controle da constitucionalidade, exercido de forma concentrada pelo Conselho constitucional²⁸⁸, a declaração de inconstitucionalidade tem como efeito a própria revogação da lei, considerada contrária à Constituição e, portanto, com efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Até 2010, quando da entrada em vigor da QPC, não havia um controle da constitucionalidade das leis aprovadas pelo Parlamento, apenas o controle *a priori*. Por isso, se desenvolveu na França o controle da convencionalidade, ou seja, um controle da

²⁸⁷ LÉVY, David. La question prioritaire de constitutionnalité: de la culture de la loi à la culture de la Constitution. **Regards sur' Actualité**, n. 368, p. 20-35, fev. 2011. p. 30.

²⁸⁸ Somente o Conselho constitucional tem o poder de decidir que uma lei é contrária à Constituição.

conformidade das leis em face das obrigações assumidas em razão de tratados internacionais, notadamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1972, ratificada em 1974.²⁸⁹

Os arts. 54 e 55 da Constituição Francesa de 1958²⁹⁰ preveem que, se um acordo ou tratado internacional for incompatível com a Constituição, não poderá ser ratificado pelo Parlamento sem que a Constituição seja previamente modificada, tornando-a compatível com o acordo ou tratado internacional. Isso fez com que, na prática, os tratados internacionais tivessem, durante muito tempo, primazia à Constituição.

Tal fato provocava, então, um grande paradoxo no sistema jurídico francês: um juiz poderia decidir não aplicar um ato normativo sob o fundamento de que ele seria contrário a um tratado internacional, mas não sob o fundamento de que ele seria contrário à Constituição, ainda que, formalmente, a Constituição estivesse localizada no ápice da pirâmide normativa francesa. Precisavam, os interessados, para esse fim, recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), valendo-se do direito supranacional, para ter reconhecidas as violações a seus direitos.²⁹¹

Essa contradição foi resolvida pela criação da questão prioritária de constitucionalidade.²⁹²

A questão prioritária de constitucionalidade (QPC) foi instituída no sistema constitucional francês pela revisão constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008, para ter vigência a partir do primeiro dia do terceiro mês subsequente à sua promulgação, o que ocorreu em 1º de março de 2010.²⁹³ Assim, ela se encontra expressamente prevista no art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958, atualmente vigente, em que se lê:

²⁸⁹ OSÓRIO, Aline. Jurisdição e Política na França: A questão prioritária de constitucionalidade e o novo modelo de jurisdição constitucional francês. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 584.

²⁹⁰ No original: Art. 54: Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. Tradução livre do art. 54: Se ao Conselho constitucional, acionado pelo Presidente da República, pelo Primeiro ministro, pelo presidente de uma ou outra Assembleia ou por 60 deputados ou por 60 senadores declarou que um tratado internacional comporta uma cláusula contrária à Constituição, a autorização de ratificar ou de aprovar o tratado internacional somente poderá ocorrer após a revisão da Constituição. No original: Art. 55: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. Tradução livre do art. 55: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, sem prejuízo, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte. (FRANÇA, 1958).

²⁹¹ FABRINI, Frederico. Kelsen in Paris: Frances's Constitutional Reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation. **German Law Journal**, v. 9, n. 10, p. 1297-1312, 2008.

²⁹² OSÓRIO, 2015, p. 584-585.

²⁹³ O Conselho constitucional tomou sua primeira decisão no âmbito da QPC em 28 de maio de 2010. Desde então até 1º de março de 2015, em 05 anos, proferiu 395 decisões sobre 465 QPC e ouviu 392 advogados em

Art. 61-1

Quando, durante um processo em curso diante de uma jurisdição, for alegado que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, essa questão poderá ser submetida ao Conselho constitucional mediante reenvio do Conselho de Estado (Conseil d'État) ou da Corte de cassação (Cour de Cassation), que se pronuncia dentro de um prazo determinado.

Uma lei orgânica determinará as condições de aplicação do presente artigo.²⁹⁴

Art. 62- [...] Uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61-1 é revogada a contar da data de publicação da decisão do Conselho constitucional ou de uma data posterior fixada nesta decisão. O Conselho constitucional determina as condições e os limites nos quais os efeitos produzidos pela disposição são suscetíveis de ser questionados.

As decisões do Conselho constitucional não são suscetíveis de nenhum recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.²⁹⁵

A lei orgânica que regulamenta as condições de aplicabilidade do art. 61-1 e, portanto, da QPC, é a Lei Orgânica 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que acrescentou dispositivos à Lei Orgânica (*Ordonnance*) nº. 58-1067, de 07 de novembro de 1958, a qual dispõe acerca do Conselho constitucional, sua organização e funcionamento. Inseriu-se nesta última o capítulo II-bis (seções I a III), que trata especificamente da questão prioritária de constitucionalidade (arts. 23-1 a 23-12).

O controle '*a posteriori*' é cabível quando a lei em vigor, ofender direitos e liberdades garantidos pela Constituição, no bojo de um processo concreto, via QPC.

Anteriormente à introdução da QPC no sistema de controle de constitucionalidade das leis na França, o Conseil constitutionnel teve oportunidade de se manifestar acerca da constitucionalidade de uma lei já em vigor.

Trata-se de um caso, extremamente raro, que ocorre no bojo de um processo abstrato, de controle *a priori*, em que uma lei já em vigor pode ser declarada inconstitucional. Esse

audiências públicas. O ritmo das QPC reenviadas ao Conselho, após um pico em 2010/2011 permaneceu estável, em torno de 70/75 QPC reenviadas em 2012, 2013 e 2014. O prazo médio de julgamento de uma QPC é de dois meses e meio. Em 5 anos, o Conselho julgou 145 disposições legislativas (38% das decisões) parcial ou totalmente contrárias à Constituição, das quais 42 disposições em direito penal. (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 307)

²⁹⁴ No original: Art. 61-1: Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

²⁹⁵ No original: Art. 62: Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

caso pode ser ilustrado na Decisão 187 DC, 25.01.1985 (JORF de 26.01.1985 p. 1137) em que o Conseil constitutionnel afirmou que a regularidade aos olhos da Constituição dos termos de uma lei promulgada pode ser contestada por ocasião do exame de disposições legislativas que modifiquem, completem ou afetem seu campo de aplicação. Assim, na hipótese de se submeter ao controle de constitucionalidade uma lei ainda não promulgada (lei nova) que modifique, complete ou afete o campo de aplicação de uma lei já em vigor, o Conseil constitutionnel analisará a constitucionalidade de ambas.²⁹⁶

Importa mencionar ainda que o *Conseil d'État* efetuava antes da QPC, uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, porém não de leis, mas de atos do Poder Executivo. Esses atos são as leis delegadas (que dispõe sobre matéria de lei mediante prévia autorização do Legislativo) e também aqueles atos decorrentes do poder regulamentar autônomo do Executivo. São os chamados atos quase-legislativos, pois destinados a editar regras gerais e abstratas. Esses atos são objeto de controle abstrato, concentrado e *a posteriori*, por meio de *recours pour excès de pouvoir*, dirigido ao Conseil d'État, que pode resultar em caso de constatação de inconstitucionalidade, na invalidação do ato com efeito *erga omnes e ex tunc*. Constituem exemplo de leis delegadas na França o Code de commerce e o Code du travail (ambos adotados mediante leis delegadas), além do processo civil inteiramente disciplinado por regulamentos autônomos.

Além disso, os atos administrativos adotados pelo Primeiro-Ministro ou pelo Presidente da República (regulamentos de execução de lei) são submetidos a esse tipo de controle, via *recours pour excès de pouvoir*.

Para amenizar os efeitos retroativos da anulação do ato questionado, a jurisprudência francesa admite a modulação temporal. Esse controle *a posteriori* é bastante amplo, pois o juiz conhecerá tanto da inconstitucionalidade decorrente da ofensa aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição (p.ex.declaração de inconstitucionalidade de um decreto por violação a direitos individuais garantidos pela Constituição), quanto de uma ofensa à repartição de competências entre Poder Legislativo e poder regulamentar autônomo (p. ex. usurpação de competência do Poder legislativo pelo Primeiro -Ministro no uso do poder regulamentar autônomo em ofensa ao art. 37 da Constituição Francesa 1958).

²⁹⁶ COSTA (Coord.), 2011. p. 165-166.

6.1 Especificidades do controle a posteriori: concentrado, abstrato e de caráter prioritário

Diferentemente do Brasil, que conjuga os sistemas difuso e concentrado e as técnicas de controle em concreto e em abstrato; a França, com a instituição da QPC, optou por um sistema de controle concentrado e abstrato. Além disso, o controle via QPC, diz-se repressivo ou *a posteriori*, porque é exercido após a promulgação da lei.

Na França, tanto o controle preventivo quanto o repressivo (via QPC) são concentrados, cabendo somente ao Conselho constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei, não podendo nenhum juiz ou Tribunal afastar a aplicação desta, sob o argumento de que ela é inconstitucional. Ambos os controles são abstratos²⁹⁷ e de competência exclusiva do Conselho constitucional.²⁹⁸

Apesar de ser suscitada no curso de um processo, de forma incidental, a QPC se destaca como uma verdadeira ação autônoma, que chega ao Conselho após passar pelos juízos de admissibilidade das instâncias judiciárias ou administrativas inferiores e superiores (*Cour de cassation e Conseil d'État*). Na QPC, o Conselho constitucional somente analisa a disposição legislativa atacada, e não os fatos. Em outras palavras, somente será objeto de exame o texto da lei, ou mesmo a interpretação jurisprudencial que lhe é conferida.

Em um primeiro aspecto, no que concerne à ordem jurídica nacional, o caráter prioritário significa que, considerando os inúmeros incidentes processuais possíveis no curso normal de um procedimento, a QPC deve seguir um procedimento autônomo e rápido. A questão é prioritária, isso quer dizer que deve ser tratada de forma prioritária. Desde o momento em que é posta, ela se desprende da questão de fundo (mérito) para seguir um procedimento autônomo.

Uma ação principal pode comportar várias ações incidentais, ou reconventionais, intervenções de terceiros interessados, questões prejudiciais que demandem a manifestação de outro juiz, nacional ou supranacional. Por isso, a lei orgânica de nº 2009-1523, que trata do procedimento da QPC, expressamente prevê um procedimento rápido. Assim, a expressão

²⁹⁷ A doutrina francesa sustenta a natureza abstrata do controle de constitucionalidade exercido, tanto preventivamente, quanto pela via da QPC. Nesse sentido, TÜRK, 2016, p. 101. e ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 142. RRAPI, Patricia. Le controle abstrait de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations. *Revue des Droits d'Homme*, n. 9, mar. 2016. Disponível em <<http://revdh.revues.org/2060>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

²⁹⁸ Quanto à ideia disseminada segundo a qual a QPC tornaria inúteis as ações parlamentares preventivas (art. 61 da Constituição Francesa), ela é falsa. Não é por razões jurídicas que os eleitos se dirigem ao Conselho constitucional, mas por motivos políticos que não tem nenhuma razão de desaparecer; e o número de ações parlamentares não tem, aliás, de modo algum diminuído desde a QPC. (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 308)

sans délai, constante do art. 23-2, significa *sem demora*. Ou seja, o juízo, perante o qual foi proposta a QPC, deve apreciar, dentro de um prazo razoável, consideradas as características do caso concreto, se estão presentes as três condições de admissibilidade. Na prática, apresentada a QPC em petição escrita, motivada e separada, procede-se à intimação das outras partes, inclusive do Ministério Público para se manifestar, também em um prazo breve, antes que o juiz decida se transmitirá ou não a QPC ao *Conseil d'État* ou à *Cour de cassation*.

A prioridade significa, nesse sentido, que a QPC será decidida antes de todas as outras questões de mérito, mas não antes de questões preliminares de incompetência, desistência, ausência das condições da ação (*irrecevabilités*)²⁹⁹. Decidida a sua transmissão ao *Conseil d'État* ou à *Cour de cassation*, essas Cortes superiores têm um prazo de três meses para decidir sobre o reenvio ao Conselho constitucional e no silêncio destas a QPC é automaticamente reenviada. (arts.23-4 e 23-7³⁰⁰) Apesar de o Conselho constitucional dispor de um prazo de até três meses para decidir a QPC, o que se tem visto até aqui é que dois meses e meio têm sido suficiente para fazê-lo.³⁰¹

Assim, em sete ou oito meses, frequentemente em quatro ou cinco, a questão é decidida. Isso é muito rápido se comparado ao Brasil, por exemplo, onde uma decisão a respeito da constitucionalidade de uma norma pode levar mais de 10 anos.³⁰²

Em um segundo aspecto, a prioridade significa que, caso o jurisdicionado alegue que uma determinada disposição legislativa viola, simultaneamente, os direitos e as liberdades que a Constituição garante (controle da constitucionalidade) e os compromissos internacionais assumidos pela França (controle da convencionalidade), o juízo perante o qual foi suscitada a QPC deverá se pronunciar primeiramente sobre a admissibilidade da QPC. Apenas, caso a

²⁹⁹ *Irrecevabilités* significa ausência das condições de agir: legitimidade ativa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. (CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**. 10. ed. Paris: PUF, 2015. p. 574)

³⁰⁰ LO 2009/1523 No original: Art. 23-4. – Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au *Conseil constitutionnel*. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Art. 23-7. – La décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au *Conseil constitutionnel*. La décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

³⁰¹ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015, p. 68.

³⁰² Em recente balanço acerca das ações de inconstitucionalidades julgadas pelo STF, no ano de 2015, das 69 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), 17 ações analisadas no mérito foram protocoladas ainda na década de 1990. Outras 13 foram encaminhadas ao STF entre os anos de 2000 a 2005. Das 68 normas julgadas em 2015, 48 delas foram editadas há mais de 15 anos. (ANUÁRIO DA JUSTIÇA BRASIL: CONJUR, p. 92-95, 2016).

QPC não seja admitida, ou caso seja julgada improcedente pelo Conselho constitucional, o juiz do litígio poderá proceder ao controle da convencionalidade do ato normativo questionado³⁰³.

Nesse sentido, dispõe a lei orgânica 2009-1523, no art. 23-2 alínea 4:

Art. 23-2 [...]

Em qualquer caso, quando a conformidade de um dispositivo legal face aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição e face aos compromissos internacionais assumidos pela França for questionada perante uma Corte, a Corte deverá, em primeiro lugar, decidir acerca da transmissibilidade do pedido de controle da constitucionalidade ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação.³⁰⁴

Para Roussillon e Esplugas-Labatut, o objetivo de tais medidas é garantir o respeito à Constituição e recolocá-la no topo da ordem jurídica interna. A prioridade pode ser percebida como a expressão de um *nationalisme juridique*.³⁰⁵

Ao jurisdicionado caberá escolher uma via ou outra, a depender de seus interesses, sendo possível a utilização de ambas, simultaneamente, caso em que o controle da constitucionalidade terá prioridade, ou seja, será realizado antes do controle da convencionalidade. Caso a QPC seja julgada procedente, e a norma impugnada declarada inconstitucional, o controle da convencionalidade perderá seu objeto. Na hipótese contrária, declarada constitucional à norma impugnada, o jurisdicionado poderá se valer do controle da convencionalidade para afastar a sua aplicação no caso concreto. Dessa forma, tais controles são percebidos como complementares e não excludentes.³⁰⁶

O caráter de prioridade da questão não significa prevalência em face do direito da União Europeia (supranacional). Tal discussão foi levada à Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) em resposta a um questionamento da *Cour de cassation*, tendo aquela se manifestado no sentido de que todo juiz, perante o qual é proposta a QPC, pode adotar as medidas provisórias ou conservatórias necessárias para suspender imediatamente os efeitos da lei incompatível com os tratados internacionais e europeus aos quais a França está submetida. Além disso, o próprio Conselho constitucional acrescentou que a QPC não impede as

³⁰³ OSÓRIO, 2015.

³⁰⁴ Loi organique 2009/1523 No original: Art. 23-2: [...] En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d' une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d' État ou à la Cour de cassation.

³⁰⁵ Tradução livre: nacionalismo jurídico. (ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 137).

³⁰⁶ OSÓRIO, 2015, p. 586.

jurisdições administrativas e judiciais de acionar a CJUE sobre uma questão prejudicial acerca da interpretação de um ato da União Europeia.³⁰⁷

6.2. Os atos normativos sujeitos ao controle a posteriori

Submetem-se ao controle a *posteriori* todas as disposições legislativas: leis ordinárias (atos normativos que prescrevem regras e princípios e que obedecem a um procedimento legislativo normal), leis orgânicas (aquelas que, previstas na Constituição, destinam-se a complementar suas disposições), os atos normativos editados pelo Executivo em razão de delegação legislativa (*ordonnances*) que tenham sido ratificados pelo Parlamento³⁰⁸ e as leis da Nova Caledônia.³⁰⁹

Incluem-se dentre essas disposições legislativas aquelas anteriores à entrada em vigor da Constituição Francesa de 1958³¹⁰, e, portanto, anteriores à própria criação do Conselho constitucional; as leis anteriores a 1971, quando as normas de referência do controle foram ampliadas³¹¹, e também as anteriores a 1974, quando a legitimidade ativa para contesta-las perante o Conselho foi estendida. Trata-se, assim, de um amplo estoque legislativo, passível de ser questionada agora pela via da QPC.

Excluem-se desse controle as *ordonnances* que não tenham sido ratificadas pelo Parlamento, as leis referendárias (são leis que não são aprovadas pelo Parlamento, mas por referendo popular, conforme art. 11 da Constituição Francesa), as leis constitucionais (que se destinam a modificar a Constituição e submetem-se a um procedimento legislativo específico - art. 89 da Constituição Francesa), os regulamentos das assembleias (Assembleia Nacional e Senado), os tratados internacionais (inclusive as leis que autorizam a ratificação desses tratados), os decretos, os mandados ou decisões individuais, pois se caracterizam como atos de natureza essencialmente administrativa.

³⁰⁷ LEVADE, A. Priorité n'est pas primauté ou comment articuler controle de constitutionnalité et controle de conventionalité. *Constitutions Revue*, 2010, p. 229.

³⁰⁸ Na França o Parlamento é composto por duas câmaras: Assembleia Nacional e Senado.

³⁰⁹ TÜRK, 2016, p. 75; OSÓRIO, op. cit., p. 574.

³¹⁰ Diferentemente do Brasil, em que as leis anteriores à Constituição de 1988, e contrárias a esta, são consideradas como não recepcionadas. Optou-se, assim, no direito brasileiro pela revogação dessas normas e não pela inconstitucionalidade.

³¹¹ Ou seja, quando foram consideradas normas referenciais o preâmbulo da constituição de 1958 e os textos legislativos ali referidos.

Nas suas Decisões – de nº. 2010-39 QPC, de 06 de outubro de 2010, e de nº 2010-52, de 14 de outubro de 2010 –, o Conselho passou a admitir como objeto de uma QPC a interpretação jurisprudencial conferida a uma disposição legislativa³¹².

Nesse sentido, têm-se as observações apontadas por Osório:

Quando o constituinte permitiu que o controle da constitucionalidade fosse exercido em face de uma lei promulgada, ele admitiu que o exame da compatibilidade com a Constituição fosse feito não apenas com a letra fria da lei, mas com o seu sentido tal como aplicado (interpretado) pelos juízes. Isso é o que distingue essencialmente o controle preventivo do repressivo [...]. A QPC não seria um verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais caso ela não analisasse a lei tal como interpretada pela jurisprudência.³¹³

Nessa perspectiva, o Conselho constitucional tem sublinhado³¹⁴ que, em sendo proposta uma questão prioritária de constitucionalidade, todo litigante tem o direito de contestar a constitucionalidade do alcance efetivo que uma interpretação jurisprudencial confere à disposição legislativa³¹⁵.

A incompetência negativa do legislador (o que no Brasil se reconhece por inconstitucionalidade por omissão) também pode ser alegada no âmbito de uma QPC. A *incompétence négative* resta configurada no direito constitucional francês, quando o legislador não exerce a competência que lhe é atribuída pela Constituição e se reporta a outras autoridades, delegando a estas a tarefa de fixar as regras que ele deveria adotar. Nessas hipóteses, somente pode ser invocada no âmbito de uma QPC, no caso de a *incompétence négative* do legislador afetar um direito ou uma liberdade que a Constituição garante.³¹⁶

Em síntese, pode ser objeto de uma QPC: a conformidade de uma ou várias disposições de conteúdo legislativo, que não seja de origem referendária; disposições legislativas tal como interpretadas pelos juízes administrativos (instâncias submetidas ao

³¹² Acerca do tema, ver BÉAN-LONG, Jean. Le controle de l'interprétation jurisprudentielle constante em QPC. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 105, p. e1-e28, 2016.

³¹³ OSÓRIO, 2015, p. 574.

³¹⁴ Decisão 2010-39 QPC de 06 de outubro de 2010 e Decisão nº 2010-52 QPC, de 14 outubro de 2010, considerando nº 04. (CARCASSONNE; DUHAMEL, DUFFY, 2015, p. 87)

³¹⁵ A *Cour de cassation*, inicialmente, apresentou uma visão mais restritiva quanto à possibilidade de uma interpretação conferida a uma disposição legislativa ser objeto da QPC. Sua jurisprudência parece ter evoluído, já que ela tem aceitado reenviar uma QPC que trata sobre uma interpretação jurisprudencial sobre uma disposição legislativa, para julgamento pelo Conselho constitucional (Crim. QPC 05 oct 2010, no. 10-83.090) (Ibid., p. 88)

³¹⁶ Nesse sentido, a Decisão nº 2010-5 QPC, 18.06.2010, GDCC, nº 19; Decisão nº. 2014-393 QPC de 25.04.2014 do Conselho constitucional: o desconhecimento pelo legislador de sua competência na determinação das condições essenciais de organização e do regime interior dos estabelecimentos penitenciários priva de garantias legais o conjunto de direitos e liberdades constitucionalmente garantidos em relação aos quais se beneficiam os detentos nos limites inerentes à detenção -art. 728 do Código de processo penal contrário à Constituição. (FAVOREAU et al., 2016, p. 356-357)

Conseil d'Etat) e judiciários (instâncias submetidas à *Cour de Cassation*), desde que elas não tenham sido já declaradas formalmente conformes à Constituição³¹⁷; e, no entender da *Cour de Cassation*, que elas não tenham sido revogadas.³¹⁸

6.3. Procedimento da QPC: proposição, admissibilidade, transmissão e julgamento

Quem propõe a QPC é o litigante, a parte na ação [*justiciable*], qualquer que seja a sua participação no processo (autor, réu, interveniente). Essa questão deve ser suscitada no processo em que participam os litigantes, e não em qualquer processo. Todos os litigantes, inclusive o Ministério Público, podem propô-la.

A *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) não é franqueada a qualquer cidadão. A própria Constituição não a coloca como um direito aberto a todo cidadão, mas um direito aberto ao litigante, às partes em um processo em concreto. Pouco importa que o litigante seja francês ou estrangeiro, que ele seja demandante, demandado, ou interveniente, somente é considerada sua condição de parte processual.³¹⁹

O procedimento da QPC encontra-se regulado pela Lei Orgânica sobre o Conselho constitucional (*Ordonnance* n.º. 58-1067/1958), com as alterações promovidas pela Lei orgânica 2009-1523, de 10.12.2009, que lhe acrescentou o capítulo II-bis: *De la question prioritaire de constitutionnalité*, e pelo Regulamento interno do Conselho constitucional, de 04.02.2010.

O fato é que para a aplicação da QPC exige-se um processo (administrativo ou judicial) em curso.³²⁰ A QPC pode ser proposta a qualquer momento durante o processo, no início ou no curso deste; perante a primeira instância, o juízo ordinário (juízo da causa) da Justiça comum ou do contencioso administrativo; ou em segunda instância, diretamente ou em sede de apelação, perante a *Cour de Cassation* ou *Conseil d'État* (instâncias finais nas respectivas áreas judiciária e administrativa).³²¹ Não poderá ser suscitada diretamente perante o Conselho constitucional. Em outras palavras, o litigante não tem acesso direto ao Conselho.

³¹⁷ O Conselho constitucional dispõe de um rol de disposições legislativas já declaradas conforme a Constituição (DC) desde 1959. Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr. Acesso em julho de 2016.

³¹⁸ A *Cour de cassation* recusa-se a reenviar a QPC que trata de disposições já revogadas, mas que continuam a produzir efeitos sobre processos passados. Isso porque, no entender dessa Corte, se a finalidade da QPC é a revogação da lei atentatória aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição, não se poderia revogar uma disposição já revogada. (CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015, p. 90).

³¹⁹ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015.

³²⁰ Na França, existe uma dualidade de jurisdições: administrativa, cuja instância última é o *Conseil d'État*, e judicial, cuja instância superior é a *Cour de cassation*.

³²¹ Salvo em relação à matéria criminal, em que nenhuma QPC é recebível diante da primeira Corte, a *Cour d'assises*. (CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, op. cit., p. 47). A *Cour d'assises* é a jurisdição competente

A QPC deve ser apresentada em petição escrita, apartada e motivada (art. 23-1).³²² Deve estar separada das demais peças processuais, pelo seu caráter prioritário e devido aos prazos a que está submetida. A motivação é necessária para permitir a verificação pelo juízo quanto ao atendimento dos requisitos de admissibilidade. Embora o art. 61-1 da Constituição Francesa fale em « *une disposition législative* », é permitido que, em uma mesma QPC, possam ser contestadas várias disposições legislativas que formem, entre elas, um conjunto lógico.³²³

Os requisitos de admissibilidade, a serem aferidos pelo juízo perante o qual a QPC é proposta, são três:³²⁴ (1) que a lei questionada seja aplicável ao litígio ou ao procedimento, ou constitua o fundamento da ação; (2) que a disposição legislativa não tenha sido declarada conforme à Constituição pelo Conselho constitucional, tanto quanto aos motivos, quanto ao dispositivo da decisão, salvo se houver mudança das circunstâncias (caso em que o Conselho poderá ser acionado novamente); 3) que a questão não seja desprovida de caráter sério.

Quanto ao primeiro requisito, a lei orgânica 58-1067/1958 (art. 23-2) exige que a disposição contestada seja aplicável ao litígio, o que deixa uma grande margem de apreciação pelo juízo de origem (juízo *a quo*), e que não significa necessariamente que a disposição contestada seja determinante para o resultado do processo, bastando que seja aplicável ao litígio.³²⁵

Para o *Conseil d'État*, é necessário que a lei questionada seja aplicada à situação originária do litígio ou que a disposição seja criticada com fundamento no princípio da

para julgar pessoas acusadas de cometer crimes de natureza grave, como homicídios, roubos, dentre outros. (OSÓRIO, 2015, p. 575)

³²² Art.23-1 Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis. Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie. Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation.

³²³ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, op. cit., p. 81.

³²⁴ Art 23-2 da Lei orgânica 58-1067 de 07 de novembro de 1958, sobre o Conselho constitucional, acrescentado pela Lei orgânica 2009-1523 de 10.12.2009, relativa à aplicação do art.61-1 da Constituição Francesa: “La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d' Etat ou à Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies: 1°.La disposition contestée est applicable au litige au à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites; 2°. Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d' une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;3°. La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux”.

³²⁵ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 128.

igualdade, quando ela não se aplica à situação de origem do litígio.³²⁶ A *Cour de cassation* adota, por sua vez, uma posição mais restritiva da noção de disposição aplicável ao litígio, pois ela analisa como uma disposição em nome da qual o litígio deva ser decidido. Ela rejeita o meio fundado no fato de que a disposição é contrária ao princípio da igualdade, quando ela não se aplica ao caso em espécie.³²⁷

Outra condição posta pela *Cour de cassation* é a de que a disposição contestada constitua o fundamento das *des poursuites* (ações penais). Isso expressa a inclusão da matéria penal no âmbito da QPC. Essa condição, aplicável à matéria penal é então mais restritiva do que o simples fato de que a disposição contestada seja aplicável ao litígio.

O Conselho constitucional, não sendo o juiz do litígio (*a quo*), por sua vez, não tem competência para apreciar o critério de aplicabilidade ao litígio³²⁸.

O segundo requisito é que a disposição, cuja constitucionalidade está sendo contestada, não tenha sido declarada conforme a Constituição pelo Conselho constitucional, nos motivos e também no dispositivo da decisão do Conselho, salvo se houver mudança das circunstâncias. Isso inclui tanto as decisões do Conselho tomadas no âmbito do controle *a priori* (art. 61 da Constituição Francesa) quanto aquelas proferidas no âmbito do controle *a posteriori* (art. 61-1 da Constituição Francesa). Nesse sentido, dispõe o Conselho constitucional, em seu *site*³²⁹, um inventário exaustivo, atualizado, da totalidade das disposições legislativas assim declaradas conforme (DC) desde 1959.³³⁰

A modificação das circunstâncias, aptas a justificar um novo exame, inclui as circunstâncias de fato ou de direito. A modificação das circunstâncias de direito significa a modificação da lei (ou seja, esta já não é mais a mesma e pode ser novamente contestada), o que pode igualmente resultar de uma evolução jurisprudencial e também de uma revisão constitucional.

Já a modificação das circunstâncias de fato é mais delicada, pois o controle desencadeado por uma QPC é, em princípio, um controle objetivo, desconectado das circunstâncias de fato. Entretanto, uma modificação dessas circunstâncias pode conduzir a

³²⁶ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015 p. 49.

³²⁷ *Ibid.*, p. 49-50.

³²⁸ Assim decidiu o próprio Conselho, que este critério de que a disposição contestada constitua fundamento das ações penais deve ser objeto de apreciação pelas Cortes supremas de reenvio (Decisão nº 2010-1 QPC, 28 maio 2010), desde que as disposições transmitidas sejam efetivamente contestadas pelos requerentes - Decisão 2010-81 QPC, 17 dezembro 2010 (ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 128)

³²⁹ Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr. Acesso em: 03 de julho 2016.

³³⁰ A sigla DC é a forma de identificação das decisões do Conselho tomadas no âmbito do controle *a priori*, e significa “declaração de conformidade”. A ordem de identificação da decisão é a seguinte: ano da ação [saisine]- no. Decisão, DC, título do texto sobre o qual incide o controle. Por exemplo: *Décision 93-325 DC, 13 août 1993, Maitrise de l’immigration*.

uma nova consideração sobre a constitucionalidade de uma lei, em razão, por exemplo, da evolução de técnicas ou costumes, a exemplo da modificação da percepção da liberdade de comunicação pela internet³³¹.

O terceiro requisito diz respeito à seriedade da questão. O caráter de seriedade serve para desencorajar procedimentos inconsistentes e meramente dilatórios. Essa apreciação, na prática, depende da subjetividade do juiz, e pode conduzir a um verdadeiro pré-julgamento da constitucionalidade da lei, o que é uma verdadeira revolução considerando a tradição jurídica francesa, avessa ao controle das leis pelo Judiciário.³³²

Presentes as três condições de admissibilidade, o juízo da causa transmitirá a questão à jurisdição suprema no âmbito da sua competência, *Conseil d'État*, em se tratando de jurisdição administrativa ou à *Cour de Cassation*, jurisdição judicial. Enquanto isso, a decisão sobre o mérito da ação (questão de fundo) fica suspensa até que, sendo admitida pelo *Conseil d'État* ou pela *Cour de Cassation*, a QPC seja reenviada ao Conselho constitucional e este decida, em definitivo, sobre a questão suscitada.

A decisão de mérito no processo fica suspensa, porém é possível o prosseguimento da instrução processual, sendo admitido inclusive que o juízo decida sobre medidas conservatórias e assecuratórias que entender necessárias. Em casos de privação da liberdade do jurisdicionado, ou em casos de comprovada urgência, o juiz poderá decidir o caso antes do julgamento da QPC.³³³

Caso o juízo entenda pela não admissibilidade da QPC, tal decisão não será imediatamente recorrível, podendo ser levantada por ocasião da interposição de recurso de apelação ou cassação, em face da decisão final do litígio, emitida por esse juízo.³³⁴

³³¹ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 130.

³³² *Ibid.*, p. 131.

³³³ Lei Orgânica 58-1067/1958. No original: Art. 23-3: Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du *Conseil constitutionnel*. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

³³⁴ Lei Orgânica 58-1067/1958. No original Art. 23-2: [...] La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

No caso da apresentação pela primeira vez, diretamente à *Cour de Cassation* ou ao *Conseil d'État*, não haverá a transmissão, somente, se for o caso, a remessa/reenvio ao Conselho constitucional.

Todo o juiz perante a instância na qual é suscitada é competente para transmiti-la às Cortes superiores (*Cour de Cassation* ou *Conseil d'État*). Tratando-se de uma questão de inconstitucionalidade, ele não pode decidir, deve transmitir a questão para ser decidida pelo Conselho constitucional. Nesse sentido, deve concebê-la como uma ação e não como uma exceção, pois se fosse uma exceção de inconstitucionalidade, o juiz ordinário mesmo poderia decidi-la, já que o juiz da ação é igualmente o da exceção.³³⁵

A inconstitucionalidade, por outro lado, não pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz,³³⁶ por razões de ordem técnica e política. Tecnicamente, porque, se o autor desistir da ação antes da QPC ser reenviada ao Conselho constitucional, a QPC é extinta. Um questionamento oportuno seria então o de como ficaria, caso em que o juiz pudesse levantá-la de ofício? Dificuldades políticas adviriam se fosse permitido ao próprio juiz contestar as leis. Suas apreciações, exercidas para esse fim, poderiam colocar em risco sua neutralidade.³³⁷

A partir das informações elencadas, é oportuno destacar que a QPC somente pode ser proposta perante jurisdições abrangidas pela *Cour de Cassation* ou *Conseil d'État*. Todos aqueles órgãos que não são verdadeiras jurisdições, embora possam tomar decisões equivalentes a uma sentença [*verdict*] – tais como autoridades administrativas independentes, jurisdições arbitrais – não têm autoridade para recebê-la, nem para transmiti-la.³³⁸

6.3.1 O procedimento perante o *Conseil d'État* e à *Cour de Cassation* - Cortes superiores

A *question prioritaire* também pode ser suscitada diretamente perante as Cortes superiores, o *Conseil d'État* ou a *Cour de Cassation*. Em todos os casos, seja diretamente, seja por via do juízo de origem do litígio (*a quo*), quando a QPC apontar nas Cortes superiores, estas realizarão um novo exame sobre os requisitos de admissibilidade. Denomina-se esse mecanismo de duplo filtro³³⁹.

³³⁵ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015.

³³⁶ Art. 23-1: Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

³³⁷ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015, p. 42-43.

³³⁸ Ibid., p. 47.

³³⁹ O mecanismo do duplo filtro visa a evitar que o Conselho constitucional fique sobrecarregado, caso várias questões prioritárias de constitucionalidade, inclusive sobre matérias repetitivas e sem relevância, viessem a

Assim, não se permite que os juízes das instâncias inferiores recorram diretamente ao Conselho constitucional. Somente os juízes da *Cour de cassation* ou do *Conseil d'État* podem fazê-lo (o reenvio), mas, para tanto, deverão verificar a seriedade da questão posta na QPC.

Se, por um lado, esse mecanismo de duplo filtro (duplo juízo de admissibilidade pelo juízo do litígio e pelas Cortes superiores) é visto de forma crítica por alguns, por outro lado ele permite que o *Conseil d'État* e a *Cour de cassation* participem da formação da jurisprudência do Conselho constitucional.³⁴⁰

A *Cour de cassation* é representada duas vezes mais de QPC que o *Conseil d'État*, porém os reenvios são em menor número que os do *Conseil d'État*. A apreciação do caráter sério da QPC é determinante para a definição do papel do juiz constitucional e das jurisdições supremas. Cerca de 80% das decisões de não reenvio portam sobre a falta do caráter sério ou novo da questão posta. A condição relativa ao caráter sério da questão é a que confere maior margem de apreciação pelo juiz do filtro.³⁴¹

A originalidade do sistema francês de justiça constitucional, em matéria de QPC, foi ter instituído o mecanismo do duplo filtro.³⁴² O exame do caráter sério não é de mesmo teor segundo seja exercido pelas jurisdições du fond³⁴³ ou pelas jurisdições supremas. O exame destas é supostamente mais intenso do que o daquelas.

A apreciação do caráter sério da QPC pelas Cortes supremas constitui, na prática, uma forma de controle de constitucionalidade.³⁴⁴

As jurisdições supremas recorrem aos precedentes em se utilizando da jurisprudência do *Conseil constitutionnel*. Elas não hesitam em argumentar, com base na analogia, e a transpor a casos novos, a jurisprudência do *Conseil constitutionnel*. Além disso elas procedem regularmente a uma apreciação das mesmas condições de violação a um direito fundamental: a violação/o atentado é justificado? Proporcional? Razoável? em consideração a diferentes

ser apresentadas junto ao Conselho; e também para impedir que o juízo de primeira instância se utilize da QPC apenas como forma de contestar a jurisprudência das Cortes superiores. (OSÓRIO, 2015)

³⁴⁰ FABRINI, 2008.

³⁴¹ FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. L'appréciation, par les cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité. In: CARTIER, Emmanuel; GAY, Laurence; VIALA, Alexandre. **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne. 2015. p. 29-42

³⁴² Ibid., p. 29-42.

³⁴³ A expressão 'juges du fond' deve ser entendida em oposição às Cortes supremas. Significa todas as jurisdições das duas ordens: judiciária e administrativa, que não o *Conseil d'État*, a *Cour de cassation* assim como o *Conseil constitutionnel*, que não pertence a nenhuma dessas duas jurisdições. Portanto o vocábulo 'juge du fond' corresponde a uma multiplicidade de jurisdições, de ordem administrativa e judiciária, de primeira instância ou de apelação. (SAVONITTO, Florian. L'appréciation, par les juges du fond, du caractère sérieux de la QPC. In: CARTIER, Emmanuel; GAY, Laurence.; VIALA, Alexandre. **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne. 2015. pp.15-42)

³⁴⁴ FATIN-ROUGE STÉFANINI, 2015, p. 31.

interesses, direitos e até mesmo princípios ou objetivos constitucionais em jogo? Perquirem se outras garantias são previstas por outros textos legislativos para eventualmente compensar a constitucionalidade duvidosa da disposição contestada. Não há dúvidas, portanto, que um controle ‘desconcentrado’ de constitucionalidade das leis é exercido quando do exame do caráter sério da questão posta.³⁴⁵

Os juízes do filtro tornaram-se de fato, juízes constitucionais de direito comum. Seu ofício somente difere daquele do *Conseil constitutionnel* no fato de que o exercício dessa competência se limita ao âmbito da QPC no que concerne às leis e que eles não têm o poder de sanção de que dispõe o *Conseil constitutionnel*, no sentido que eles não podem censurar uma lei de inconstitucional. O *Conseil constitutionnel* conserva o monopólio da censura, mas perde seu papel de principal intérprete da Constituição.³⁴⁶

A margem de apreciação discricionária deixada às jurisdições supremas na apreciação do caráter sério da QPC fragiliza ao mesmo tempo a Constituição, já que favorece uma multiplicidade de interpretações jurisprudenciais, e fragiliza o direito dos litigantes de acesso ao juiz constitucional para defender seus direitos fundamentais. Particularmente porque as jurisdições supremas têm o controle da contestação da sua própria jurisprudência, já que elas privam os litigantes, no caso de uma decisão de não reenvio, de um recurso ao *Conseil constitutionnel*.³⁴⁷

Na França, essa transformação do controle de admissibilidade (recebimento da QPC) em controle de constitucionalidade ‘desconcentrado’ é gerado pelas próprias jurisdições supremas. Mas tal fato parece não incomodar o *Conseil constitutionnel*, que está satisfeito com o filtro operado por elas.

As Cortes superiores (*Conseil d’État* e a *Cour de cassation*) dispõem de um prazo de três meses para decidir acerca da admissibilidade da QPC e de seu reenvio ao Conselho constitucional. Caso contrário, a questão é submetida automaticamente ao Conselho. Tal decisão é irrecorrível. Isso porque, se fosse admitida a recorribilidade de tais decisões, a competência para julgar o recurso seria atribuída ou ao Conselho – hipótese em que o mecanismo de filtragem se tornaria inútil, e não impediria o acúmulo de processos junto ao Conselho; ou para a própria Corte superior que proferiu a decisão, o que também redundaria na inutilidade do recurso, pois tais Cortes dificilmente reformariam suas decisões.³⁴⁸

³⁴⁵ Ibid., p. 38.

³⁴⁶ Ibid., p. 38.

³⁴⁷ Ibid., p. 38.

³⁴⁸ OSÓRIO, 2015.

Para ocorrer o reenvio pelas Cortes supremas, além das duas primeiras condições de admissibilidade aplicáveis perante o juiz do litígio (que a disposição questionada seja aplicável ao litígio ou constitua fundamento da ação e de que não tenha sido já declarada conforme a Constituição, salvo mudanças das circunstâncias), a Lei Orgânica 58-1067/1958 (art. 23-5)³⁴⁹ prevê uma terceira condição, a de que a disposição contestada levante uma questão nova ou apresente um caráter sério. Essas duas condições são alternativas e devem somar-se a outras duas primeiras condições de admissibilidade.

Nessa perspectiva, cabe questionar o que seria uma questão nova. Não é suficiente que a lei seja nova ou que seja contestada pela primeira vez. Segundo o Conselho constitucional³⁵⁰, uma questão é nova não porque jamais tenha sido examinada pelo Conselho, mas porque a resposta do Conselho necessita a interpretação de uma disposição constitucional que ele não teve ainda a ocasião de aplicar.³⁵¹ Aqui o caráter de seriedade da questão é submetido a um filtro mais rigoroso e a um exame mais aprofundado do que aquele efetuado pelo juiz do litígio.

No que toca à forma, o *Conseil d'État* entende que, para ser considerada séria, a QPC deve ser acompanhada de motivação. A *Cour de cassation*, ao contrário, julga séria uma questão que invoca de maneira geral os direitos e liberdades garantidos pela Constituição sem se deter exageradamente sobre a motivação. Sobre o mérito, a jurisprudência do *Conseil d'État* apoiar-se-ia, de fato, sobre uma dúvida razoável, e aquela da *Cour de cassation*, mais rigorosamente, sobre uma dúvida manifesta, para considerar que uma questão apresenta um caráter sério.

A extinção da ação principal, por qualquer que seja a causa, não provoca a extinção da QPC, desde que esta já tenha sido submetida ao Conselho. Em outras palavras, uma vez admitida a QPC e, chegando ao Conselho constitucional, as partes não podem mais interromper o procedimento. Ao contrário, a extinção da ação principal, antes da transmissão ao Conselho constitucional, provoca a extinção da QPC diante do *Conseil d'État* e da *Cour de cassation*.³⁵²

³⁴⁹ Lei Orgânica 58-1067/1958. No original: Art. 23-5: [...] Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

³⁵⁰ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015, p. 53 e ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 131.

³⁵¹ Tradução livre do trecho: qu'une question est nouvelle, non pas parce que la disposition législative contestée n'a jamais été examinée par le Conseil, mais parce que la réponse du Conseil nécessite l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application. (ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 131)

³⁵² ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 136.

Assim, reenviada ao Conselho pelas Cortes superiores, a QPC deverá ser julgada pelo Conselho constitucional no prazo de 3 (três) meses. Entre o momento em que a questão é posta pela primeira vez e aquele no qual é definitivamente respondida passam-se somente de 6 a 8 meses, o que é considerado o tempo normal do processo. Isso significa dizer que praticamente a sua conclusão não atrasa, o que torna esse controle de constitucionalidade um dos mais diligentes do mundo.³⁵³

Desde a introdução da QPC no sistema de jurisdição constitucional francês, o Conselho constitucional encontra-se formalmente submetido às exigências de um processo justo [*équitable*] e de um tribunal neutro e imparcial. Como afirma Dominique Rousseau (2011), a adoção desse procedimento, com princípios próprios à função de julgar, marca o caráter jurisdicional de sua função³⁵⁴.

As regras de um processo justo estão nos artigos 1 a 14 do regulamento interno do Conselho constitucional (*règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité 4 février 2010*)³⁵⁵

O princípio é de que a audiência de instrução é pública. O contraditório é assegurado pela possibilidade de as partes apresentarem suas alegações e as peças que sustentam suas pretensões, e deve ser conciliado com o prazo de três meses imposto ao Conselho para decidir.

Na instrução, as partes ou seus representantes são convidados uma primeira vez, ao final de um prazo de vinte dias, a apresentar simultaneamente e pela via eletrônica, suas alegações. Depois, um segundo prazo, também em média de 20 dias, é aberto para resposta. Da mesma forma, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes das casas parlamentares podem apresentar observações. O Conselho pode decidir realizar uma audiência entre as partes e essas autoridades. Na audiência, os representantes das partes (e não elas mesmas) comparecem. O princípio da oralidade resta assegurado pelo discurso final dos advogados da parte requerente, e pela defesa da lei, oralmente, pelo representante da Secretaria-Geral de Governo.³⁵⁶

³⁵³ CARCASSONE; GUILLAUME, 2016, p. 307.

³⁵⁴ ROUSSEAU, 2011, p. 47-55.

³⁵⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. 2013. Disponível em:** <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/reglement_interieur.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

³⁵⁶ ROUSSEAU, 2011; ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015.

A regra do segredo da deliberação pelos membros do Conselho está posta no artigo 11 do regulamento do *Conseil constitutionnel*³⁵⁷, que determina, conforme a regra de todo procedimento jurisdicional, que somente os membros presentes à audiência pública podem participar da deliberação. Não é possível conhecer o resultado dos votos considerado o caráter secreto da deliberação.

As regras atinentes a um tribunal neutro e imparcial são asseguradas pela possibilidade da parte requerente recusar um dos membros do Conselho (artigo 4, alínea 2, do regulamento). As partes podem recusar, por meio de um escrito de forma motivada e comprovada, a participação de um membro do Conselho, por exemplo, que teria sido parte interessada na elaboração da lei contestada. Não basta apenas alegar que um dos membros do Conselho participou da elaboração da disposição legislativa objeto da QPC, porque ele era parlamentar à época; é necessário que a parte traga prova de que o membro tomou parte determinante na adoção da lei (artigo 4, alínea 4, do regulamento)³⁵⁸.

Isso porque os motivos de recusa mais previstos, em consideração às exigências de neutralidade e imparcialidade, referem-se à participação do juiz constitucional, nas suas funções anteriores, quando da elaboração da disposição legislativa contestada. Haja vista que vários juízes constitucionais foram parlamentares, ministros, membros do *Conseil d'État*, e alguns, Presidentes da República, sua neutralidade e imparcialidade poderiam ser legitimamente questionadas, se eles devessem julgar a constitucionalidade de uma lei, em relação a qual, eles foram os autores.³⁵⁹

A possibilidade de recusa visa, assim, assegurar a imparcialidade subjetiva e objetiva dos membros do Conselho – subjetiva, no sentido de que nenhum membro do Conselho deve se manifestar, promovendo um pré-julgamento pessoal a respeito da lei; e objetiva, quando independentemente da conduta pessoal do juiz, alguns fatos verificados autorizam a suspeitar da sua imparcialidade.³⁶⁰

Quaisquer dos membros do Conselho também podem se retirar, se entenderem que há motivos que lhe impeçam de participar do julgamento.

³⁵⁷ No original: Art. 11 (al.1) Seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l'audience peuvent participer à la délibération. (al.2) Sans préjudice de l'application de l'article 58 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, cette délibération n'est pas publique.

³⁵⁸ No original: Art.4 (al.4) Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation.

³⁵⁹ ROUSSEAU, 2011.

³⁶⁰ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015, p. 46.

6.4. As decisões do Conseil constitutionnel no controle de constitucionalidade via QPC: a conformidade à Constituição; a contrariedade à Constituição e as reservas de interpretação

Até 1º de março de 2010, data da entrada em vigor da reforma constitucional de 2008, o Conselho exercia somente um controle que era conveniente de chamar “institucional” preferencialmente a um controle “jurisdicional”. Institucional porque, no controle *a priori*, não há realmente um litígio, nem partes, somente instituições que fazem valer seus pontos de vista sobre os textos que, na maioria dos casos, não lhes são aplicáveis. Ao contrário, com a QPC não são mais entidades, são partes que se dirigem ao juiz constitucional, com seus interesses seguidamente contraditórios. O Conselho constitucional se transforma assim em uma verdadeira jurisdição.³⁶¹

As decisões do Conselho, no controle *a posteriori*, são identificadas sob a forma “QPC”, que significa que o controle de conformidade foi realizado via questão prioritária de constitucionalidade.

A fórmula QPC é igualmente precedida do ano do pedido e do número da decisão, seguido do nome da parte que propôs a QPC. Se o requerente for pessoa física, constará o prenome seguido da inicial do nome, completado pelo objeto do caso – por exemplo: QPC n.º 2010-1, 28 mai 2010, Consort. L. [*Cristallisation des pensions*]. Além disso, uma decisão no contexto da QPC pode ser “serial”, ou seja, são reagrupadas várias QPCs se referindo a uma mesma disposição legislativa.³⁶²

As decisões do Conselho constitucional, no controle da constitucionalidade via QPC, não se sujeitam a nenhum recurso, nem pedido de reconsideração. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.³⁶³ A autoridade de coisa julgada se dá apenas em relação aos textos que efetivamente tenham sido examinados pelo Conselho e se torna vinculante até mesmo para este. Existem, entretanto, duas hipóteses em que tal vinculação pode ser afastada.

A primeira diz respeito aos dispositivos que já lhe foram submetidos, mas que ele não foi instado a examiná-los especificamente, pois os dispositivos não foram contestados pelos requerentes à época. Considerando o fato de que o Conselho não pode suscitar de ofício nenhuma questão de conformidade à Constituição, poder-se-ia pensar que esses dispositivos

³⁶¹ CARCASSONNE; DUHAMEL; DUFFY, 2015, p. 59.

³⁶² ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, op. cit., p. 49-50.

³⁶³ No original: alínea 3ª. do art. 62 da Constituição Francesa: Les décisions du Conseil Constitutionnel non son susceptibles d’aucun recours. Elles s’ imposent aux pouvoirs publics at à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes*, previstos no artigo 62 da Constituição francesa, aplicam-se tanto ao controle *a priori* quanto ao *a posteriori*.

estivessem também cobertos pela autoridade de coisa julgada. Entretanto, o Conselho apenas se vincula à autoridade de coisa julgada nos casos em que ele julga expressamente³⁶⁴, não se beneficiando disso as outras disposições não declaradas expressamente conformes. Não se considera, assim, que essas outras disposições sejam conformes à Constituição, mas simplesmente que sua inconstitucionalidade eventual não é manifesta.

A segunda hipótese a permitir questionar uma decisão do Conselho é a de retificação de erro material. Por fim, é necessário sublinhar que somente terão efeitos de coisa julgada as questões efetivamente julgadas, o que afasta as decisões do Conselho no exercício de sua competência consultiva e administrativa.³⁶⁵

O Conselho, diante de uma QPC, pode decidir: a) que a disposição questionada é conforme a Constituição; b) que a disposição é contrária à Constituição e c) que a disposição é conforme com as reservas de interpretação que lhe são conferidas pelo Conselho.³⁶⁶ Se a disposição é declarada conforme a Constituição, o processo retoma seu curso normal, no juízo de origem do litígio, podendo o juiz decidir, sem que nenhuma dúvida pese sobre a validade da lei que lhe cabe aplicar. No caso de a disposição ser declarada contrária à Constituição, a decisão do Conselho tem como efeito revogá-la, com efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data de publicação dessa decisão, ou de outra a ser fixada pelo próprio Conselho.³⁶⁷

Nesses termos, trata-se de revogação e não anulação. Isso porque se a disposição fosse anulada, seria considerada como se nunca tivesse existido, e os efeitos retroativos, daí decorrentes, seriam muito difíceis de administrar.³⁶⁸ A revogação das decisões declaradas contrárias à Constituição alcança não apenas as partes (litigantes) do caso concreto em que foi suscitada a inconstitucionalidade, mas o efeito revogatório é *erga omnes*, ou seja, beneficia a

³⁶⁴ Decisão 88-244DC de 20 julho de 1988 (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2016, p. 310).

³⁶⁵ *Ibid.*, 2106, p. 310.

³⁶⁶ CARCASSONNE; DUHAMEL, DUFFY, 2015, p. 161. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal utiliza a interpretação conforme a Constituição, não apenas como técnica hermenêutica, mas como técnica decisória no âmbito do controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), quando pretende resguardar a constitucionalidade da norma, no sentido que lhe é atribuído pelo Tribunal, reputando implicitamente todas as interpretações divergentes como inconstitucionais. A interpretação conforme em um Recurso Extraordinário (admitida a repercussão geral) leva à interpretação constitucional do STF a todas as instâncias judiciais, transcendendo as partes do processo.

³⁶⁷ No original art. 62, alínea 2 da Constituição Francesa: Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

³⁶⁸ No Brasil, as dificuldades advindas dos efeitos em tese *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade já foram percebidos e tendem a ser amenizados com a modulação dos efeitos, técnica prevista no art. 27 da Lei 9868/99 *in verbis*: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

todos, e não apenas às partes no processo em que foi declarada. A eficácia *erga omnes* da decisão torna o controle da constitucionalidade mais efetivo do que o controle da convencionalidade.³⁶⁹

A Constituição francesa prevê também, no artigo 61-1, alínea 2, que o Conselho possa diferir no tempo os efeitos da revogação, ou seja, fixar uma data a partir da qual sua decisão passará a produzir os efeitos revogatórios.

Permite-se assim, ao Conselho modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, de forma a fixar uma data a partir da qual a declaração produzirá efeitos. Em regra, os efeitos da decisão incidem a partir da data da publicação. Isso permite ao Parlamento dispor do tempo necessário à adoção de uma nova lei, conforme a Constituição.

Exemplo desta prática de adiamento dos efeitos revogatórios foi o caso do regime legislativo das detenções [*la garde à vue* Decisão 2010-14/22 QPC, 30 jul 2010], quando estimou, o Conselho, que a revogação imediata poderia implicar consequências manifestamente excessivas em consideração à proteção da ordem pública. No mesmo sentido, quando o Conselho se depara com situações consolidadas há anos e de boa-fé, que incidiriam relativamente a um número elevado de pessoas (Decisão 2010-45 QPC, 6 de outubro de 2010), caso em que ele optou pela revogação diferida.³⁷⁰

Ademais, poderá o Conselho, segundo expressa dicção do art. 62, alínea 2^a. da Constituição Francesa³⁷¹, determinar as condições e os limites em que os efeitos produzidos pela decisão poderão ser questionados. Isso permite, por um lado, que o autor da QPC possa sempre se beneficiar da decisão que lhe foi favorável, e por outro lado, que a inconstitucionalidade possa produzir consequências mesmo sobre situações passadas, desde que essas não tenham se tornado definitivas. A exemplo do exposto pode-se mencionar quando o Conselho determina às jurisdições ordinárias a suspensão dos contenciosos (processos) nos quais a mesma questão é discutida, evitando que um julgamento antecipado lhes impeça de vir a se beneficiar de novas disposições legais, e às assembleias (Assemblée

³⁶⁹ O controle da convencionalidade, enquanto controle de conformidade das leis em face dos tratados internacionais pode ser exercido de forma difusa, pelos juízes e tribunais franceses e implica afastar, no caso concreto, a aplicação da lei considerada contrária aos tratados internacionais sem, contudo, afetar à existência e à validade do dispositivo impugnado. Ao contrário do controle da constitucionalidade, o controle da convencionalidade produz efeitos *inter partes*. (OSÓRIO, 2015, p. 584-585)

³⁷⁰ ROUSSILLON; ESPLUGAS-LABATUT, 2015

³⁷¹ Tradução livre do art. 62, alínea 2 da Constituição Francesa: Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Nacional e Senado) que garantam que essas novas disposições sejam aplicadas a todos os processos que não tenham sido definitivamente julgados³⁷²

Nesse sentido, a *Décision 2010-1 QPC, du 28 mai 2010 (considérant no. 12-extrait)*:

[...] A fim de preservar o efeito útil da presente decisão à solução dos processos em curso, competem, por um lado, às jurisdições suspender a decisão, até 1º de janeiro de 2011, nos processos cujo resultado depende a aplicação das disposições declaradas inconstitucionais e, por outro lado, ao legislador de prever uma aplicação de novas disposições a esses processos em curso à data da presente decisão. [...].³⁷³

A técnica de reservas de interpretação foi utilizada pelo Conselho, pela primeira vez, no âmbito do controle *a priori*³⁷⁴ (art. 61 da Constituição Francesa) e, a partir de 2010, passou também a ser usada no âmbito do controle *a posteriori*.³⁷⁵ Ela tem cabimento quando uma disposição legislativa está sujeita a várias interpretações, das quais algumas seriam contrárias à Constituição, então o Conselho as afasta explicitamente para que somente possam ser utilizadas as interpretações que ele julga conformes à Constituição. Logo, o Conselho pode se limitar a emitir uma *réserve d'interprétation*, frequentemente qualificada como estrita, o que lhe permite, então, declarar a disposição, em tal condição, conforme a Constituição.³⁷⁶

A decisão do Conselho acerca da conformidade ou não conformidade à Constituição, bem como às reservas de interpretação, obrigam a todas as autoridades administrativas e judiciais. Obriga ao juiz de origem do litígio, inclusive as Cortes superiores (*Conseil d'État e Cour de cassation*) que deverão acatá-la, aplicando a interpretação enunciada pela decisão.

A regra é a do princípio do “efeito útil” da QPC, ou seja, o Conselho determina que este efeito revogatório se aplique a todos os processos em curso à data da decisão, assim como ao autor da QPC³⁷⁷.

Porém, essa regra comporta adaptações. O Conselho pode também decidir “sob medida” no sentido de que a revogação alcance somente às partes requerentes³⁷⁸, ou somente

³⁷² CARCASSONNE; DUHAMEL, DUFFY, 2015, p. 170.

³⁷³ No original: [...] afin de préserver l'effet utile de la présente décision à solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1^{er} janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision. (Ibid., p. 171)

³⁷⁴ *Décision 59-2DC du 24 juin 1959*. (Ibid., p. 173).

³⁷⁵ *Décision 2010-8 QPC, considérant no. 18; Décision 2010/20-21 QPC, de 8 d août 2010* (Ibid., p. 174)

³⁷⁶ Ibid., p. 173-174.

³⁷⁷ Conforme decisão do Conselho n.º 2010-108 QPC, 25.032011 Mme. Marie Christine D. [*Pensions de réversion des enfants*], e n.º 2010-110 QPC, M. Jean-Pierre B [*Composition de la commission. Départementale d'aide sociale*].

às pessoas às quais a disposição declarada inconstitucional foi aplicada³⁷⁹. Também naqueles casos em que ele estime que os efeitos revogatórios impliquem em consequências manifestamente excessivas (notadamente em matéria processual penal, a fim de evitar a anulação de processos em curso: para a prisão preventiva, Decisão n.º 2010-14/22 QPC, 30 de julho de 2010, M. Daniel W), o Conselho pode afastar a regra do efeito útil.

As decisões de inconstitucionalidade total são mais comuns no controle *a posteriori*, via QPC, pois neste são visadas apenas algumas disposições e não a lei como um todo, como no controle *a priori*.

No controle *a posteriori*, além da publicação da decisão no JORF (Jornal Oficial da República Francesa-*Journal Officiel de la République Française*), a decisão é comunicada ao *Conseil d'État*, ou à *Cour de Cassation*, conforme o caso; ao Presidente da República, Primeiro-ministro e aos presidentes das assembleias; e caso necessário, também à jurisdição originária perante a qual a QPC foi suscitada. A decisão é também é notificada às partes.

A decisão indica o nome das partes e de seus representantes, o nome dos membros presentes e é assinada pelo presidente do Conselho, pelo secretário geral do Conselho e pelo relator, porém não é acompanhada dos votos dissidentes. Não é possível conhecer o teor dos votos.

O Conselho constitucional funciona habitualmente sobre o modo do consenso. É estranho à tradição jurídica francesa o sistema de opiniões dissidentes ou separadas. Opiniões dissidentes revelariam divisões no seio de uma jurisdição e isso seria prejudicial à imagem do Conselho.

A execução das decisões pelas autoridades administrativas e judiciais, bem como pelos poderes públicos (leia-se Governo e Parlamento), é voluntária, ou seja, inexistem mecanismos capazes de obrigar essas autoridades a cumpri-las. Diferentemente do Brasil, em que há previsão do instituto jurídico da “reclamação”³⁸⁰, na França não há qualquer medida judicial que possa ser intentada perante o Conselho em caso de descumprimento de suas decisões ou usurpação de sua competência.

³⁷⁸ Décision n.º 2010-52 QPC, 14.10.2010. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-52-qpc/decision-n-2010-52-qpc-du-14-octobre-2010.49789.html> Acesso em 10 de outubro de 2016.

³⁷⁹ Décision n.º 2013-360 QPC, 09.01.2014. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2013-360-qpc/decision-n-2013-360-qpc-du-9-janvier-2014.139065.html>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

³⁸⁰ Art. 102, I, alínea ‘1’ da Constituição Federal de 1988: Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe: Processar e julgar originariamente: [...] 1) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Finalmente, cabe a indagação: após ter o Conselho declarado determinada lei ou algumas de suas disposições não conformes à Constituição, a questão está resolvida, liquidada? O Conselho detém a última palavra? Não. O Governo tem sempre a possibilidade de efetuar uma revisão da Constituição, para fazer desaparecer o obstáculo à aprovação da lei. Foi o que aconteceu para permitir a ratificação do Tratado de Maastricht³⁸¹. Pela sua decisão, o Conselho indicava somente ao Governo que a lei não estava em conformidade à Constituição e implicitamente, se ele desejasse realizar a reforma, seria necessário revisar a Constituição. Louis Favoreu, a este respeito anotou que o Conselho desempenhou um papel de orientador: ele orientou o legislador em direção a uma revisão constitucional. *Le Conseil n'est pas souverain*³⁸², ele se inclina diante da vontade do Constituinte.³⁸³

7. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS COM O SISTEMA FRANCÊS

Como se pode notar, no item 1.2 deste trabalho, a história do controle de constitucionalidade das leis, em ambos os países, se mostra diferenciada. À origem, em 1891, o nosso sistema inspirou-se no sistema do *judicial review*, norte americano, enquanto o sistema francês sofreu forte influência do sistema austríaco- kelseniano, embora tenha mantido especificidades que não o identificam com este. Além disso, o controle de constitucionalidade das leis (*a posteriori* ou repressivo), no Brasil, se estabeleceu desde o início como um controle judicial, a cargo de membros do Poder Judiciário.

As Constituições francesas sempre foram contrárias a instituição de um controle propriamente judicial de constitucionalidade, atribuíram o controle da conformidade das leis ordinárias às normas constitucionais a órgãos políticos- ao *Sénat Conservateur* (Constituição de 1799), ao *Sénat* (Constituição de 1852), ao *Comité Constitutionnel* (Constituição de 1946- IV República) e ao *Conseil Constitutionnel* (Constituição de 1958- V República). Isso se deve razões históricas, já que à época do antigo regime, anterior à Revolução Francesa, os juízes franceses perpetravam sérias interferências nos outros poderes. Atuavam de forma abusiva e arbitrária. Consideravam o ofício jurisdicional como um direito patrimonial, possuído por eles ao mesmo título que suas casas e suas terras, podendo comprar, vender, transmitir por herança, usufruir. Os juízes eram avessos a qualquer reforma em sentido liberal e foram adversários da Revolução Francesa. Razões ideológicas, associadas às históricas também

³⁸¹ O Tratado de criação da União Europeia.

³⁸² Tradução livre: O Conselho não é soberano.

³⁸³ ARDANT; MATHIEU, 2016, p. 121.

contribuíram para a resistência à ideia de um controle judicial das leis. A doutrina de separação dos poderes, cunhada por Montesquieu considerava incompatível a possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo, representativo da soberania popular.³⁸⁴

Por isso diz-se que a França foi o berço de um modelo de constitucionalismo à moda de Rousseau, *i.e.*, fundado na soberania popular como resultado da doutrina da lei como expressão da vontade geral, e portanto, contrária ao controle de constitucionalidade. A concepção de Constituição gestada durante a revolução francesa, era de um documento político, destituído de força normativa e cuja interpretação deveria ser feita pelo Parlamento. A proteção dos direitos fundamentais era vista como tarefa do próprio Parlamento, por meio de leis, que não se submetiam a controle por qualquer outro órgão estatal.³⁸⁵

A separação de poderes instaurada, considerava os juízes a mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, colocando o Legislativo em posição de prevalência sobre o Executivo.³⁸⁶

Consciente da necessidade de um controle para evitar os abusos do legislativo, e de que a lei não é expressão de uma vontade geral, mas de uma maioria eventual, os constituintes de 1958 dão início a um processo de ruptura de uma cultura baseada no legicentrismo em direção a uma cultura baseada na supremacia da Constituição, com a instituição de um controle da constitucionalidade das leis. E atribuem essa tarefa a um órgão de natureza política, apartado do sistema jurisdicional francês.

Enquanto na França , o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do *Conseil constitutionnel*, sob ambas as formas *a priori* e *a posteriori*; no Brasil, o sistema preventivo de controle de constitucionalidade é atribuído, como vimos, às Comissões de Constituição e Justiça e Cidadania, no âmbito da Câmara de Deputados e do Senado Federal (Poder Legislativo), e de maneira pontual e excepcional ao Poder Judiciário. Já o controle repressivo, ou *a posteriori*, é realizado, no Brasil, exclusivamente pelo Poder Judiciário , representado por juízes e tribunais no sistema difuso , e pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua competência originária , no sistema concentrado. Assim, no Brasil, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão pertencente ao Poder Judiciário, é de órgão judicial de última instância (sistema difuso), e de Tribunal constitucional (sistema concentrado) .

³⁸⁴ CAPPELLETTI, 1999, p. 94-97.

³⁸⁵ OSÓRIO, 2015, p. 558.

³⁸⁶ Alec Stone Sweet afirma que a separação e, ainda, a subordinação do Direito à Política são os mais resilientes e duradouros legados da Revolução Francesa. (STONE SWEET, Alec. **The Birth of Judicial Politics in France**: the Constitutional council in Comparative Perspective. New York: Oxford University Press, 1992. p. 24)

A Constituição de 1988 mantém um controle, denominado misto, de constitucionalidade das leis, que prevê instrumentos de controle incidental e difuso (sistema americano) e de controle concentrado e abstrato (sistema continental europeu). Assim, pelo sistema difuso, qualquer juiz ou tribunal das instâncias ordinárias podem afastar a aplicação de uma lei ao argumento de sua inconstitucionalidade. A arguição, via incidental, hoje, poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, em sede de habeas corpus e mandado de segurança; se for reconhecida a repercussão geral da matéria, objeto do recurso. Nesse contexto, a Lei 11.418/2016 dispõe que o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer ‘repercussão geral’, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. O reconhecimento dessa repercussão geral cabe ao plenário do STF, segundo disciplina prevista no seu regimento interno.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis, o quadro desenhado pelo constituinte de 1988 foi sendo aos poucos remodelado, pelas emendas constitucionais, EC 03/1993³⁸⁷ e EC 45/2004³⁸⁸, e ainda pelas Leis 9868, de 10.11.1999³⁸⁹ e Lei 9882 de 03.12.1999³⁹⁰, apresentando-se hoje, representado pelas seguintes ações diretas: Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual - ADI (art. 102, I , a) da CF/1988); Ação direta por inconstitucionalidade por omissão -ADINO(art. 103 §2º da CF/1988.), Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal-ADC(art. 102, I. a) da CF/1988); Arguição de Descumprimento de preceito fundamental -ADPF (art. 102§1º.da CF/1988) e Ação Direta Interventiva , nas hipóteses do art. 34, VII e, no caso de recusa à execução de lei federal (art. 36, III da CF/1988).

A existência de um controle concentrado e abstrato, representado pelas referidas ações diretas e as formas de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, constituem aproximações com o sistema francês.

Entretanto, qualquer comparação com o sistema francês não pode prescindir aspectos importantes tais como as formas de organização de Estado e os tipos de Constituição que adotam esses países.

³⁸⁷ Criou a ação declaratória de constitucionalidade-ADC.

³⁸⁸ Além da criação da súmula vinculante -art. 103 A, e da previsão da ‘repercussão geral’ como requisito autônomo de admissibilidade do recurso extraordinário -art. 102 §3º; promoveu a ampliação dos legitimados para ajuizamento da ADC.

³⁸⁹ Disciplina o processo e julgamento, perante o STF, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e estende os efeitos erga omnes e eficácia vinculante destas, à interpretação conforme à Constituição e à declaração de nulidade parcial sem redução de texto. (art.28 § único).

³⁹⁰ Regulamenta o processo e julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental -ADPF.

Tanto a França, quanto o Brasil adotam a forma de governo republicana, regime democrático e se proclamam Estados de direito³⁹¹. Distinguem-se na forma de Estado. A França é um Estado unitário, isso significa que todo o seu território encontra-se submetido às mesmas leis que emanam de apenas uma autoridade legislativa competente.

Nesse sentido, lecionam Hamon F. e Tropper M.³⁹²;

Na França as leis são nacionais e as normas locais somente podem ser criadas se uma lei nacional determina as matérias nas quais elas podem intervir. É também a lei que institui a autoridade local competente, lhe fixa os objetivos e limites, determina os procedimentos e organiza um controle sobre conteúdo das decisões, de tal maneira que podemos pensar que em tal Estado, as normas locais não são mais que a concretização, considerada as situações locais, das normas nacionais.

A descentralização que existe no Estado unitário francês é apenas relativa às competências administrativas e não às competências legislativas. A descentralização legislativa é própria dos Estados federados, como o Brasil.

Por isso, enquanto lá o objeto do controle de constitucionalidade *a posteriori*, limita-se às leis nacionais; no Brasil, o controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, inclui leis e atos normativos federais, estaduais e municipais^{393/394}, conforme previsto constitucionalmente e na legislação que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental-ADPF.

Constituição Federal de 1988

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

³⁹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

³⁹² ALMEIDA, Domingos Paiva. *Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien*. In: STORCK, Michel; CERQUEIRA, Gustavo Vieira de; COSTA, Thales Morais da (Org.). **Les frontières entre liberté et interventionnisme em droit français et em droit brésilien. Études de droit comparé**. Paris: Harmattan. 2010. p. 41-66.

³⁹³ E também leis e normas do Distrito Federal-DF, que compõem, ao lado dos Estados-membros e Municípios, entes da Federação, conforme art. 1º. Da CF/1988.

³⁹⁴ As leis e atos normativos municipais submetem-se ao controle difuso e concentrado por meio da ADPF.

Lei 9882/1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal)

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Além do objeto do controle de constitucionalidade ser mais diversificado no Brasil, em decorrência do próprio sistema de repartição de competências legislativas de um Estado Federado; os instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, no direito brasileiro, são mais amplos, no sentido de que, diferentemente do direito francês, não se limitam aos casos de violação aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição (controle *a posteriori*), mas alcançam a violação de quaisquer dispositivos inseridos na Constituição, ainda que materialmente, não sejam identificáveis como normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, contém mais de duzentos artigos, sem considerar o número atinente às disposições constitucionais transitórias (ADCT), que já excedem a uma centena e, em conformidade com o assinalado anteriormente, compõem as normas referências de controle da constitucionalidade no Brasil. Acrescente-se ainda que, a Constituição brasileira, promulgada em 1988, possui mais de cem emendas constitucionais, consideradas as emendas de revisão; enquanto a Constituição Francesa, promulgada em 1958, possui 89 artigos, e foi objeto, até o presente momento de 24 emendas constitucionais.

Como bem pontuado por Ellen Gracie³⁹⁵;

Uma reflexão sobre o sistema de controle de constitucionalidade e os problemas enfrentados pela jurisdição constitucional brasileira exige, antes de tudo, uma análise das circunstâncias em que foi redigida a Constituição Federal de 1988.

O país saía de um período de ditadura e ingressava num período de redemocratização. A Assembleia Constituinte de 1987 não foi eleita para redigir uma nova Constituição. Houve uma simples transformação de um Congresso Nacional existente. Em consequência, por efeito do jogo político e pela necessidade de formação de alianças, para atender maiorias, muitas matérias foram abordadas de forma imprecisa, até mesmo contraditória. A divisão dos trabalhos em várias subcomissões, em nada contribuiu à precisão do texto.

As dificuldades que resultam de um texto constitucional recheado de ambiguidades e repleto de normas programáticas são levadas à apreciação do STF, que acaba tendo que resolver conflitos políticos insolúveis pelas duas câmaras legislativas. Em virtude dessas imperfeições a Constituição brasileira já sofreu várias emendas.

³⁹⁵ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Dossier: Tribunal fédéral suprême du Brésil. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

Muito extensa e minuciosa, a Constituição exige um grande número de disposições legislativas complementares. Muitas normas dependem da edição de textos legislativos para terem plena eficácia. Por isso é inevitável que diante de um texto com tais características, o Tribunal faça uso de poderes além daqueles de um simples legislador negativo de que falava Kelsen. Até onde se pode ir ou qual deve ser o grau de *judicial restraint*? Essa questão se coloca cotidianamente ao juiz constitucional brasileiro.

Da amplitude do texto, pode se esperar que, qualquer litígio possa encontrar uma raiz constitucional, o que lhe permite acionar o STF, pela via do controle difuso.

O fato de quase todas as questões de políticas públicas serem submetidas à apreciação do STF, amplia consideravelmente o controle exercido sobre este objeto. Assim questões relativas a privatizações de empresas públicas, utilização de células tronco para pesquisas científicas, e ampliação das condições de autorização do aborto são exemplos onde o consenso não pode ser obtido pela via dos debates parlamentares e a decisão final acabou no judiciário.

Acrescente-se ainda que a legitimidade ativa para o acionamento do Tribunal, nessas ações de inconstitucionalidade, revela-se aberta a um grande número de requerentes, compreendidos os partidos políticos e associações profissionais.

Como assinalava Jean Rivero (*Le Conseil constitutionnel et les Libertés*. Économica, 1987, p. 01) na França, o recurso ao Conselho constitucional, cada vez que uma lei de alguma importância foi votada pelo Parlamento, tornou-se uma fase normal do processo legislativo. A oposição de ontem, aquela de hoje, fazem disso a última barreira contra o texto que elas combateram. No Brasil também.

Medidas tem sido adotadas visando o desafogamento do STF, decorrente da cumulação de competências como aquelas que abrangem o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis .

Assim a Emenda constitucional no. 45/2004 criou uma espécie de filtro dos recursos extraordinários, **a repercussão geral**. Podendo o Tribunal rejeitar o recurso quando este não porta um interesse geral, isto é, que transcenda o interesse das partes e diga respeito a um interesse geral econômico, social ou outro. O exame de todos casos idênticos nas instâncias inferiores é desde então, suspenso, aguardando o pronunciamento do Tribunal.

A **súmula vinculante** também constitui outro mecanismo destinado a corrigir as distorções do nosso sistema. Nesses casos, a jurisprudência consolidada do Tribunal, enunciada na súmula, obriga todos os juízes e tribunais das instâncias inferiores, bem como a administração pública. As súmulas garantem mais estabilidade ao sistema e segurança jurídica aos cidadãos e as empresas.

Como salientado acima, para diminuir o número de ações, via controle difuso, que chegam ao STF, foram criados mecanismos como a ‘repercussão geral’ e a ‘súmula vinculante’³⁹⁶, objetos da Emenda constitucional no. 45/2004.

³⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato

A ‘repercussão geral’, como uma espécie de filtro, tem seu correspondente, no direito francês, no mecanismo de duplo filtro³⁹⁷, criado para evitar o acúmulo e sobrecarga de ações perante o *Conseil constitutionnel*. Com a diferença que na França, o filtro é realizado pelo juízo do processo em que suscitada a QPC (*juge du fond*) e pelos Tribunais superiores (*Cour de cassation e Conseil d’État*); enquanto no Brasil, é o próprio STF que define a matéria, objeto de repercussão geral. (art.102 §3º da CF/1988)³⁹⁸

A doutrina francesa reconhece que tanto os juízes das jurisdições ordinárias quanto a *Cour de cassation* e também o *Conseil d’État* podem realizar um autêntico controle de constitucionalidade das leis, por ocasião da apreciação do caráter sério da QPC. Enquanto as Cortes supremas verificam se a questão apresenta um caráter sério, o juízo a quo (*du fond*) examina se a QPC não é desprovida de seriedade. A questão que se põe é a mesma: o que é uma questão séria? A resposta implica por parte do juiz uma apreciação subjetiva de natureza a conduzir a um exame mais ou menos aprofundado, tendente a avaliar a constitucionalidade da lei. Os demais requisitos (disposição aplicável ao litígio e precedente do *Conseil constitutionnel*) são mais objetivos. Evidentemente que tanto os juízes a quo, quanto as Cortes supremas afirmam que não realizam um controle de constitucionalidade. Segundo os próprios, eles não controlam, eles filtram.³⁹⁹

Nem sempre o caráter sério da questão é objeto de exame, pois se algum dos outros dois requisitos não restar preenchido, o juiz sequer vai examiná-la. De fato, a análise da seriedade da questão pelo *juge du fond* revela um controle cujo exercício pode invadir, usurpar o ofício de outros juízes da QPC, a saber as Cortes superiores e também o *Conseil constitutionnel*.

Entende-se que não desprovido de seriedade são aquelas questões que não são fantasiosas ou meramente dilatórias. Entretanto, os *juges du fond* tem propostos seus próprios modos de apreciação, preconizando métodos que permitam apreciá-las. Determinar se a questão é dilatória implica indagar sobre as motivações, os fins perseguidos pelo litigante. Fantasiosa é a questão desprovida de seriedade. Essa determinação do que é serio ou

administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁹⁷ A *question prioritaire* pode ser suscitada diretamente, seja por via do juízo de origem do litígio, seja perante as Cortes superiores, o *Conseil d’État* ou a *Cour de Cassation*. Em todos os casos, estas realizarão um novo exame sobre os requisitos de admissibilidade. Denomina-se esse mecanismo de duplo filtro³⁹⁷.

³⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 102 [...] 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁹⁹ SAVONITTO, 2015, p. 16.

fantasioso depende muito mais de uma concepção subjetiva do que objetiva. São os juízes das jurisdições ordinárias que vão definir o que é sério ou não. Eles reconhecem que operam apenas um juízo de compatibilidade, induzindo um exame de constitucionalidade menos intenso e com poderes mais reduzidos que o exercício do controle propriamente dito. Eles afirmam procederem a uma análise sumária, a um exame sumário da lei em relação aos direitos e liberdades garantidos constitucionalmente. Eles admitem que podem se referir à jurisprudência do Conseil constitutionnel, seja a judiciária, seja a administrativa relativa aos direitos e liberdades invocados.⁴⁰⁰

O sistema brasileiro, a par de mais amplo e mais complexo também, além da repercussão geral e da súmula vinculante, tem desenvolvido outros mecanismos para desafogar o STF do acúmulo de processos, que se verificam há anos, no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, e cujos julgamentos podem levar décadas.

O modo que foi sendo desenvolvido o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, não raro, colocava diante do STF situações fáticas consolidadas pelo tempo e praticamente irreversíveis, diante de uma declaração de inconstitucionalidade, que em tese deveria produzir efeitos *ex tunc*. Isso levou o Tribunal a procurar meios de resolução desses impasses.

Nesse contexto surgiu, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do STF, no âmbito das ações direta de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, prevista no art. 27 da Lei 9868/99.⁴⁰¹

A modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é adotada também pelo sistema francês. Está prevista na Constituição Francesa de 1958, art. 62, alínea 2^o⁴⁰²:

Uma disposição declarada inconstitucional sob o fundamento do art. 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conseil constitutionnel ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conseil constitutionnel determina as condições e os limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são suscetíveis de ser questionados.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 22 -23.

⁴⁰¹ BRASIL. Lei 9868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁰² No original: art. 62, alínea 2 da Constituição Francesa: Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Os efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, em ambos os países, é vinculante e a eficácia erga omnes. No Brasil, o art. 28, parágrafo único da Lei 9868/1999 prevê que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

A decisão do *Conseil constitutionnel* acerca da conformidade ou não conformidade à Constituição, bem como às reservas de interpretação, obrigam a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (juiz de origem do litígio, inclusive as Cortes superiores- *Conseil d'État e Cour de cassation*) que deverão acatá-la, aplicando a interpretação enunciada pela decisão⁴⁰³

Nem no Brasil, nem na França, o cidadão tem acesso direto ao STF, ou ao *Conseil constitutionnel*. No Brasil, o acesso das partes de um processo concreto, somente é viabilizado mediante recurso extraordinário, em que for reconhecida a repercussão geral. E as ações diretas dependem dos legitimados previstos no art. 103 da CF/1988.⁴⁰⁴ Ao contrário, com a QPC não são entidades, são partes que se dirigem, ainda que não diretamente, ao juiz constitucional, com seus interesses seguidamente contraditórios.

Assentadas as diferenças mais flagrantes, entre os sistemas vigentes no Brasil e na França, quanto ao controle de constitucionalidade das leis, *a posteriori*, passa-se ao terceiro capítulo deste trabalho, que tratará da análise comparada da atuação e das decisões do *Conseil constitutionnel* e do Supremo Tribunal Federal, acerca da mesma temática.

⁴⁰³ No original: Art. 62, alínea 3^a. da Constituição Francesa; Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

⁴⁰⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

PARTE III- O PERFIL DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL A PARTIR DE UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARADA

1. O JUIZ CONSTITUCIONAL NA FRANÇA E NO BRASIL

O perfil dos juízes constitucionais varia conforme se trate de uma jurisdição constitucional centralizada ou descentralizada. Na percepção de Ferreres Comella⁴⁰⁵, os países europeus adotam um modelo centralizado de justiça constitucional, no sentido que um único tribunal é competente para invalidar as leis e garantir a supremacia das Constituições.

A França adota este modelo, baseado numa estrutura dualista, porque atribui o poder jurisdicional aos tribunais ordinários, cuja função consiste na aplicação da lei ao caso concreto. E ao Tribunal constitucional, a competência para controlar a validade das leis frente à Constituição. A estrutura dualista de justiça constitucional oferece vantagens como a configuração mais política do Tribunal constitucional, seja pela seleção de seus membros, seja pelo mandato limitado dos mesmos. Ofereceria maior margem de manobra para variações institucionais.⁴⁰⁶

O Brasil, segundo a classificação proposta, baseia-se num modelo descentralizado de Justiça constitucional, denominado monista, porque atribui ao Poder Judiciário as duas funções.

Ferreres Comella distingue os Tribunais constitucionais conforme o grau de pureza, ou seja, conforme o controle de constitucionalidade das leis seja ou não a única função do Tribunal constitucional. Considerando que na França, o *Conseil constitutionnel* detém outras funções além do controle de constitucionalidade das leis, ele seria classificado como relativamente puro, em contraposição aos absolutamente puros (Tribunais da Bélgica e de Luxemburgo), e os menos puros (Alemanha, Espanha e Portugal).

Outro fator de distinção proposto é a autonomia, ou seja, em que medida o Tribunal constitucional está desligado do Poder Judiciário ordinário. Isso dependeria essencialmente do tipo de procedimento adotado para se ter acesso ao Tribunal constitucional, se o recurso de inconstitucionalidade é interposto diretamente, independente do caso concreto ou dependeria da existência de um processo e da intervenção do juízo ordinário para a questão ser levada ao Tribunal constitucional.

⁴⁰⁵ FERRERES, Victor. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidade de la ley em um Tribunal Especial:** algunas reflexiones acerca del activismo judicial. 2004. SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoría constitucional y Política) Papers. 40. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁴⁰⁶ Ibid..

Ferrerres Comella cita a França como o maior exemplo, dentre os outros países europeus, de autonomia do *Conseil constitutionnel* frente ao Poder Judiciário ordinário. É preciso salientar que esse posicionamento é anterior à reforma constitucional francesa de 2008, e, portanto, anterior à introdução da QPC no cenário constitucional francês.⁴⁰⁷

Afirma ainda que a estrutura dualista pode ser mais ou menos rígida conforme o grau de pureza e de autonomia do Tribunal constitucional frente ao Poder Judiciário. Quanto mais funções desempenhar, além do controle de constitucionalidade das leis e quanto maiores os laços com o Poder Judiciário, menos rígida é a estrutura, aproximando-se do modelo descentralizado de Justiça constitucional.

Se para um modelo de justiça constitucional descentralizado é mais fácil para o Tribunal constitucional priorizar uma interpretação da lei que evite adentrar no problema da constitucionalidade, já que o controle de constitucionalidade das leis é uma função compartilhada com os juízes ordinários; para um modelo centralizado é mais difícil a adoção de uma postura passiva pelo Tribunal constitucional, pois este é o único competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis.

Também para o caso de uma estrutura dualista, como o recurso de inconstitucionalidade independe de um caso concreto, pois a questão é apreciada ‘*in abstracto*’, o Tribunal constitucional não pode deixar de se pronunciar sobre a constitucionalidade ou não da lei e todas as consequências jurídicas daí advindas. Já num sistema monista, o Tribunal constitucional pode deixar de se pronunciar sobre a questão constitucional se ela não for aplicável ao caso concreto. Assim, enquanto em um sistema dualista o Tribunal constitucional deve enfrentar as questões constitucionais levantadas, num sistema monista o juiz e os tribunais podem resolver o caso concreto sem necessidade de enfrentar a questão constitucional.⁴⁰⁸

Os Tribunais constitucionais são instituições novas, cuja natureza não é puramente judicial e se especializam em assuntos de alta sensibilidade política. Os próprios membros são designados através de processos mais políticos, por isso são vistos como órgãos mais políticos que jurisdicionais. Já na estrutura monista, como os tribunais que exercem funções de Tribunal constitucional são também tribunais ordinários, isso, na percepção de Ferreres Comella, levaria à tendência de serem vistos com maior imparcialidade e legitimidade, porque deveriam agir independentemente de pressões políticas.

⁴⁰⁷ FERRERES, 2004.

⁴⁰⁸ Ibid.

Na prática, entretanto, o caso brasileiro retrata muito bem isso, embora tenhamos uma estrutura monista, descentralizada, a pressão política existe, desde a indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal, quanto no modo de atuação da Corte. E essa imparcialidade nem sempre existe de fato.

Como ponderado por Reverbel⁴⁰⁹ a forma de configuração dos Tribunais constitucionais não está subordinada ou fortemente entrelaçada com a cumulação ou separação de jurisdições (ordinária e constitucional), pois se trata de uma opção política. Por isso na composição dos Tribunais constitucionais os critérios jurídicos não devem ser os únicos a serem considerados. Em se tratando de uma função de controle de constitucionalidade das leis, é aconselhável a combinação de critérios de seleção dos membros, nem estritamente políticos, nem estritamente jurídicos. Devendo-se evitar, entretanto, como ocorreu recentemente no Brasil, que o Chefe do Executivo indique mais da metade dos membros do Tribunal constitucional, pois esse tipo de indicação leva em consideração aspectos ideológicos, o que provoca, de certa forma, a ruptura da neutralidade e imparcialidade do tribunal.

No tocante às vantagens da existência de um Tribunal Constitucional, sustenta Ferreres Comella que, a inexistência de votos dissidentes implica que o Tribunal tenderá a ser “mais internamente deliberativo”. Se não podem publicar opiniões dissidentes, os juízes terão um incentivo para buscar o consenso. É o que ocorre como visto, na França. O Conseil constitutionnel emite uma única decisão, aquela do Tribunal. Entendem seus membros, que o consenso nas suas decisões reforça sua legitimidade. E se as opiniões e votos individualmente considerados permanecem em segredo, isso evita pressões políticas externas ou implicitamente promessas relativas a possíveis cargos quando os membros deixarem o Tribunal constitucional pelo término do mandato. Outra vantagem que decorre desse consenso, são as decisões mais moderadas. Quando não se revelam opiniões dissidentes, as instituições políticas estarão mais dispostas a aceitá-las.⁴¹⁰

Na visão de Comella, espera-se que um Tribunal Constitucional vá ser mais ativista e não deferente ao legislador. A relevância institucional do Tribunal constitucional dependeria da invalidação das leis contrárias à Constituição, função para a qual foi desenhado.

⁴⁰⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012.

⁴¹⁰ FERRERES, 2004.

Em um sistema descentralizado, sustenta o referido autor, é possível que os tribunais sejam mais deferentes ao legislador, podendo também atuar com certo grau de ativismo, dado que sua posição institucional está protegida enquanto tribunais ordinários.⁴¹¹

No Brasil, cujo sistema é descentralizado, o que se vê, ao contrário, é a atuação bastante ativista por parte do Supremo Tribunal Federal. Sob o pretexto de concretizar a Constituição brasileira de 1988, o Supremo Tribunal Federal atua muitas vezes como legislador positivo, transcendendo suas atribuições de Corte constitucional. Não há, portanto, essa deferência ao legislador, como seria esperado segundo a percepção de Ferreres Comella.

Na França, conforme restará demonstrado a seguir, o *Conseil Constitutionnel* atua de modo mais deferente ao legislador se comparado ao Supremo Tribunal Federal.

A realidade dos dois países –França e Brasil – revela uma prática diferente da retratada por Ferreres Comella, conforme será demonstrado.

Ao longo dos capítulos anteriores, foi apresentada a evolução do papel institucional desempenhado pelo Conselho constitucional francês. Hoje não existem dúvidas de que esse órgão atua como protetor dos direitos e liberdades fundamentais, zelando pelo respeito à separação dos poderes e pela distinção do seu papel àquele do Parlamento. E isso pode ser percebido por meio de duas fórmulas bem conhecidas, utilizadas pelo Conselho constitucional em suas decisões.

A primeira é a de que a lei somente exprime a vontade geral se ela estiver em conformidade com a Constituição. A segunda é a de que a Constituição Francesa não confere ao Conselho constitucional um poder geral de apreciação e de decisão da mesma natureza que aquele do Parlamento, mas lhe dá somente competência para se pronunciar sobre a conformidade à Constituição, das leis submetidas a sua apreciação.⁴¹²

Em artigo intitulado ‘*Les limites de la mission du juge constitutionnel*’⁴¹³, Guy Canivet trata do poder normativo do juiz constitucional francês e das auto-limitações (*self-restraint*) que o próprio *Conseil constitutionnel* se impõe quando se trata de decidir questões de cunho nitidamente político, as chamadas ‘questões de sociedade’. A limitação mais ostensiva do seu poder normativo é realizada pelo próprio *Conseil*, quando ele invoca o princípio da separação dos poderes e a competência do legislador para determinar o conteúdo da lei. Essa limitação também é revelada pela continuidade de sua jurisprudência. Conclui o autor que dessa forma de atuação, moderada e extremamente prudente, o *Conseil* extraí sua legitimidade

⁴¹¹ FERRERES, 2004, p. 25

⁴¹² DEBRÉ, 2014.

⁴¹³ CANIVET, Guy. Les limites de la mission du juge constitutionnel. **Revue Cités**, n. 69, p. 41-58, 2017. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-cites-2017-1page-41.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

A fim de ilustrar a atuação do *Conseil constitutionnel* em relação ao Parlamento (Poder Legislativo), e a forma como se concretiza, no direito francês, o princípio da igualdade, trar-se-á à análise um caso concreto submetido a julgamento, em duas oportunidades, tanto no controle *a priori*, quanto *a posteriori*: o reconhecimento do casamento às pessoas do mesmo sexo. Essa decisão será comparada ao julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto a mesma questão.

Sucessivamente, também será objeto de análise o tratamento das omissões inconstitucionais pelas respectivas jurisdições constitucionais, tomando como ilustração o julgamento do direito de greve dos servidores públicos.

2. A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE (*le principe d'égalité*) PELO CONSEIL CONSTITUTIONNEL NO ÂMBITO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O princípio da igualdade (*le principe d'égalité*)⁴¹⁴ constitui um dos pilares do Estado francês, ao lado da liberdade e fraternidade (*liberté-égalité-fraternité*). Encontra-se amplamente consagrado no direito positivo francês. Está previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴¹⁵(artigos primeiro e sexto); na alínea 3 do Preâmbulo da Constituição de 1946 (A lei garante à mulher [...] direitos iguais àqueles dos homens); no artigo primeiro da Constituição de 1958 (A França assegura a igualdade diante da lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, raça ou de religião); além de restar consagrado pela

⁴¹⁴ Sobre o princípio da igualdade no direito público francês ver PICARD, Etienne. *Le principe d'égalité em droit public français*. In: *DROIT français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*. Paris: Bruylant, 2009. p. 349-417

⁴¹⁵ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. (DECLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 2017).

jurisprudência do *Conseil d'Etat* (princípio da igualdade de todos os cidadãos diante dos regulamentos administrativos) e e ainda pelas decisões do *Conseil constitutionnel*.⁴¹⁶

A concepção atualmente empregada pelo *Conseil constitutionnel* para definir as exigências resultantes do princípio da igualdade é a seguinte: o princípio da igualdade não se opõe nem a que o legislador discipline de maneira diferente situações diferentes, nem à que ele derroge a igualdade por razões de interesse público, desde que, num e noutro caso, a diferença de tratamento que disso resulte esteja em relação direta com a finalidade da lei que a estabelece.⁴¹⁷

Assim, as regras devem ser idênticas, salvo se as situações são diferentes. As ‘situações diferentes’ podem decorrer de diferenças jurídicas (p. ex. os canais públicos de televisão têm obrigações de serviço público que não tem os canais privados, e podem, portanto, se beneficiar de prioridade de acesso a recursos radioelétricos de transmissão⁴¹⁸); ou diferenças fáticas. As ‘razões de interesse geral’ podem se configurar seja na proteção de um direito do homem garantido pela Constituição (p.ex. direito de defesa em processo penal⁴¹⁹); seja um objetivo de valor constitucional (p.ex. preservar o pluralismo dos meios de informações) ou mesmo um objetivo visado pelo legislador, desde que esse objetivo não seja proibido pela Constituição (p. ex. oferecimento de moradia a famílias menos favorecidas⁴²⁰). Enfim, a ‘relação direta com o objeto da lei implica’, seja uma exigência de coerência entre o objetivo visado pelo legislador e a diferença de tratamento instituída por este. (p. ex. as zonas onde a publicidade em favor de bebidas alcoólicas é permitida podem ser reservadas às regiões de produção e promoção de festas⁴²¹); seja uma exigência de proporcionalidade entre a diferença de tratamento e o objeto da lei (p. ex. as reduções de taxas de contribuição ou tarifas específicas podem ser justificadas pela busca de um interesse geral, qual seja a preservação da competitividade de setores econômicos expostos à concorrência internacional,

⁴¹⁶ DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4. ed. Paris: Éditions du Seuil, 2016. p. 927-928.

⁴¹⁷ Décision no. 87-232 DC, du 07 janvier 1988. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1988/87-232-dc/decision-n-87-232-dc-du-7-janvier-1988.8564.html>>.

⁴¹⁸ Conseil constitutionnel 27 juillet 2000, Décision no. 2000-433, cons. 26-28. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2000/2000-433-dc/decision-n-2000-433-dc-du-27-juillet-2000.452.html>>.

⁴¹⁹ Conseil constitutionnel 11 août 1993, no. 93-326 DC, cons.15. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-326-dc/decision-n-93-326-dc-du-11-aout-1993.10497.html>>.

⁴²⁰ Conseil constitutionnel 30 mars 2006, no. 2006-535 DC, cons.17. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2006/2006-535-dc/decision-n-2006-535-dc-du-30-mars-2006.1007.html> Acesso em 06 de agosto de 2016.

⁴²¹ Conseil constitutionnel 08 janvier 1991, Décision no. 90-283 DC, cons. 35. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1991/90-283-dc/decision-n-90-283-dc-du-08-janvier-1991.8752.html> Acesso em 06 de agosto de 2016

entretanto os regimes de isenção total instituídos pela lei são contrários ao objetivo de luta contra o aquecimento climático e criam uma ruptura caracterizada pela igualdade diante dos encargos públicos⁴²²).⁴²³

O legislador não pode definir regras diferentes sem relação com o objeto da lei. A diferença em direito deve ter uma relação com a diferença de fato. Considera-se, por exemplo, atentatório ao princípio da igualdade disposições legislativas prevendo níveis de pensão e condições de revalorização dessas pensões que diferenciam-se segundo a nacionalidade do beneficiário.⁴²⁴

O *Conseil constitutionnel*, inspirado na jurisprudência do *Conseil d'État* admite limites à aplicação do princípio da igualdade, justificados pelo interesse geral, quando o interesse geral exige tratar diferentemente situações idênticas. Nesses casos, embora idêntica a situação de fato, o legislador pode não aplicar as mesmas regras às pessoas em uma situação idêntica para respeitar os objetivos de interesse geral da lei que adota, caso em que eles seriam efetivamente ameaçados pela aplicação do princípio da igualdade.

Dessa forma há duas condições cumulativas sem as quais o princípio da igualdade não pode ser atenuado ou mitigado. São elas: a discriminação deve estar relacionada com a finalidade da lei (*l'objet de la loi*) e a necessidade desse tratamento diferenciado visar satisfazer um interesse geral.

Ainda que preenchidas essas condições, há discriminações expressamente proibidas pela Constituição. Assim dispõe o artigo primeiro, alínea 1^a, frase 2^a, da Constituição de 1958: A França [...] assegura a igualdade diante da lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, raça ou religião.

A discriminação quanto à origem é, em princípio, vedada. Mas o *Conseil constitutionnel* admite que algumas diferenças de tratamento sejam permitidas. O art. 1^o, referido, trata do princípio da igualdade em relação aos nacionais. O Conseil adotou a seguinte orientação: os estrangeiros têm direito a uma igualdade de tratamento, mas essa não é tão ampla quanto aquela dos nacionais, porque além dos direitos que a própria Constituição

⁴²² Conseil constitutionnel 29 déc. 2009, Décision no. 2009-599 DC, cons. 82. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-599-dc/decision-n-2009-599-dc-du-29-decembre-2009.46804.html>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

⁴²³ Ibid., p. 475-477.

⁴²⁴ Décision 2010-1 QPC, du 28 mai 2010. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-1-qpc/decision-n-2010-1-qpc-du-28-mai-2010.48290.html>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

lhes recusa (p. ex. direito à voto e acesso à função pública), os estrangeiros podem ser objeto de restrições quanto à entrada e estada no território nacional.⁴²⁵

Além da discriminação baseada na origem, também é vedada aquela baseada na raça. Assim os nacionais franceses não devem ser discriminados em função da sua origem territorial, no seio da República Francesa. Em matéria de religião, também há vedação expressa de diferença de tratamento.

O juiz constitucional francês, baseado numa concepção republicana de igualdade, se recusa a comprometer-se sobre a via das chamadas ‘discriminações positivas’⁴²⁶, isto quer dizer, sobre aquela da adoção de medidas em favor de minorias oprimidas. Em regra, o *Conseil constitutionnel* fundado numa concepção rigorosa e estrita do princípio da igualdade, não chancela as chamadas ‘discriminações positivas’. Entretanto, isso não impediu que ele reconhecesse tais discriminações, previstas pelo legislador, especialmente no campo de acesso a empregos públicos ou privados, e no desenvolvimento de certas regiões⁴²⁷, admitindo que o legislador privilegie certas categorias de pessoas oriundas de ambientes desfavorecidos ou portadoras de deficiências físicas.⁴²⁸

O âmbito de aceitação de discriminações positivas no direito francês, como pode-se ver, é restrito. Ainda assim, permanece vedada, nesse âmbito, criar distinções expressamente vedadas pela Constituição (raça, origem, religião, crenças e sexo), admitindo-se somente sobre outros aspectos como a idade, características sociais dos indivíduos ou sua localização geográfica sobre o território nacional.

O juiz constitucional francês admite que para conseguir estabelecer uma verdadeira igualdade de fato, pode ser necessário, às vezes, recorrer a criação de desigualdades de direito. Entretanto, ele não impõe ao legislador a obrigação de criar discriminações positivas. Existe uma faculdade e não uma obrigação, reconhecida pelo *Conseil constitutionnel* de criar diferenças jurídicas de tratamento para estabelecer uma igualdade de fato.⁴²⁹

Em relação às discriminações baseadas no sexo, a Constituição Francesa de 1958 prevê, no seu artigo primeiro, alínea 2^a., que a lei favorece o igual acesso das mulheres e dos

⁴²⁵ Acerca dos direitos assegurados aos estrangeiros, na França, o Conseil constitutionnel enumerou os direitos mínimos que a eles são assegurados: Décision 13 août 1993, no. 93-925-325 DC *Maîtrise de l'immigration*, cons. 03 e 47. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-325-dc/decision-n-93-325-dc-du-13-aout-1993.10495.html>>. Acesso em: 08 ago. 2016

⁴²⁶ Sobre as discriminações positivas admitidas no direito francês, ver FAVOREU et al., 2016, p. 448-454.

⁴²⁷ Segundo o *Conseil constitutionnel* o princípio da igualdade pode se adaptar a especificidade de situações territoriais, admitindo que o legislador edite, pela via de concessões de vantagens fiscais, medidas de incitação ao desenvolvimento de certas partes do território nacional num objetivo de interesse geral. (Ibid., p 451.)

⁴²⁸ FROMONT, op. cit., p. 480-481.

⁴²⁹ FAVOREU et al., 2016, p. 451-453.

homens aos mandatos eleitorais e funções eletivas, assim como às responsabilidades profissionais e sociais.⁴³⁰

Assentada assim, a concepção vigente acerca do princípio da igualdade no direito francês, passamos a analisar um caso concreto submetido, em duas oportunidades ao controle de constitucionalidade (*a priori* e *a posteriori*) da lei que reconheceu o casamento às pessoas do mesmo sexo.

2.1 O reconhecimento do casamento às pessoas do mesmo sexo: análise das decisões do Conselho constitucional na questão prioritária de constitucionalidade (QPC) no. 2010-92, e na declaração de conformidade (DC) no.2013-669.

Inicialmente, a questão relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo foi levada ao *Conseil Constitutionnel*, por meio de uma questão prioritária de constitucionalidade (CC, 28 de janvier 2011, *décision no. 2010-92 QPC, Mme Corinne C et autre. Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*). Naquela oportunidade foi sustentado perante o Conselho que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo seria contrária à Constituição.

A questão não tratava exatamente sobre a constitucionalidade de uma disposição legislativa, mas sobre um princípio geral de direito civil, que teria um fundamento mais amplo que os artigos do Código Civil então contestados pelas requerentes (arts. 75 e 144 do Código Civil). Estes artigos tratam dos atos do casamento e das condições requeridas para poder contratar o casamento, e tiveram sua redação alterada em decorrência da Lei 2013-404, de 17 de maio 2013, que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Antes dessa modificação, e na forma como foram contestados, pela QPC 2010-92, tinham a seguinte redação⁴³¹:

⁴³⁰ O cenário acerca da igualdade de sexos na França sofreu progressiva evolução. Até 1999, o princípio da igualdade dos sexos era previsto só na alínea 3ª. do Preâmbulo da Constituição de 1946, nos seguintes termos: A lei garante à mulher, em todos os domínios, os direitos iguais àqueles dos homens. De 1999 à 2008, a Constituição de 1958 previa no artigo primeiro, alínea 2ª., que a lei favorece o igual acesso de mulheres e homens aos mandatos eleitorais e funções eletivas. Desde 2008, tal disposição foi complementada, em decorrência da reforma constitucional de 2008, de maneira que a lei favorece ‘também’ o igual acesso de mulheres e homens às responsabilidades profissionais e sociais (FROMONT, 2013, p. 480.)

⁴³¹ No original: **Art. 75:** Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles **212 et 213 (alinéas 1 et 2), 214 (alinéa 1) et 215 (alinéa 1)** du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

[...]

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour **mari et femme**: il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

Art. 144: Le homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus.

Art. 75. O dia designado pelas partes, após o prazo de publicação, o oficial de estado civil, na Prefeitura, na presença de ao menos duas testemunhas, ou de quatro no máximo parentes ou não das partes, fará leitura aos futuros esposos dos artigos 212 e 213 (alíneas 1 e 2), 214 (alínea 1) e 215 (alínea 1) do presente código. Será igualmente feita a leitura do artigo 371-1.

[...]

Receberá de cada parte, uma após a outra, a declaração que elas desejam se tornar **marido e mulher**: ele pronunciará, em nome da lei, que eles estão unidos pelo matrimônio, e emitirá o ato imediatamente.

Art. 144: O homem e a mulher não podem contrair matrimônio antes dos dezoito anos completos.

Os grifos, não constam do original, e servem para apontar os dispositivos modificados frente a nova redação dos artigos. Foram suprimidas as referências a homem e mulher, e substituídos por esposos.⁴³²

O princípio geral de direito civil referido é o de que “o casamento é a união entre um homem e uma mulher”. A QPC foi proposta sob o fundamento de violação ao princípio da igualdade, à liberdade do casamento e o direito a levar uma vida familiar normal.⁴³³

Na decisão no. 2010-92 QPC, o Conselho afastou as alegações de violação à liberdade de casamento, bem como a violação ao direito de levar uma vida familiar normal e à igualdade perante à lei, argumentando que:

[...]

7. Considerando, em segundo lugar, que a liberdade do casamento não restringe a competência que o legislador tem, prevista no art. 34 da Constituição, para fixar as condições do casamento, desde que no exercício desta competência ele não prive de garantias legais as exigências de caráter constitucional.

8. Considerando, de um lado, que o direito de levar uma vida familiar normal resulta da 10ª. alínea do preâmbulo da Constituição de 1946 que dispõe: “A nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento; que a última alínea do art. 75 e o art. 144 do Código Civil não obstam à liberdade de casais do mesmo sexo de viverem em concubinato nas condições definidas pelo art. 515-8 deste código ou de se beneficiar no âmbito jurídico do pacto civil de solidariedade (PACS) regido pelos seus arts.515-1 e seguintes; que o direito de levar uma vida familiar normal não implica o direito de se casar pelos parceiros de mesmo sexo; que por seguinte , as disposições impugnadas não violam o direito de levar uma vida familiar normal.

⁴³² Atualmente, a redação é a seguinte:

Art. 75: Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des **articles 212 et 213, du premier alinéa des articles 214 et 215, et de l'article 371-1 du présent code.**

[...]

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre **pour époux**: il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

Art.144: Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus.

⁴³³ MATHIEU; ROUSSEAU, 2013.

9. Considerando, por outro lado, que o art.6º. Da Declaração de 1789 (Declaração dos direitos do homem e do cidadão) dispõe que a lei “ deve ser a mesma para todos, seja quem ela protege, seja quem ela pune”; **que o princípio da igualdade não se opõe nem a isso que o legislador regule de maneira diferente situações diferentes, nem a isso que ele derogue à igualdade, por razões de interesse geral, contanto que, num e noutra caso, a diferença de tratamento que resulte disso esteja em relação direta com o objeto da lei que a efetua;** que em mantendo o princípio segundo o qual o casamento é a união de um homem e de uma mulher , **o legislador tem, no exercício da competência que lhe atribui o art. 34 da Constituição, estimado que a diferença de situação, entre casais do mesmo sexo e casais compostos de um homem e uma mulher , pode justificar uma diferença de tratamento quanto às regras de direito de família; que não pertence ao Conselho constitucional o direito de substituir sua apreciação àquela do legislador sobre a consideração, nesta matéria, da diferença de situação;** que em virtude disso, a violação ao art. 6º. da Declaração de 1789 deve ser afastada.

10. Considerando tudo isso, a alegação de violação à liberdade do casamento deve ser afastada. ⁴³⁴ (grifo nosso)

Nessa decisão, o Conselho entendeu por afastar a alegação de violação à liberdade do casamento entre as pessoas que não respondem às condições essenciais do casamento, sob o argumento de que o legislador pôde criar uma diferença de tratamento baseada numa diferença de situação ligada ao sexo.

Bertrand Mathieu e Dominique Rousseau, na obra *Les Grandes Décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, em seus comentários à referida decisão pontuam que, no entendimento do Conselho, a liberdade do casamento, como parte integrante da liberdade pessoal, não restringe a competência do legislador, que lhe é atribuída pelo art. 34 da Constituição, de fixar as condições do casamento desde que não prive das garantias legais as exigências constitucionais.

Esse foi também o sentido da decisão no. 2010-39 QPC, de 06.10.2010 (*Mmes Isabelle D. et Isabelle B. sur adotion au sein d’ un couple non marié. Consideránt n. 09*) relativa à adoção por companheiros não casados. Neste caso, o Conselho tinha então julgado que, mantendo o princípio segundo o qual a faculdade de adoção pelo casal é reservado aos cônjuges, o legislador considerou , no exercício da competência que lhe atribui o art. 34 da Constituição, que a diferença de situação entre parceiros casados e aqueles que não o são, podia justificar, no interesse da criança, uma diferença de tratamento quanto ao estabelecimento da filiação adotiva, em relação às crianças menores; e que não pertencia ao Conselho o direito de substituir sua apreciação àquela do legislador sobre as consequências que lhe convém tirar, no caso, da situação particular das crianças criadas por duas pessoas do

⁴³⁴ COMMENTAIRES à Décision no. 2013-669 DC, du 17 maio 2013. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

mesmo sexo; que em virtude disso, a violação ao art. 6º. da Declaração de 1789 devia ser afastada.⁴³⁵

Da decisão, tomada pelo Conselho no âmbito da QPC no. 2010-92, podem-se extrair consequências importantes. A primeira é a de que o casamento é uma instituição a qual compete ao legislador definir, antes de ser um direito. Ou melhor, somente se trata de um direito no âmbito fixado pelo legislador. Esse enquadramento legal deverá observar as exigências constitucionais em relação às quais não se insere o direito de cada um de se casar qualquer que seja o seu sexo e o do seu parceiro. Essa *self restraint* do Conselho reforça sua legitimidade, pois lhe preserva de acusações como a de promover um ‘governo de juízes’. Outra consequência é a de que essa decisão reafirma o posicionamento desde sempre adotado pelo Conselho, o de que, a resposta a questões de sociedade pertence ao legislador. E ainda, embora não esteja referido na decisão, a posição adotada pelo Conselho reflete a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que mantém uma posição *self restraint* sobre a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴³⁶

Em relação ao direito de levar uma vida familiar normal, o Conselho entendeu que esse direito não era desconhecido a partir do momento que as disposições contestadas -arts. 75 e 144 do Código Civil- não obstavam a liberdade dos casais de mesmo sexo em viver em concubinato⁴³⁷ ou em celebrar um pacto civil de solidariedade (PACS)⁴³⁸. E concluiu que o direito de levar uma vida familiar normal não implicava no direito de se casar para os casais do mesmo sexo.

Após tal decisão, o Parlamento francês elaborou a lei tratando do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A Lei no. 2013-404, de 17 de maio de 2013⁴³⁹, que autoriza e disciplina o casamento entre pessoas do mesmo sexo, na França, antes de ser promulgada⁴⁴⁰, foi submetida ao controle preventivo de constitucionalidade, por iniciativa parlamentar de sessenta deputados e

⁴³⁵ Vide COMMENTAIRES à Décision no. 2013-669 DC, du 17 maio 2013. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

⁴³⁶ MATHIEU; ROUSSEAU, 2013, p. 248-249.

⁴³⁷ O concubinato é definido no art. 515-8 do Código Civil francês, como uma união de fato caracterizada por uma vida em comum, apresentando características de estabilidade e de continuidade, entre duas pessoas de sexo diferente, ou de mesmo sexo, que vivem como casal.

⁴³⁸ No pacto civil de solidariedade (PACS), conforme o artigo 515-4 do Código Civil francês, há um compromisso de vida em comum, assim como a uma assistência material e recíproca entre os parceiros.

⁴³⁹ Disponível:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id>>.

Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁴⁰ Tecnicamente, de acordo com o sistema brasileiro, falar-se-ia em projeto de lei. Entretanto trataremos de lei anterior a sua promulgação, como é a referência feita no direito francês.

sessenta senadores que se opunham à promulgação da referida lei, ao argumento dentre outros, de que ela atentaria contra um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR). Este princípio seria o de que o casamento consiste na união entre um homem e uma mulher.⁴⁴¹

A referida lei contém 22 artigos que tratam do casamento (arts.1º. a 6), da filiação adotiva e à manutenção dos laços com a criança (arts.7 a 9); disposições relativas ao nome de família (arts.10 a 12); disposições relativas à coordenação (arts. 13 a 20) e disposições diversas, transitórias e finais (arts.21-22).

Sobre o casamento (arts. 1 e 21), pronunciou-se o Conselho que o coração da lei, que lhe foi submetida à apreciação, está no seu art. 1º. que tem por objetivo inserir no Código Civil um artigo 143 assim redigido: “ O casamento é contratado por duas pessoas de sexo diferente ou de mesmo sexo”. Em verdade essa disposição não acrescenta ao Código Civil uma definição geral do casamento. Visa, em nome do princípio da igualdade, permitir o casamento aos casais homossexuais, podendo assim se beneficiarem do regime jurídico do casamento.

Até a edição da lei no. 2013-404, de 17 de maio de 2013 a situação era a seguinte: os casais formados por pessoas do mesmo sexo podiam viver sob o regime do concubinato ou do pacto civil de solidariedade -PACS. De acordo com a jurisprudência do próprio Conselho (*décision no. 2011-155 QPC, 29.07.2011*) o concubinato é definido no art. 515-8 do Código Civil francês, como uma união de fato caracterizada por uma vida em comum, apresentando características de estabilidade e de continuidade, entre duas pessoas de sexo diferente, ou de mesmo sexo, que vivem como casal. E diferentemente dos cônjuges, no regime do matrimônio, os concubinos não são financeiramente, solidariamente responsáveis, perante terceiros, nem detém obrigações recíprocas.

Quanto aos parceiros (pactantes do PACS), conforme o artigo 515-4 do Código Civil francês, há um compromisso de vida em comum, assim como a uma assistência material e recíproca. Se eles não dispuserem de outra forma, a assistência material será proporcional as suas faculdades respectivas. Além disso, eles são considerados solidariamente responsáveis perante terceiros, quanto às dívidas contraídas por um deles para as necessidades da vida diária. Ao contrário dos concubinos, os pactantes (PACS) sujeitam-se as obrigações financeiras recíprocas e perante terceiros, porém as disposições do Código Civil não conferem

⁴⁴¹ COMMENTAIRES à Décision no. 2013-669 DC, du 17 maio 2013. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

nenhuma compensação pela perda de rendimentos em caso de cessação do PACS, em proveito de um dos parceiros, nenhuma vocação sucessória ao sobrevivente em caso de morte de um dos parceiros.

De acordo com o Conselho constitucional, considerando que o regime do casamento tem por objetivo não apenas estabelecer obrigações pessoais, materiais e patrimoniais entre os cônjuges, como igualmente assegurar a proteção à família, em caso de dissolução do matrimônio, a edição da lei visa exatamente a suprir as deficiências dos outros regimes quanto à efetiva proteção familiar.

Relevante anotar que a Constituição Francesa de 1958, atualmente vigente não trata da família, apenas se refere aos regimes patrimoniais, no seu art. 34.⁴⁴²

Por isso, segundo a jurisprudência estabelecida pelo Conselho, a liberdade de se casar constitui um componente da liberdade pessoal, e como tal merecedora da proteção constitucional.

O Conselho constitucional, no seu exame prévio da constitucionalidade da lei, primeiramente distinguiu a alegação de inconstitucionalidade direcionada especificamente ao casamento (contra o art. 1º.) das demais alegações dirigidas aos efeitos deste sobre a adoção (arts. 1º., 7º., 8º. e 13º.).

Quanto à alegação de inconstitucionalidade decorrente da violação de um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR), segundo o qual o casamento seria a união de um homem e uma mulher; o Conselho entendeu que a diferença sexual no casamento não constitui atentado a um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República.

Ponderou nesse sentido que, o preâmbulo da Constituição de 1958 faz referência ao preâmbulo da Constituição de 1946, o qual reafirma, sem enumerar, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, cujo valor constitucional não pode ser desconhecido pelo legislador, nem este pode derogá-los. Mas para que um princípio seja considerado como “fundamental”, nos termos postos na Constituição de 1958, e como tal considerado um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR), deveriam estar presentes três condições.

⁴⁴² Art. 34-La loi fixe les règles concernant: - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; - la nationalité, l'état et la capacité des personnes, **les régimes matrimoniaux**, les successions et libéralités; - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; - l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie. [...]

A primeira é a de que para ser considerado fundamental, o princípio deve enunciar uma regra suficientemente importante e ter um grau suficiente de generalidade e interessar aos domínios essenciais da vida da Nação, como os direitos e liberdades fundamentais, a soberania nacional ou a organização dos poderes públicos.⁴⁴³

É necessário cumulativamente que o princípio esteja consagrado textualmente em uma ou várias leis adotadas sob o regime republicano anterior à 1946.⁴⁴⁴ E ainda que esse princípio jamais tenha sido derogado por uma lei republicana anterior à entrada em vigor da Constituição de 1946.⁴⁴⁵

O Conselho constitucional entende que todos os PFRLR que, até hoje, foram por ele reconhecidos, pertencem aos direitos e liberdades fundamentais ou à organização da República⁴⁴⁶. As denominadas ‘questões de sociedade’ oriundas do Código Civil, nunca foram reconhecidas pelo Conselho como um PFRLR.

Referiu ainda que a extensão da possibilidade de se casar aos homossexuais não restringiria àquela dos heterossexuais. Logo, não havia uma violação a um direito ou a uma liberdade fundamental, e sim uma extensão a novas pessoas da possibilidade de acessar um regime legal.

Então, na decisão de 17 de maio de 2013, no âmbito do controle prévio de constitucionalidade, reputou ausente a primeira condição para que se fizesse reconhecida a heterossexualidade do casamento como um princípio fundamental reconhecido pelas leis da

⁴⁴³ Nesse sentido a Décision no. 98-407 DC, de 14 de janeiro de 1999, cons. 09. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.decision-n-98-407-dc-du-14-janvier-1999.11839.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, a Décision no. 86-224 DC, de 23 de janeiro de 1987, cons.15. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, a Décision no. 86-244 DC, de 20 de julho de 1988, cons.12. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁴⁶ Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República foram paulatinamente sendo objeto de reconhecimento, a partir de uma construção jurisprudencial do próprio Conselho. Hoje, de acordo com o Conselho constitucional, são considerados PFRLR os seguintes: liberdade de associação (DC 44, 16.07.1971); o respeito dos direitos de defesa (DC 70, 02.12.1976); a liberdade individual (DC 75, 12.01.1977); liberdade de ensino (DC 87, 23.11.1977), liberdade de consciência (DC 87, 23.11.1977); a independência da jurisdição administrativa (DC 119, 22.07.1980); independência dos professores universitários (DC 165, 20.01.1984 e professores pesquisadores QPC 20/21, 06.10.2010) , a competência da jurisdição administrativa para anulação ou reformulação das decisões tomadas no âmbito das prerrogativas de poder público pelas autoridades públicas (DC 224, 23.01.1987) , o papel do juiz judiciário como garante da propriedade privada imobiliária (DC 256, 25.07.1989) a adaptação do direito penal aos menores (DC 461, 29. 10.2002), a existência de disposições legislativas e regulamentares particulares aos departamentos do Baixo Reno, do alto-Reno e da Mosela somente podem ser concebidas na medida onde as diferenças de tratamento que resultam disso não são ampliadas e que seu campo de aplicação não seja aumentado. (QPC 157, 05.10.2011). No âmbito do Conseil d'État são reconhecidos como PFRLR: a proibição de extraditar estrangeiro quando o pedido de extradição apresenta um motivo político (CE, 03.07.1996, Koné) e a laicidade (CE, 06.04.2001, S.N.E.S) (TOULEMONDE, 2015, p. 138.)

República (PFRLR). E assim entendeu porque se a legislação republicana anterior à 1946 e as leis posteriores tiveram, até a edição da lei 2013-404, visto o casamento como uma união entre um homem e uma mulher, essa regra, que não interessa nem aos direitos e liberdades fundamentais, nem a soberania nacional, nem a organização dos poderes públicos, não pode constituir um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR), no sentido definido pela alínea primeira do preâmbulo da Constituição de 1946.⁴⁴⁷

A doutrina francesa ratifica o entendimento esposado pelo Conselho, ao admitir que a tradição francesa, refletida no art. 34 da Constituição, é aquela da competência do Parlamento para legislar em direito de família.

Também foi arguida, no âmbito do controle *a priori*, pelos parlamentares que representaram pela inconstitucionalidade da lei, a incompetência do legislador para decidir sobre o casamento entre as pessoas do mesmo sexo, e que tal pertenceria ao constituinte.

Em relação à tal alegação, o Conselho constitucional decidiu afastá-la, no entendimento de que o art. 34 da Constituição Francesa de 1958 confere expressamente competência ao legislador para fixar as regras concernentes ao estado das pessoas, em cujo domínio se encontra a legislação acerca do casamento. Lembrou ainda, que o art. 61 (controle de constitucionalidade *a priori*) não lhe confere um poder geral de apreciação e de decisão da mesma natureza que aqueles do Parlamento, mas lhe dá somente competência para se pronunciar sobre a conformidade das leis à Constituição, leis que são submetidas ao seu exame anteriormente à promulgação.

Outro argumento pontuado, pelos parlamentares que se opunham à promulgação da lei, dizia respeito ao princípio da igualdade, que impunha igual tratamento a situações idênticas, o que não se verificava no caso. O Conselho já havia decidido, no âmbito da QPC no. 2010-92, que o legislador tinha competência constitucional (art.34), à vista da diferença de situações, de regulamentá-las de forma a justificar uma diferença de tratamento quanto às regras de direito de família. E que não lhe cabia substituir sua apreciação àquela do legislador, quanto a essa matéria, afastando a pretensa violação ao art. 6º. da Declaração de 1789.

E assim, o Conselho constitucional tem reiteradamente decidido, fixando uma jurisprudência respeitosa à competência do legislador em se tratando de assuntos relacionados

⁴⁴⁷ DÉCISION no. 2013-669, de 17 maio de 2013, cons. n. 21 Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

à vida em sociedade, tanto em decisões proferidas no âmbito do controle *a priori*⁴⁴⁸, quanto *a posteriori*,⁴⁴⁹ via QPC.

Aqui não abordaremos as demais questões processuais levantadas, nem a questão referente à adoção, pois desborda dos objetivos deste trabalho. Apenas registramos que a lei francesa sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecida, pelos argumentos esposados, como conforme à Constituição.

À vista das fundamentações adotadas nas decisões do Conselho constitucional (QPC 2010-92, de 28.01.2011 e DC 2013-669, de 17.05.2013) podemos concluir que, à luz da tradição jurídica francesa, o Conselho Constitucional não atua como legislador positivo, substituindo-se à apreciação e decisão do legislador, a quem compete tratar de assuntos atinentes à vida em sociedade, como aqueles decorrentes de relações familiares (direito de família). O casamento, enquanto a união entre pessoas do mesmo sexo, não constitui um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR), nem se insere entre os direitos e liberdades fundamentais. E finalmente, o princípio da igualdade, nessas condições deve ser concretizado pelo legislador ordinário e não pelo constituinte.

2.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 132 /RJ e a equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao regime jurídico da união estável. Interpretação conforme à Constituição e direito fundamental

O Supremo Tribunal Federal na decisão de julgamento conjunto das ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF conferiu ao art. 1723 do Código Civil brasileiro (*verbis*: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família) interpretação conforme à Constituição, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que foi feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

⁴⁴⁸ Decisão de conformidade -DC no. 74-54 de 15.01.1975, pela interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁴⁹ Decisões no. 2010-39 QPC, de 06.10.2010 sobre adoção por casais homossexuais Disponível em : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-39-qpc/decision-n-2010-39-qpc-du-6-octobre-2010.49642.html>>. Acesso em 12 ago. 2017; Decisão no. 2010-92 QPC, de 28.02.2011 sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

Inicialmente já percebemos uma significativa diferença entre as decisões tomadas pela Jurisdição constitucional francesa e brasileira. A primeira equiparou a união entre pessoas do mesmo sexo ao casamento, a segunda ao regime jurídico da união estável.

A decisão do Supremo Tribunal Federal restou assim ementada:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO,** SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. **DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”:** direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. **INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. **Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º).** Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma

autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. **Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil.** Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. **Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.**

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade família”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. **Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.** Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (grifos nossos)

A Constituição de 1988 não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual e como consequência, não menciona as uniões homoafetivas. Refere explicitamente às uniões heterossexuais (art. 226 §3º.) O Código civil brasileiro, ao disciplinar a união estável, seguiu a mesma linha (art. 1723). Em vista disso, o cenário fático existente quando do ajuizamento da ADPF 132/RJ, era o de reconhecimento dessas uniões homossexuais apenas para determinados fins (p.ex. previdenciários) ou mesmo a ausência de reconhecimento, havendo pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema.

A inicial apresentou duas teses jurídicas principais. A primeira tese central sustentada na ação foi a de que um conjunto de princípios constitucionais -igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica- impunha a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. O não reconhecimento dos efeitos jurídicos às uniões homoafetivas importava em desequiparação fundada na orientação sexual e, portanto, violação direta ao princípio da igualdade (igualdade formal). Quanto ao direito à liberdade, argumentou-se que não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significaria privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, argumentou-se que o não reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade que, embora majoritário, não é juridicamente obrigatório, bem como equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade dos demais. E quanto à segurança jurídica, defendeu-se que a exclusão das uniões homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime jurídico específico similar, criaria um quadro de incerteza, alimentado por manifestações díspares do Poder Público.⁴⁵⁰

A segunda tese desenvolvida na petição inicial apresentava a seguinte solução alternativa: caso se entendesse impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, deveria ser reconhecida a existência de uma lacuna normativa, a ser integrada pela analogia. Assim, presentes os elementos essenciais da união estável identificados pelo Código Civil tanto nas relações heterossexuais quanto nas homoafetivas-convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar- seria natural a extensão do regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Com base nesses argumentos,

⁴⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal: direitos fundamentais e casos difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 120-125, jan/jun. 2012.

demandava-se uma interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais, para que o STF declarasse a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.⁴⁵¹

Em seu voto-condutor o Ministro relator Carlos Ayres Britto fundamentou-se na liberdade individual, no direito à intimidade e à vida privada, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Concluiu que uma interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso preconceituoso. Em conclusão, atribuiu ao art. 1723 do Código Civil, interpretação conforme à Constituição, para excluir deste, qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família. Reconhecimento feito segundo as mesmas regras pertinentes ao regime jurídico das uniões estáveis heteroafetivas.

Ponderou o Ministro relator que o casamento é apenas uma das formas de constituição da família, sendo a outra forma, a união estável. E que ambas são modalidades legítimas de família. Se há diferença entre o casamento e a união estável, quanto à família não há, pois deve ser considerada como família tanto aquelas formadas por pares homoafetivos, quanto heteroafetivos. Pontuou ainda que entidade familiar constitui sinônimo de família, não havendo entre elas qualquer hierarquia ou diferença jurídica.

De acordo com Ayres Britto, a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas decorreria diretamente de uma interpretação sistemática e teleológica do art. 226 §3º. da Constituição.

Os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso optaram pela solução analógica, devido à lacuna normativa na matéria. O Ministro Gilmar Mendes, assentou o reconhecimento das uniões homoafetivas não com base no art. 1723 do Código Civil ou mesmo do art. 226 §3º. da Constituição Federal, mas com suporte em outros princípios constitucionais. Ele ressaltou no seu voto, não haver dúvidas de que o Tribunal estaria assumindo um papel de legislador positivo, ainda que provisoriamente, pois se esperava que o legislador autêntico viesse a atuar. Acrescentou que “[...] se o sistema jurídico (sic), de alguma forma, falha na composição dessa resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo” Salientou ademais, que seria muito mais fácil responder à pretensão formulada na ADPF132/RJ e ADIN4277/DF, no sentido de

⁴⁵¹ BARROSO, 2012, p. 124.

que a matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso, mas que é conhecedor das dificuldades deste em deliberar sobre o tema, ante a existência de vários projetos de leis e de propostas de emendas constitucionais arquivados e outras em tramitação, e o longo tempo que o tema já é discutido sem que se chegue a um consenso quanto a sua regulamentação.

Afirmando que em se tratando aqui da proteção de direitos fundamentais, é dever da Corte constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada pelo órgão competente. Ressaltou que o reconhecimento pelo STF desse direito não decorre de ativismo judicial, mas se trata de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.⁴⁵² A legitimidade do Tribunal, enquanto Corte constitucional advém da aplicação da Constituição como norma.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu existir uma lacuna valorativa no sistema de proteção das uniões homoafetivas e reputou que uma interpretação extensiva do art. 226, §3º da Constituição Federal e do próprio art. 1723 do Código Civil seria extravagante à atuação da Corte, e em descompasso com a técnica de interpretação à Constituição.⁴⁵³

A premissa adotada na decisão de Gilmar Mendes foi de que havia outros fundamentos e direitos envolvidos que justificariam a proteção jurídica para as relações homoafetivas, tais como os princípios da igualdade, livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação em razão da opção sexual. Limitou-se assim a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos distintos do relator, a determinar naquilo que for cabível o modelo de proteção jurídica da união estável, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos (esferas: penal, civil, eleitoral). Salientou, ao final, que a decisão do STF não obstava a atuação do legislador e inclusive serviria de estímulo institucional para que as situações que envolvessem esse reconhecimento viessem a ser disciplinadas

A par das fundamentações utilizadas nos votos do Ministro Ayres Britto e Gilmar Mendes, e pelo próprio teor da ementa da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal já é possível perceber a opção adotada pela jurisdição constitucional brasileira: a definição do

⁴⁵² Cita nesse sentido Robert Alexy quando diz que: “o Parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal constitucional o representa argumentativamente” (ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V. 16. 1999, p. 214).

⁴⁵³ O Ministro Ayres Britto entendeu pela inexistência de lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que superaria a literalidade do art. 226 §3º. da CF/88, concluindo pela paridade jurídica das situações.

regime legal aplicável às uniões homoafetivas, mediante decisão judicial com eficácia vinculante e efeitos erga omnes.

Luis Roberto Barroso⁴⁵⁴ pondera, no mesmo sentido, acerca do papel contramajoritário assumido pelo STF na proteção de direitos fundamentais de um segmento da população que ainda não conseguiu superar os gargalos do sistema político. Anota ainda a postura interpretativa do STF ao reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais.

Ocorre que interpretação constitucional efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, visando à garantia de direitos fundamentais, muitas vezes se traduz no exercício de um verdadeiro poder constituinte ou ainda na função de legislador positivo. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade não se limita a retirada de uma lei do ordenamento jurídico, mas implica na criação de norma jurídica diversa daquela instituída pelo Legislativo.

No desempenho da sua função de concretizar os direitos fundamentais estampados na Constituição e outros dela decorrentes, o Supremo legisla, ainda, que de forma provisória, acerca de uma questão cuja competência estaria afeta ao Poder Legislativo.⁴⁵⁵

Nesse sentido, as observações pontuadas por Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael Oliveira⁴⁵⁶;

[...]

A principiologia constitucional (mesmo com o § 3º do art. 226 dizendo o contrário) apontaria para a necessidade de compreender que a proteção do Estado à união estável entre homem e mulher deveria ser estendida às relações homoafetivas. A expressão *homem e mulher* contida no texto constitucional seria *meramente exemplificativa* (sic!). *In verbis*, a posição da PGR:

A única interpretação que torna o preceito (art. 1273 CC - acrescentamos) compatível com a Lei Maior é a que concebe a expressão "homem e mulher", contida em seu texto, como *meramente exemplificativa*, de forma a admitir a interpretação analógica do dispositivo, para que ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que se configure como convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Desse modo, a PGR pugna, como pedido subsidiário, pela transformação da ADPF em ADIn com pedido de Interpretação Conforme do art. 1273 do CC, de modo que ele apenas seria compatível com a Constituição se lido ao modo retratado acima.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*),

⁴⁵⁴ BARROSO, 2012.

⁴⁵⁵ Não se pretende neste trabalho fazer qualquer crítica à atuação da jurisdição constitucional brasileira a esse respeito. O estudo limita-se a fazer uma análise comparativa das formas de atuação das jurisdições constitucionais da França e do Brasil quanto à proteção de direitos fundamentais, a exemplo do reconhecimento das uniões entre casais do mesmo sexo.

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul/dez. 2009.

reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao *fenômeno mesmo* que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da lei n. 9868/99 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas *lato sensu*. Mas, mesmo aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte?

E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica – *ontologische Differenz*) que existe entre *texto* e *norma*. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o *limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado).

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? **Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.**

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.

[...]

Importante salientar, ainda, que **a própria utilização da ADPF como mecanismo apto a sanar a "omissão do legislador" é equivocada**. Isso porque, em casos de omissão, o manejo adequado dos mecanismos de jurisdição constitucional aponta para a propositura de um *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI da CF). Ora, o mandado de injunção é ação de efeitos concretos que manteria o equilíbrio institucional entre os poderes da república, enquanto que a ADPF, pela sistemática dos efeitos da decisão, faz com que o judiciário haja como se legislador fosse criando efetivamente, uma regra geral e abstrata. Sem contar que, neste caso, a atuação do judiciário não atingiria simplesmente a atuação do legislador ordinário, mas provocaria um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o texto do § 3º do art. 226. De todo modo, mesmo o *mandamus injuntivo* não teria espaço constitucional, pelo simples fato de que o texto constitucional aponta para o contrário da pretensão. *Ou seja, não é possível superar o limite do texto: levemos o texto (constitucional) a sério.*

[...]

Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não

constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário..." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família.

Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais **porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito.** Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) **não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes"**.

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões:* p.ex., a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, "a", refere apenas a possibilidade de argüição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os municípios espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que *"a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais"*, etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – **por lei** –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto.* E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". **A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição".** (grifo nosso)

Não só na Espanha, na França também preferiu-se resolver a questão do reconhecimento das uniões homoafetivas, pela via legislativa e não jurisdicional.

Nesses países, diferentemente do Brasil, a concepção clássica de separação de poderes e os limites do poder normativo do juiz constitucional ainda orientam a atuação das suas Cortes, e as instituições parecem ter consciência da importância de manter suas competências preservadas.

Da análise comparativa da forma como se deu o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na França e no Brasil, no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, pode-se extrair três diferenças, quanto à atuação e fundamentação adotadas pelas respectivas jurisdições constitucionais.

A primeira diz respeito à forma como se operou esse reconhecimento. Na França, a questão foi inicialmente levada ao Conselho Constitucional por meio de uma questão prioritária de constitucionalidade, no âmbito do controle *a posteriori* de constitucionalidade (QPC 2010-92, 28 janeiro de 2011). Naquela oportunidade o Conselho já decidiu que a questão seria de competência do Parlamento, e que não poderia substituir a sua apreciação àquela do Poder Legislativo. Em 17 de maio de 2013, o projeto de lei (Lei 2013-404) tratando do casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como da adoção por estes casais, foi submetido ao controle prévio de constitucionalidade, anterior à promulgação da lei. Na decisão DC 2013-669, de 17 maio de 2013, o Conselho constitucional declarou a conformidade da lei à Constituição, afastando as alegações de inconstitucionalidades levantadas por uma comissão de deputados e senadores.

No controle prévio de constitucionalidade desta lei, apresentada ao Conselho constitucional, este reiterou a competência do legislador para dispor acerca da matéria, afastando a alegação de competência do poder constituinte. O princípio da soberania parlamentar é muito respeitado no sistema francês, ainda que para alguns a instituição da QPC possa ter representado uma mitigação desde postulado, ao permitir que uma lei aprovada pelo Parlamento seja afastada pelo Conselho constitucional ao argumento de que é contrária à Constituição.

No Brasil, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo não foi feito via Poder Legislativo, mas pelo Judiciário, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), por meio da técnica da interpretação conforme, com efeito vinculante e eficácia erga omnes. Ante a omissão, intencional ou não, do Legislativo Nacional em regulamentar a matéria, o STF atuou como 'legislador positivo', o que, segundo reconhecido

pela própria Corte, não obsta que o próprio Legislativo regulamente, posteriormente, a matéria.

A atuação do STF como ‘legislador’ parece ser referendada pelo próprio Legislativo, seja quando este propositalmente se recusa a legislar, seja quando o faz de forma insuficiente, esperando que o Judiciário venha suprir lacunas legislativas. Além disso, o Brasil vivencia atualmente um descrédito institucional em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, por conta de esquemas de corrupção que tem sido desvelados pelo Judiciário. Tudo isso contribui, de certa forma, para que a concretização dos direitos fundamentais, a ser realizada pelo STF, possa implicar no afastamento de outros princípios constitucionais de igual relevância, como o da separação de funções.

A segunda é que, segundo entendimento do Conselho constitucional o casamento, bem como outras ‘questões de sociedade’ oriundas do Código Civil, não detém o caráter de princípio fundamental reconhecido pelas leis da República (PFRLR) eis que não se inserem dentre os direitos e liberdades fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a fundamentalidade dos direitos à liberdade de dispor da própria sexualidade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e ainda que, é no núcleo familiar que reside o principal *locus* de concretização de tais direitos fundamentais. Além disso, como a própria Constituição dispõe acerca do instituto da família e do dever de proteção pelo Estado, no art. 226 e parágrafos, as questões atinentes a essa matéria deixaram de ser apenas questões de direito civil, pois foram constitucionalizadas. Isso levou o Tribunal, a partir de uma interpretação teleológica e sistemática desses dispositivos, com os direitos fundamentais previstos e decorrentes da Constituição, a justificar a decisão adotada, de dizer o que o que a lei (art. 1723 do Código Civil) não disse textualmente, nem mesmo a própria Constituição no seu art. 226 §3º.

A terceira diferença a ser pontuada é que na França, o Legislativo regulamentou o próprio instituto “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, a par da manutenção dos outros regimes jurídicos existentes (concubinato e pacto civil de solidariedade-PACS), possibilitando assim a livre opção pelos interessados do regime jurídico que lhe for mais conveniente.

O reconhecimento pelo STF se deu de forma mais limitada, pois a equiparação não foi ao instituto do casamento, mas ao regime da união estável. Sendo que no tocante à equiparação das uniões à definição ortodoxa de família, e de entidade familiar, houveram divergências de entendimentos entre os Ministros da Suprema Corte.

Percebe-se assim o quão diferente se revelou a forma de atuação das instituições no Brasil e na França, no âmbito de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis referentes a questão de idêntica natureza: casamento/uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O tratamento das omissões legislativas é outro exemplo, trazido à colação, nesta pesquisa, para demonstrar as diferenças de atuação do *Conseil constitutionnel* e do STF.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS NA FRANÇA

3.1. As omissões inconstitucionais: a incompétence négative no direito francês

A declaração de inconstitucionalidade por incompetência negativa do legislador equivale a uma sanção pelo desconhecimento da repartição de competências, tal como ela é fixada pela Constituição Francesa, notadamente no seu art. 34. Este artigo habilita o legislador, no âmbito da competência ali definida, a adotar normas que fixem as regras ou determinem os princípios fundamentais necessários à concretização das normas acerca das matérias ali arroladas.

O legislador incide em uma *incompétence négative* quando deixa de fixar as regras e princípios fundamentais exigíveis à concretização da norma, permitindo assim, explicitamente ou implicitamente, que outra autoridade intervenha em seu lugar. Da mesma forma quando elabora uma lei imprecisa e ambígua. Para não incidir em uma *incompétence négative*, o legislador deve determinar com precisão suficiente as condições nas quais será executada a regra ou princípio posto na lei. Deve esgotar sua competência. Não pode, portanto, reenviar ao poder regulamentar (Executivo) a tarefa de intervir para concretizar as regras ou os princípios fundamentais atinentes a matéria que a Constituição (art.34) lhe reservou. Esse reenvio também é passível de se operar em proveito de organizações sociais (ex. sindicatos), caso em que também será suficiente para configurar uma *incompétence négative*. Foi o que ocorreu quando o legislador, a despeito do disposto na 8ª. alínea do Preâmbulo da Constituição de 1946 (*bloc de constitutionalité*) confiou aos sindicatos a determinação dos princípios fundamentais do direito do trabalho (*Décision 2014-373 QPC*, de 04 abril 2014, cons.11⁴⁵⁷) e no caso do direito de greve nos serviços públicos de transporte terrestre ,

⁴⁵⁷ Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2014-373-qpc/decision-n-2014-373-qpc-du-4-avril-2014.140564.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

quando o Conseil constitutionnel (Décision 2007-556 DC , 16 août 2007 ⁴⁵⁸) entendeu que a proteção do direito constitucional de greve passa inicialmente pela lei , e cabe ao legislador zelar para que não abandone sua competência ao poder regulamentar ou aos parceiros sociais sob pena de incidir em incompétence négative. ⁴⁵⁹

O reenvio às autoridades jurisdicionais é mais difícil de se conceber, porque qualquer que seja o poder de apreciação e de interpretação, tais autoridades dificilmente se substituem ao legislador para definir as regras e princípios visados pelo art. 34. Em qualquer caso, reenvio total ou parcial, explícito ou implícito, o que se censura não é propriamente o reenvio, mas a omissão do legislador em não ter ele mesmo fixado as regras e princípios fundamentais.

Assim a redação completa da lei, fixando as regras e princípios fundamentais relativos ao seu domínio material (art. 34) condiciona sua conformidade à Constituição.

A incompetência negativa do legislador é frequentemente invocada no âmbito do controle de constitucionalidade *a priori* (art. 61 da Constituição Francesa) e também pode ser reconhecida no âmbito do controle *a posteriori*, via *question prioritaire de constitutionnalité* (art. 61-1).

No contencioso constitucional da QPC, o Conseil considera que o desconhecimento pelo legislador de sua própria competência somente pode ser invocado em apoio de uma questão prioritária de constitucionalidade no caso onde este desconhecimento afete por ele mesmo um direito ou uma liberdade que a Constituição garante. (Décision 2012-254 QPC 18 juin 2012)⁴⁶⁰.

Certamente, as regras de procedimento e de competência não poderiam, em princípio, ser invocadas para suscitar uma QPC. Entretanto a incompetência negativa ultrapassa o estrito âmbito de uma questão de competência, de constitucionalidade externa. Ela coloca em jogo a própria finalidade da lei, a exemplo da proteção dos direitos e liberdades que a Constituição garante. Por isso diz-se que o fundamento desta aceitação no âmbito da QPC estaria no art. 16 da DDHC, pois ela visa assegurar a separação de poderes (o respeito ao Parlamento) e a garantia dos direitos.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-556-dc/decision-n-2007-556-dc-du-16-aout-2007.1182.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁵⁹ VIDAL-NAQUET, Ariane. L'État de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 46, p. 7-20, jan. 2015. L' incompétence em droit constitutionnel.

⁴⁶⁰ Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-254-qpc/decision-n-2012-254-qpc-du-18-juin-2012.114691.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁶¹ BERGOUGNOUS, Georges. L' incompétence négative vue du Parlement. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 46, p. 41-54, jan. 2015. L' incompétence em droit constitutionnel.

Constatada uma incompetência negativa, o Conseil constitutionnel pode, segundo a importância do texto submetido ao seu controle, o contexto político, seja interpretar a lei para a salvar da censura (reservas de interpretação), seja concluir pela sua não conformidade à Constituição.

O sistema francês não consagra um procedimento específico que tenha por objetivo o controle de qualquer omissão legislativa. Mas como retratam as decisões do *Conseil*, o juiz constitucional francês envia ao legislador uma mensagem à propósito de uma possível necessidade de legislar, já que o *Conseil constitutionnel* diz que a lacuna que ele constata na lei pertence à competência do legislador.⁴⁶²

3.2. O direito de greve dos servidores públicos nos transportes terrestres e o entendimento do Conseil constitutionnel

No caso do direito de greve dos servidores nos transportes terrestres, o *Conseil constitutionnel* teve oportunidade de se manifestar acerca da regulamentação do direito de greve, consagrado constitucionalmente no Preâmbulo da Constituição de 1946, alínea 7^a. nos seguintes termos: “O direito de greve se exerce no âmbito das leis que o regulamentam”.

Ocorre, que à semelhança do Brasil, desde 1946, tal regulamentação geral do direito de greve jamais tinha sido adotada. Apenas leis esparsas proibindo ou regulamentando a greve para determinadas categorias profissionais tinham sido votadas. E o *Conseil constitutionnel*, em relação a essas leis, pode se pronunciar acerca das suas conformidades à Constituição.

O *Conseil* admitiu por exemplo, que a lei possa proibir o direito de greve aos agentes cuja presença seja indispensável para assegurar o funcionamento de serviços públicos cuja interrupção possa atentar contra as necessidades básicas do País (Décision 87-230 DC 28 de juillet 1987).⁴⁶³

Em outra oportunidade, o *Conseil constitutionnel* (Décision no. 2007-556 DC, de 16 août 2007⁴⁶⁴) considerou que, no que concerne ao enquadramento do exercício do direito de greve nos transportes terrestres, os constituintes entenderam assinalar que o direito de greve é um princípio de valor constitucional, mas que ele tem limites. Eles habilitaram o legislador a

⁴⁶² OLIVEIRA, Denise Teixeira de. Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil: voie de démocratie continue, instrument inachevé de contre-pouvoir ? **IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel-AFDC-Lyon 2014**, Jun 2014, Lyon, France. <halshs-01120638>.

⁴⁶³ DÉCISION 87-230 DC 28 de juillet 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-87-230-dc-du-28-juillet-1987.8343.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁶⁴ DÉCISION n° 2007-556 DC du 16 août 2007. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-556-dc/decision-n-2007-556-dc-du-16-aout-2007.1182.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

traçar esses limites, operando a conciliação necessária entre a defesa dos interesses profissionais, cuja greve é um meio, e a salvaguarda do interesse geral ao qual a greve pode atentar; que notadamente no que concerne aos serviços públicos, o reconhecimento do direito de greve não poderia ter por efeito obstar o poder do legislador de dar a este direito as limitações necessárias para continuar a continuidade do serviço público que, tanto como o direito de greve, tem o caractere de um princípio de valor constitucional.

O Conseil reconheceu também a competência do legislador para definir as condições de exercício do direito de greve e traçar o limite separando os atos e os comportamentos que constituem um exercício lícito deste direito das ações e comportamentos que constituiriam o uso abusivo. (Décision 87-230 DC 28 juillet 1987)⁴⁶⁵.

Em relação a greve nos serviços públicos, o Conseil reconheceu que o legislador pode exigir a apresentação de um aviso prévio ao início da greve (Décision 79-105 DC 25 juillet 1979⁴⁶⁶) e ao legislador cabe o poder de definir as consequências pecuniárias da cessação do trabalho (Décision 87-230 DC 28 juillet 1987⁴⁶⁷).

Assim, o Conseil desenvolveu uma jurisprudência que enquadra a competência amplamente reconhecida do legislador sobre a regulamentação do direito de greve. E lembrou que se o legislador decide fixar os limites ao direito de greve, ele deve exercer plenamente essa competência. Ele pode certamente delegar ao Governo a tarefa de determinar as modalidades de aplicação das condições de exercício do direito de greve que ele fixa (Décision 79-105 DC 25 juillet 1979). Mas pertence à lei, sob pena de *incompétence négative*, determinar o âmbito dessas limitações.⁴⁶⁸

Em 2007, foi editada a lei dispendo sobre o diálogo social e a continuidade do serviço público nos transportes terrestres (*Loi sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*), que versa sobre o direito de greve nos serviços públicos de transporte terrestre. Tal lei foi submetida ao controle de

⁴⁶⁵ DÉCISION 87-230 DC 28 de juillet 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-87-230-dc-du-28-juillet-1987.8343.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁶⁶ DÉCISION 79-105 DC 25 juillet 1979. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1979/79-105-dc/decision-n-79-105-dc-du-25-juillet-1979.7724.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁶⁷ Décision 87-230 DC 28 de juillet 1987. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-87-230-dc-du-28-juillet-1987.8343.html>. Acesso em 15de agosto de 2016.

⁴⁶⁸ COMMENTAIRE de la décision no. 2007-556 DC 16 août 2007. Loi sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel no. 23. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2007556DCccc_556dc.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

constitucionalidade *a priori*. Nessa oportunidade, o *Conseil constitutionnel* por meio da Décision 2007-556 DC de 16 août 2007⁴⁶⁹, assentou que:

a) O direito de greve constitui um direito de natureza particular, e em vista disso o legislador pode, como ele já o fez, confiar às organizações sindicais representativas as prerrogativas particulares relativas à deflagração da greve; que esse papel reconhecido a essas organizações para a apresentação do aviso prévio de greve, deixa inteira a liberdade de cada trabalhador de decidir pessoalmente de participar ou não dela. Da mesma forma, a obrigação de alguns trabalhadores de informar seus empregadores 48 horas antes sua intenção de fazer greve, foi validada pelo *Conseil*.

b) Os constituintes entenderam por assinalar que o direito de greve é um princípio de valor constitucional, mas que ele tem limites e habilitaram o legislador a traçar tais limites, em conciliando a defesa dos interesses profissionais, cuja greve é um meio, e a salvaguarda do interesse geral ao qual a greve pode atentar; que notadamente no que concerne aos serviços públicos, o reconhecimento do direito de greve não teria por efeito obstar o poder do legislador de impor a esse direito limitações necessárias à vista de assegurar a continuidade do serviço público, que, tanto como o direito de greve, caracteriza-se como um princípio de valor constitucional.

Dessa forma, tomando apenas como exemplo, este aspecto da regulamentação do direito de greve, a lei instituindo a obrigação de recorrer a uma negociação preliminar antes de apresentação do aviso prévio da greve, foi declarada constitucional na medida em que ela permite uma negociação suscetível de evitar a greve, depois, caso necessário, o estabelecimento de um plano de transporte adaptado a fim de assegurar a continuidade do serviço público.

c) A partir de uma aplicação conjunta do disposto nas alíneas 7 e 8 do Preâmbulo da Constituição de 1946 e do art. 34 da Constituição de 1958 (ambas pertencentes ao *bloc de constitutionnalité*) entendeu-se que resulta desses dispositivos que é permitido ao legislador reenviar ao decreto ou de confiar à convenção coletiva a tarefa de precisar as modalidades de aplicação das regras fixadas por ele para o exercício do direito de greve. Assim, desde que a lei fixe o objeto, enquadre o conteúdo e determine as condições de execução do decreto, ela pode deixar a um decreto do *Conseil d'État* a tarefa de prever suas modalidades de aplicação.

⁴⁶⁹ Décision no. 2007-556 DC 16 août 2007. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-556-dc/decision-n-2007-556-dc-du-16-aout-2007.1182.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.

Ao legislador caberá escolher entre o decreto (Executivo) ou os acordos coletivos (sindicatos) para determinar as condições de execução das regras por ele fixada. Não havendo, segundo o próprio *Conseil*, preferência de um sobre o outro.

Percebe-se dos aspectos colacionados da Décision 2007-556 DC, de 16 août 2007, os limites de atuação do *Conseil constitutionnel* no tocante ao tratamento conferido à regulamentação do direito de greve, preservando sempre a competência do legislador tal como inscrita no art. 34 da Constituição Francesa, validando os dispositivos legislativos de enquadramento da greve nos transportes terrestres, sem se substituir ao legislador para modificá-los segundo seu particular entendimento.

No exemplo francês, sobre o direito de greve e sobre o ponto de vista dos efeitos da decisão, a prudência do *Conseil constitutionnel* parece estar em sintonia com o princípio da separação dos poderes, no sentido de uma não invasão da competência legislativa. O que é expressamente revelado na decisão do *Conseil* quando este afirma que a imposição de limites ao direito de greve pertence à competência do legislador.⁴⁷⁰

Pode-se compreender esta prudência através do conceito de separação de Poderes aplicado na França, assim como o lugar que o *Conseil* se reserva em face deste princípio. É que na França, a separação dos Poderes é um princípio constitucional que se opõe a toda forma de intromissão ou de substituição de um poder público constitucional em face de outro. Além disso, pertence ao *Conseil constitutionnel* zelar pelo seu respeito pelo conjunto dos poderes constituídos. É igualmente um princípio do qual se beneficia no exercício de suas funções de justiça constitucional.⁴⁷¹

4.O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Entende-se como omissão legislativa inconstitucional, a lacuna legislativa que decorre da inércia do legislador em fazer o que determina a Constituição, de elaborar as leis que a Constituição determina que sejam feitas. Ela pode ser total ou parcial. A omissão inconstitucional total configura-se quando o legislador não faz a lei reclamada, e a parcial, quando embora exista a lei, ela atende apenas parcialmente a vontade constitucional.⁴⁷²

⁴⁷⁰ OLIVEIRA, 2014

⁴⁷¹ Ibid.

⁴⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 295.

A Constituição brasileira admite dois mecanismos de controle das omissões legislativas: o mandado de injunção (art. 5º. Inciso LXXI c/c art. 102, I, alínea ‘q’)⁴⁷³ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão -ADINO (art. 103 §2º). A legitimidade ativa para desencadear esses controles pertence, no primeiro caso, a qualquer pessoa, física ou jurídica, cujo exercício do direito, liberdade ou prerrogativa esteja sendo inviabilizado pela falta de norma regulamentadora exigida pela Constituição; e no segundo, às autoridades arroladas no art. 103 da Constituição Federal de 1988.

O modelo brasileiro de controle das omissões inconstitucionais é inspirado no modelo português, e tem cabimento, em se tratando de omissões legislativas, quando a abstenção do legislador constitui um obstáculo ao exercício de um direito inscrito na Constituição. O controle visa conduzir o legislador a produzir a norma jurídica apta a dar efetividade a todas as categorias de normas constitucionais que dessa atuação dependam.

O objeto do controle de constitucionalidade das omissões legislativas recai sobre normas de natureza programática e de eficácia limitada (não auto-aplicáveis). Essas normas de eficácia limitada são típicas de Constituições analíticas, como a brasileira. E é exatamente sobre as normas constitucionais programáticas, ou normas que contém políticas públicas, ou ainda que prevêm direitos sociais que o controle das omissões legislativas se revela.⁴⁷⁴

O controle jurisdicional das omissões legislativas no Brasil, efetuado pelo STF, pode ser do tipo abstrato e com efeito erga omnes, no âmbito do sistema concentrado, e por meio do mandado de injunção, no âmbito do sistema difuso, já que neste último caso, pressupõe uma situação concreta preliminar, e cuja competência pode estar afetada a outros tribunais, além do STF. Teoricamente, espera-se que neste caso os efeitos da decisão sejam restritos às partes, pois este controle é baseado em um caso concreto. Entretanto nem sempre é o que se verifica na prática. Às vezes, o juiz constitucional toma decisões modulando seus efeitos no tempo e estendendo a outros sujeitos de direito. O que equivale ao exercício de verdadeira competência legislativa pelo órgão judicial.⁴⁷⁵

⁴⁷³ A Lei 13300, de 23 de junho de 2016, que regulamenta o mandado de injunção individual e coletivo, prevê no seu art. 3º.: São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, 2014.

⁴⁷⁵ Essa competência legislativa do Judiciário para suprir a omissão do legislador parece ter sido ratificada pelo próprio Poder Legislativo. A Lei 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção individual e coletivo, prevê expressamente no art. 8º, inciso II o seguinte: Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: [...] II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Inicialmente o STF entendia que não poderia formular diretamente a norma faltante, na hipótese de omissão inconstitucional total, mesmo em sede de mandado de injunção. A Corte se limitava a declarar a mora e dar ciência ao legislador para, e apenas este, suprir a omissão inconstitucional. A doutrina a nomina como posição não-concretista, aquela inicialmente adotada pelo STF e que se alinhava ao princípio da separação de poderes.

Esse posicionamento do STF, quanto aos efeitos do mandado de injunção, perdurou desde 1988 até 2007, quando então se modificou. Passou-se a entender que além da (1) obrigação de legislar prevista constitucionalmente e da (2) ausência ou insuficiência da lei regulamentadora, a omissão inconstitucional restaria caracterizada quando o (3) prazo constitucional para a ação do legislador se esgotara ou quando ultrapassado período de tempo razoável para que o legislador adotasse as medidas necessárias.

No julgamento conjunto dos mandados de injunção MI (s) 670, 708 e 712, de 25 de outubro de 2007, em que se discutia a possibilidade de exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso VII da Constituição; o STF modificou seu entendimento sobre os efeitos do mandado de injunção no tratamento das omissões legislativas. Passou a adotar, o que a doutrina denomina posição concretista geral, por meio da qual a decisão judicial legisla para o caso concreto e opera efeitos *erga omnes*.

Nesse sentido observava Moraes, à época do julgamento:

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois como ressalvado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeito *erga omnes* estaria o 'Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes.⁴⁷⁶

Recentemente, entretanto, parece ter sido esta a posição albergada pela lei. A recente regulamentação do mandado de injunção - Lei 13.300, de 23 de junho de 2016- prevê o seguinte:

Art. 8. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - **estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados** ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

⁴⁷⁶ Citando o voto do Ministro Moreira Alves no julgamento do MI 107-DF (MORAES, 2006, p. 429).

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios (grifos nossos)

A novel disciplina do mandado de injunção, trazida pela Lei 13.300/2016 adota tanto a posição concretista geral (art. 9º. §1º.) quanto a individual. A posição concretista individual, segundo a classificação doutrinária apresentada por Moraes⁴⁷⁷ pode ser direta ou intermediária. Será direta, quando a decisão judicial que reconhecer a mora legislativa e julgar procedente o mandado de injunção implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Com efeitos concretos que beneficiam somente a parte impetrante. Será concretista individual intermediária, quando após julgar a procedência do mandado de injunção, a decisão judicial fixa prazo para que o Poder omissor faça a norma regulamentadora, e em seguida, não sendo sanada a omissão no prazo estabelecido, então o Poder Judiciário possa dispor a respeito da situação do requerente, e apenas dele, no caso concreto. Essa posição concretista individual agora encontra-se expressamente prevista na Lei 13.300/2016, no seu art. 8º.

Em regra, a eficácia subjetiva será limitada às partes seja o mandado de injunção individual ou coletivo (arts. 9º.e 13). Podendo ainda ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* (art. 9º. §1º).

A lei repete, em seu art. 2º.*caput*, os termos do disposto no art. 5º. Inciso LXXI da Constituição Federal, acrescentando os adjetivos total ou parcial: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta *total ou parcial* de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. E define no parágrafo único do art. 2º., o que se considera omissão parcial. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente. A Lei 13.300/2016 amplia assim, de forma perigosa, o conceito de omissão parcial, pois considera como tal a proteção insuficiente, na visão do julgador.

⁴⁷⁷ MORAES, 2006, p. 429.

Percebe-se que a lei do mandado de injunção apenas materializou entendimentos que já haviam sido consagrados pela jurisprudência do STF. O ponto mais polêmico, sem dúvida, é o conceito atribuído à omissão parcial, pelo parágrafo único do art. 2º.

Feitas essas breves considerações acerca da disciplina legislativa do mandado de injunção, editada em 2016, e portanto, posteriormente ao julgamento do STF acerca do direito de greve dos servidores públicos, voltemos à confrontação do exemplo do direito de greve brasileiro ao julgamento do *Conseil constitutionnel* no caso do direito de greve nos serviços públicos de transporte terrestre.

4.1 O direito de greve dos servidores públicos e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal

Como é cediço, o mandado de injunção tem cabimento, segundo a dicção do art. 102, inciso I, alínea q), quando a omissão legislativa é caracterizada pela ausência de uma norma cuja iniciativa legislativa é de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira prevê no art. 37, VII que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Ou seja, a especificidade da lei significa, nos termos da dicção do constituinte, que essa lei seja, ou pelo menos deveria ser, diferente daquela que regula o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. Passados quase 20 anos (em 2007) da data de promulgação da Constituição, o Poder legislativo não tinha editado a lei (como ainda não o fez até o presente momento), quando a questão foi levada ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Naquela oportunidade o STF pronunciou-se pela inconstitucionalidade da omissão legislativa, decidindo que lhe cabia preencher a lacuna de uma lei especial por uma lei geral, até que o legislador editasse as normas específicas para os servidores públicos.

O STF formulou diretamente a norma faltante, mandando aplicar, por analogia, em favor dos servidores públicos civis a legislação referente ao direito de greve do setor privado, a Lei 7783/89 e não apenas em relação à parte autora da ação, mas para todas as ações judiciais análogas. A decisão com eficácia erga omnes perduraria até que o legislador regulamentasse a matéria, fato pendente até hoje.

A decisão restou assim ementada⁴⁷⁸:

EMENTA

Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 52, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60(sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989.

1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

1.1. No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: I) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; II) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta o a editar a norma requerida; III) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; IV) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; V) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; VI) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 52, XXXV). Precedentes: MInº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003.

2. O mandado de injunção e o direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF.

O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI nº 20/DF, Rel. Min.

⁴⁷⁸ Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, abr./jun. 2009-versão digital

Celso de Mello, *DJ* 22.11.1996; MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002; e MI nº485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 23.8.2002. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI nº 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 02.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

3. Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora legislativa, por diversas vezes, declarada pelo plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão.

3.1. A permanência da situação de não regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. Tendo em vista às imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, **o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).**

[...]

A omissão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, in casu, foi total. Ou seja, não havia a norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos.

A decisão do STF, à época, não apenas reconheceu a omissão total, como determinou a aplicação da disciplina legal do direito de greve dos trabalhadores em geral, da iniciativa privada, determinando ainda prazo para que o Poder Legislativo suprisse a omissão inconstitucional.

Nesse sentido, os itens 4 -6 da ementa:

4. Direito de Greve dos servidores públicos civis. Regulamentação da Lei de Greve dos trabalhadores em geral (Lei nº 7.783/1989). Fixação de parâmetros de controle judicial do exercício do Direito de Greve pelo legislador infraconstitucional.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, e especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. [...]. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2. Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

[...]

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O processamento e o julgamento de eventuais dissídios de greve que envolvam servidores públicos civis devem obedecer ao modelo de competências e atribuições aplicável aos trabalhadores em geral (celetistas), nos termos da regulamentação da Lei nº 7.783/1989. A aplicação complementar da Lei nº 7.701/1988 visa à judicialização dos conflitos que envolvam os servidores públicos civis no contexto do atendimento de atividades relacionadas a necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (Lei nº 7.783/1989, parágrafo único, art. 11).

[...]

6. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII da CF. Fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11)

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

[...]

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.⁴⁷⁹

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, **conhecer do mandado de injunção e propor a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber.**

Brasília, 25 de outubro de 2007. (Grifo nosso)

Os exemplos comparados, no caso brasileiro e no francês se opõem, nisto que concerne às decisões de controle da constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais.

No caso brasileiro, onde foi constatada uma lacuna total da lei, a decisão ultrapassou os limites então autorizados pela Constituição, pois além de declarar a omissão, o juiz constitucional brasileiro se substituiu ao legislador, ao menos temporariamente. Poderia mesmo se dizer que o juiz constitucional brasileiro se substituiu ao constituinte, que tinha justamente previsto a necessidade de regras diferentes, específicas para o direito de greve dos servidores públicos, enquanto eles decidiram pela aplicação temporária da lei dos trabalhadores do setor privado.

Convém registrar por oportuno, que inicialmente o próprio STF, nos autos do MI 107 de 23.11.1989, por meio do voto do Relator, então Ministro Moreira Alves entendeu que a Constituição Federal de 1988 não permitia a elaboração da norma faltante pelo STF, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à vista da separação de poderes, da segurança jurídica e do princípio democrático, sendo que tais justificativas também impediriam que o

⁴⁷⁹ Mandado de Injunção nº 6709/ES – Tribunal Pleno – Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo SINDPOL – Advogados: Homero Junger Mafra e Outro – Impetrado: Congresso Nacional – Relator Originário: Min. Maurício Corrêa – Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes – DJe nº 206, div. 30.10.2008, pub.31.10.2008.

mandado de injunção tivesse os mesmos efeitos. Para Moreira Alves, o princípio da separação dos poderes impediria que na própria sentença do mandado de injunção, estabelecesse-se uma norma que tornasse possível o exercício do direito constitucional, anteriormente inviabilizado, e sua extensão a casos análogos (efeito erga omnes), pois isso corresponderia a uma atividade legislativa cuja competência não seria do Judiciário.⁴⁸⁰

Argumentou ainda, naquela ocasião, em defesa do princípio da segurança jurídica que caso a decisão do Tribunal no mandado de injunção, por regulamentação própria, viabilizasse a fruição do direito ofendido e tivesse efeitos inter partes, a sentença faria coisa julgada e não poderia ser modificada caso a norma legislativa viesse a ser editada posteriormente ao julgamento. Além disso haveria a possibilidade de serem conferidas decisões diferentes a mandados de injunção semelhantes. E em defesa do princípio democrático arrematou que, o Tribunal não poderia proferir sentença na qual definisse uma norma para viabilizar o direito ofendido nos casos que envolvessem a alocação de recursos ou organização de serviços, visto que tais questões dependeriam de decisões políticas, que deveriam ser feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos pela população.

A partir da decisão proferida no mandado de injunção que tratou do direito de greve dos servidores públicos, como visto, o STF mudou o posicionamento adotado por ocasião do MI 107/1989 e passou a definir a norma aplicável ao caso concreto.

Nesse sentido várias foram os argumentos apresentados a fim de afastar a ofensa ao princípio da separação dos poderes. Entre eles o de que a regulamentação estabelecida pelo STF seria provisória, até que o legislador editasse a norma faltante, pois restaria preservada a competência deste; que sendo atribuídos efeitos *inter partes* à sentença, isso não implicaria interferência na competência do legislador, salvo se a sentença tivesse efeitos *erga omnes*; de que o STF não estaria elaborando a lei, mas utilizando uma lei já existente, aprovada pelo Legislativo e assim a regulamentação estaria baseada numa vontade hipotética desse Poder; e finalmente sustentou-se a aplicação da analogia para a aplicação da lei do setor privado ao setor público. Os demais óbices (princípio da segurança jurídica e o princípio democrático) apontados na decisão referente ao MI 107 não foram afastados.⁴⁸¹

No que diz respeito aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previstos no art. 103, §2º. da Constituição brasileira, o STF não inovou, mantendo os efeitos meramente declaratórios. Entretanto, no tocante ao mandado de injunção, o STF inovou,

⁴⁸⁰ ESTEVES, Bruna de Bem. O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção? In: JURISDIÇÃO constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 141-157.

⁴⁸¹ ESTEVES, 2012, p. 151-153.

proferindo decisões de caráter concretista, a exemplo dos MI (s) 670, 708 e 712, de 25 de outubro de 2007, e com efeitos *erga omnes*, e não apenas interpartes, como determinava a Constituição.

Se a decisão tivesse sido adotada hoje, os efeitos *erga omnes* já não seriam questionados, porque expressamente previstos no art. 9. §1º. da Lei 13.300/2016.

A questão que se coloca então é saber se o próprio legislador, a partir da Lei 13300/2016, estaria autorizando o Judiciário a colmatar lacunas, omissões inconstitucionais⁴⁸², atribuindo a outro Poder uma competência que é sua. Exatamente o que, no direito francês é vedado e repudiado, no direito brasileiro parece ter sido expressamente autorizado.

⁴⁸² De acordo com o art. 2º e parágrafo único, da Lei 13.300/2016, a regulamentação insuficiente autorizaria o Judiciário a colmatar lacunas (insuficiência da Lei), a fim de afastar o que é agora considerada uma omissão inconstitucional.

CONCLUSÃO

A atuação da Jurisdição constitucional na França é pautada, em razão de suas próprias tradições históricas e culturais, no princípio da separação dos poderes e notadamente, pós Constituição Francesa de 1958, na preservação das competências dos Poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário, a despeito de não ser tratado constitucionalmente como um Poder de Estado, já que a Constituição Francesa a ele se refere como sistema judiciário e não como um Poder ao lado dos demais, tem sido reconhecido como uma instituição legítima que goza do respeito e da credibilidade dos demais.

A supremacia da lei e a soberania do Parlamento sempre representaram uma marca da história política francesa e que vem sendo mitigada sobretudo a partir da instituição de um sistema de jurisdição constitucional concentrado, pela Constituição Francesa de 1958.

O desenvolvimento da jurisdição constitucional na França mostrou-se diferenciada do que vimos no Brasil. O sistema de jurisdição constitucional aqui existente, além de mais antigo, revela-se mais completo, e nem por isso menos complexo. A nossa história mostra que o sistema de controle de constitucionalidade das leis inspirou-se, em sua origem no sistema do *judicial review* americano, baseado no caso concreto e realizado de forma difusa por juízes e tribunais, órgãos pertencentes ao Poder Judiciário, reconhecido constitucionalmente como um dos Poderes do Estado brasileiro.

Histórias diferenciadas inspiraram realidades diferenciadas. A experiência do direito constitucional comparado é enriquecedora nesse sentido.

Ambos sistemas de jurisdição constitucional se modificaram ao longo dos anos. Essas modificações podem ser consideradas como verdadeiras evoluções, decorrentes de necessidades impostas pelas novas realidades institucionais vigentes em cada um dos países.

Assim, é possível afirmar que a partir do cenário político -institucional, de cada um dos países- França e Brasil- os sistemas de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade das leis evoluíram de forma diferenciada, em sentidos opostos.

Entretanto a forma como se processou essa evolução foi comum, através de reformas constitucionais. Em 1974, uma reforma constitucional ampliou a legitimidade ativa para provocar o Conselho constitucional para fins do controle de constitucionalidade das leis. Em 2008, outra grande reforma constitucional inseriu no sistema de jurisdição constitucional francês o controle *a posteriori* ou repressivo, incidente sobre leis vigentes.

No Brasil , pode-se afirmar que a evolução se deu a partir da própria Constituição Federal de 1988 e de reformas constitucionais subsequentes, a exemplo das Emendas constitucionais 03/1993 e 45/2004.

O sentido dessa evolução entretanto , se deu sob trajetórias diversas.

A França desde o início (Constituição Francesa de 1958) optou por um sistema de controle de constitucionalidade concentrado , do tipo abstrato .

Anteriormente à reforma constitucional de 2008 era possível afirmar que a estrutura dualista (que separa as competências de aplicação das leis da jurisdição ordinária do controle de constitucionalidade das leis atribuído somente ao *Conseil constitutionnel*) existente na França era bastante rígida, porque havia apenas a previsão de um controle prévio e abstrato de constitucionalidade as leis, perante o *Conseil constitutionnel*. Com a introdução da *question prioritaire de constitutionnalité* – QPC, essa rigidez foi atenuada, já que esta prevê um mecanismo de duplo filtro, um exame preliminar de admissibilidade a ser realizado pelas jurisdições ordinárias (*juges du fond*) judiciária ou administrativa e pelas respectivas Cortes superiores -Cour de cassation e Conseil d'État. Esse exame preliminar exige de certa forma, uma análise prévia de constitucionalidade, a fim de verificar a seriedade da questão posta, realizado ainda que implicitamente pelo *juízo a quo* (perante o qual foi primeiramente proposta a QPC) ou mesmo pelas respectivas Cortes superiores, o que leva a uma tendência de desconcentração do sistema.

Esse 'filtro' realizado por ocasião do exame das condições de admissibilidade da QPC implicou no compartilhamento de uma cultura constitucional entre as jurisdições judiciária e administrativa, entre as Cortes superiores no âmbito de cada uma destas e o Conseil constitutionnel. Ou seja, provocou maior aproximação das jurisdições ordinárias (*juges du fond*) e das jurisdições superiores em relação ao *Conseil constitutionnel*, já que todos passaram a compartilhar uma cultura constitucional, na medida que todos passaram a participar de uma forma ou de outra no processo de controle de constitucionalidade, *a posteriori*, das leis.

Em certa medida, essa desconcentração no exame das condições de admissibilidade da QPC, de que fala a doutrina francesa, se aproxima de um controle difuso e implícito de constitucionalidade das leis. Assim quando os juízes interpretam de maneira autônoma as disposições constitucionais; quando eles se pronunciam sobre o pertencimento de um direito ou liberdade à categoria dos direitos e liberdades constitucionais, ou mesmo quando a interpretação que eles fazem não foi jamais fixada pelo Conseil constitutionnel; em todos esses casos eles estariam realizando de fato, um controle difuso de constitucionalidade. Mais

flagrante ainda quando os juízes *a quo* apreciam a constitucionalidade das restrições ao exercício de um direito ou liberdade constitucional.

Da mesma maneira, a apreciação do caráter sério da QPC pelas Cortes superiores constituiria, na prática, uma forma de controle de constitucionalidade desconcentrado. Seja quando as jurisdições superiores recorrem aos precedentes em se utilizando da jurisprudência do *Conseil constitutionnel*, seja quando argumentam, com base na analogia, e aplicam a casos novos, a jurisprudência do *Conseil constitutionnel*.

Os juízes do filtro tornaram-se de fato, juízes constitucionais de direito comum. Seu ofício somente difere daquele do *Conseil constitutionnel* no que respeita ao exercício dessa competência, porque eles não têm o poder de sanção de que dispõe o *Conseil constitutionnel*, de censurar uma lei de inconstitucional. O *Conseil constitutionnel* conserva o monopólio da censura, mas perde seu papel de principal intérprete da Constituição.

No Brasil, ao contrário, o sistema de controle de constitucionalidade das leis foi inspirado no modelo americano, difuso e concreto. Posteriormente foram sucessivamente incorporados mecanismos do sistema concentrado.

A Constituição brasileira de 1988 mantém um controle, *a posteriori*, denominado misto, de constitucionalidade das leis, que prevê instrumentos de controle incidental e difuso (sistema americano) e de controle concentrado e abstrato (sistema continental europeu).

O controle concentrado e abstrato é realizado pelas ações diretas existentes no direito brasileiro (ADI, ADINO, ADC, ADPF) e foi reforçado pelo mecanismo da repercussão geral em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema difuso no Brasil tende assim, a ser exercido de forma concentrada.

No âmbito do controle difuso, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a ‘repercussão geral’ atua como uma espécie de filtro, e que tem seu correspondente, no direito francês, no mecanismo de duplo filtro. Ambos criados para evitar o acúmulo e sobrecarga de ações. Com a diferença que na França, o filtro é realizado pelo juízo do processo em que suscitada a QPC (*juge du fond*) e pelos Tribunais superiores (*Cour de cassation e Conseil d’État*); enquanto no Brasil, é o próprio STF que define a matéria, objeto de repercussão geral. (art 102 §3º da CF/1988).

A ‘repercussão geral’ representa uma tendência de objetivação e concentração do sistema de controle de constitucionalidade difuso.

A objetivação e concentração do sistema difuso, no entanto, parece ser mais forte do que a desconcentração do sistema francês.

A atuação do *Conseil constitutionnel* em relação ao controle preventivo de constitucionalidade das leis não tem correspondência no sistema brasileiro, onde se admite apenas de forma excepcional o controle judicial, pelo STF, de projetos de lei e de propostas de emendas à Constituição. Já em relação ao controle repressivo, ou *a posteriori*, percebe-se que o sistema brasileiro é mais amplo e completo, porque prevê inúmeras ações constitucionais e atuação concentrada no STF, visando ao controle de constitucionalidade das leis, uma vez constatada a inconstitucionalidade por ação ou omissão. Além disso, permanece o STF com a competência para o controle de constitucionalidade via sistema difuso, mediante Recurso Extraordinário em que for reconhecida repercussão geral.

O modelo francês de controle de constitucionalidade das leis preventivo e concentrado, constitui um modelo de proposta para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro, cujo controle político, pelas comissões permanentes da Câmara de Deputados e do Senado Federal tem se mostrado ineficaz, já que não evita o ajuizamento de inúmeras ações de inconstitucionalidade ajuizadas quando da entrada em vigência das leis.

Evidentemente que qualquer proposta nesse sentido dependeria de adaptações segundo a realidade institucional brasileira. O aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade brasileiro não passa pela importação integral desse ou daquele modelo. Não se pretende aqui defender a perfeição do sistema francês, porque muitas são as diferenças não só institucionais como culturais entre os dois países. E até mesmo porque o próprio sistema francês não é perfeito, tem suas vantagens e desvantagens. O mesmo se diga em relação ao sistema brasileiro.

No que respeita o sistema brasileiro, modificações institucionais em relação ao Supremo Tribunal Federal exigiriam uma mudança da própria Constituição. Além disso não é possível ignorar que a importação de modelos e estruturas estrangeiros não é algo simples e deve levar em consideração as peculiaridades de nosso país. A experiência estrangeira sempre é válida e tem muito a nos ensinar em termos de propostas de aperfeiçoamento do nosso sistema de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional.

Existem muitas diferenças entre o Supremo Tribunal Federal e o Conselho constitucional francês. Desde o tempo de existência, até a forma de composição e o modo de deliberação e de atuação desses órgãos. Nessa senda, o Conselho é uma instituição mais recente, data de 1958. Ambos detêm atribuições de natureza jurisdicional que vão além do controle de constitucionalidade das leis.

Não há como deixar de reconhecer a natureza política desses órgãos, que repousa tanto sobre o modo de designação de seus membros (França), quanto a forma de escolha dos mesmos (Brasil).

A indicação política dos membros do Conselho constitucional, na França, não significa necessariamente a partidarização de seus membros, que atuam de forma neutra e imparcial, com decisões concisas e objetivas. A experiência política anterior de alguns de seus membros revela-se muito importante no tratamento de questões sensíveis ao Estado e à Nação, e isso deve ser visto como uma vantagem e não como desvantagem.

No Brasil, a forma de escolha dos Ministros do STF também não representa a partidarização da Corte, embora a escolha pelo mesmo Presidente da República, a exemplo do que ocorreu recentemente no Brasil, de mais da metade dos membros do Tribunal, seja vista de forma crítica, pois esse tipo de indicação leva em consideração aspectos ideológicos, o que provoca, de certa forma, a ruptura da neutralidade e imparcialidade da Corte.

Apesar da natureza política comum aos dois órgãos, muito diferente se revela a forma de deliberação dos mesmos, como bem demonstra a análise jurisprudencial trazida à colação neste trabalho: a) o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; e b) a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, no âmbito do controle de constitucionalidade das omissões legislativas. A partir desses dois casos, pôde-se extrair significativas diferenças, seja quanto à forma de atuação e seja quanto à fundamentação adotadas pelas respectivas jurisdições constitucionais.

Em ambos casos, o Conselho constitucional francês se manifestou pela competência do legislador e que não poderia, ele Conselho, substituir a sua apreciação àquela do Poder Legislativo. No Brasil, tanto o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, quanto a regulamentação do direito de greve não foram feitos via Poder Legislativo, mas pelo Judiciário, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal, ante a omissão, intencional ou não, do Legislativo em regulamentar a matéria, nos dois casos ilustrados atuou como 'legislador positivo'. Esse tipo de atuação do STF parece ser referendada pelo próprio Legislativo, seja quando este propositalmente se recusa a legislar, seja quando o faz de forma insuficiente, esperando que o Judiciário venha suprir lacunas legislativas.

Muitos desses problemas, quanto a (não) atuação do Legislativo, decorrem da dinâmica de funcionamento do nosso sistema presidencialista de governo, agravado por um quadro de pluripartidarismo exagerado, que demanda a necessidade de coalizões para que se possa aprovar projetos de lei, para que se possa obter um mínimo de consenso político.

Assim, seja pela ineficiência dos demais Poderes, seja pelo descrédito generalizado na própria política, o STF no intuito de concretização da própria Constituição e de manter sua credibilidade institucional, acaba atuando, não raras vezes, como legislador ou mesmo gestor de políticas públicas, violando assim o princípio da separação de funções, tão essencial em qualquer Estado Democrático de Direito.

Acrescente-se ainda que hoje a forma de deliberação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é representada por onze votos dissociados e não raro sem consenso. Cada Ministro em voto separado, com fundamentos próprios, procede ao julgamento sem que exista um diálogo interno. Não há uma unidade institucional, dada a frequente divergência entre os julgadores. Essa fragilidade e mesmo dissenso entre os próprios Ministros acaba por prejudicar a própria legitimidade de suas decisões.

O Conselho Constitucional, neste aspecto, mostra que a busca do consenso e de um diálogo interno entre os seus membros contribui favoravelmente para a legitimidade de suas decisões e para o acatamento de suas deliberações pelas demais instituições. Por isso, o diálogo institucional existente no âmbito do Estado Francês é um exemplo a ser seguido.

E isso é perfeitamente visível quando se fala no controle de constitucionalidade das leis. A França preza pelo diálogo institucional, notadamente entre os seus órgãos jurisdicionais e o Poder Legislativo.

O cenário brasileiro revela senão a ausência, a precariedade desse diálogo. O Supremo Tribunal Federal legisla diante das omissões, muitas vezes propositais do Poder Legislativo, sob o pretexto de estar concretizando a Constituição. O Legislativo, para não assumir o custo eleitoral acerca de decisões em que não consegue consenso, leva a questão ao Supremo Tribunal Federal para que ele dê a última palavra.

É possível inferir assim, da análise comparativa efetuada neste estudo, o quão são diferentes os órgãos de jurisdição constitucional, o modo de atuação destes e o próprio sistema de controle de constitucionalidade das leis na França e no Brasil.

As diferenças são decorrências da própria história vivenciada pelos dois países e de suas tradições culturais, que se revelaram determinantes no funcionamento de suas instituições (Executivo, Legislativo e Judiciário) e no modo de atuação das respectivas jurisdições constitucionais, representadas pelo Conselho constitucional francês e pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Jean-Claude. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 18. ed. [s.l.]: [s.n.], 2016.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra. Almedina, 1998.
- ALMEIDA, Domingos Paiva. Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien. In: STORCK, Michel; CERQUEIRA, Gustavo Vieira de; COSTA, Thales Morais da (Org.). **Les frontières entre liberté et interventionnisme em droit français et em droit brésilien. Études de droit comparé**. Paris: Harmattan. 2010.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. **Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ANUÁRIO DA JUSTIÇA BRASIL: CONJUR, p. 92-95, 2016.
- ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 27. ed. Paris: LGDJ, 2016.
- BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Quais seriam as causas do ativismo judicial no Brasil? **O Globo**, p. 4, 22 mar. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal: direitos fundamentais e casos difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 120-125, jan/jun. 2012.
- BÉAN-LONG, Jean. Le controle de l'interprétation jurisprudentielle constante em QPC. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 105, p. e1-e28, 2016.
- BÉCHILLON, Denys et al. La question prioritaire de constitutionnalité. **Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, Pouvoirs**, Paris, n. 137, 2011.
- BERGOUIGNOUS, Georges. L' incompétence négative vue du Parlement. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 46, p. 41-54, jan. 2015. L' incompétence em droit constitutionnel.
- BRAGA, Valeschka s Silva. A organização jurisdicional. In: COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1. p. 517-546.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1?curso=CFS%202%202018>. Acesso em: 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Recurso no. 65/2000.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21972>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo.** 5. ed., atual. até a EC 90/2015. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Legislação anotada- leis infraconstitucionais:** versão integral. Lei 9882. Brasília, 2017a.

_____. **Legislação anotada-leis infraconstitucionais:** versão integral. Lei 9868. Brasília, 2017b.

_____. **Súmulas vinculantes:** aplicação e interpretação pelo STF. Atualizada até a súmula vinculante 55. Brasília, 2016.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império,** Brasília: Senado Federal, 1978.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANIVET, Guy. Les limites de la mission du juge constitutionnel. **Revue Cités**, n. 69, p. 41-58, 2017. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-cites-2017-1page-41.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARCASSONNE, Guy; DUHAMEL, Olivier; DUFFY, Aurélie. **QPC, la question prioritaire de constitutionnalité.** 2. ed. Paris: Dalloz, 2015.

CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. **La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne et Marc Guillaume**. 13. ed. Paris: Éditions du Seuil, 2016.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris, 1920. v. 1.

CARTIER, Emmanuel. GAY, Laurence., VIALA, Alexandre. **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**. 10. ed. Paris: PUF, 2015.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Liste-des-membres-du-conseil-constitutionnel. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/liste-des-membres/liste-des-membres-du-conseil-constitutionnel.319.html>>. Acesso em: 25 maio 2017.

COSTA, Thales Moraes da (Coord.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2010. v. 1.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al. **Temas atuais de direito público: diálogos entre Brasil e França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DEBRÉ, Jean-Louis. **Contrôle de constitutionnalité: entre tradition et modernité**. Discours-Colloque "Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle". 6 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2014/controle-de-constitutionnalite-entre-tradition-et-modernite.141543.html>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

DECLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 2017.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 4. ed. Paris: PUF, 2016.

DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4. ed. Paris: Éditions du Seuil, 2016.

DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel 1**: les grands systèmes politiques. 16. ed. Paris: PUF, 1980.

EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et a haute Cour constitutionnelle d'Autriche**. Paris, 1928. Aix-em-Provence: Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1986. Collection Droit Public Positif dirigée par Louis Favoreu.

ESTEVEVES, Bruna de Bem. O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção? In: JURISDIÇÃO constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 141-157.

FABRINNI, Frederico. Kelsen in Paris: Frances's Constitutional Reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation. **German Law Journal**, v. 9, n. 10, p. 1297-1312, 2008.

FACHIN, Milena Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção dos direitos humanos. In:

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240-255.

FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. L'appréciation , par les cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité. In: CARTIER, Emmanuel.; GAY, Laurence.;VIALA, Alexandre. **La QPC**: vers une culture constitutionnelle partagée? Paris: Institut Universitaire Varenne. 2015.

FAVOREU, Louis et al. **Droit constitutionnel**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2016.

FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles** .2. ed. Paris: Dalloz, 2016.

_____. Informe general introductorio. In: FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda (Coord.). **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 15-53.

FERRERES, Victor. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidade de la ley em um Tribunal Especial**: algunas reflexiones acerca del activismo judicial. 2004. SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoría constitucional y Política) Papers. 40. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40>. Acesso em: 21 set. 2017.

FORMERY, Simon-Louis. **La Constitution commentée article par article**. 19. ed. Paris: Hachette Supérieur, 2016.

FRANÇA. **Constituição de 04 de outubro de 1958**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/135553178/Constituicao-de-04-de-Outubro-de-1958-Francesa>>. Acesso em: 2017.

_____. **Constitution de 1946, IVe République, 27 octobre 1946**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>>. Acesso em 2017.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Ordonnance n.º 58-1067 du 7 novembre 1958**: portant loi organique sur le conseil constitutionnel. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. 2013. Disponível em:** <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/reglement_interieur.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FROMONT, Michel et al. **Droit français et droit brésilien**: perspectives nationales et comparées. Paris: Bruylant, 2009.

_____. **Justice constitutionnelle comparée**. Paris: Dalloz, 2013.

_____. La notion de Justice constitutionnelle et le droit français. In: RENOUEAU du droit constitutionnel: mélanges em l'honneur de Louis Favoreau. Paris:Dalloz, 2007.

GINESTE-SIMONIAN, Hélène. **Le droit constitutionnel em schémas**. 6. ed. Paris: Ellipses, 2016.

GIQUEL, Jean; GIQUEL, Jean-Éric. **Droit Constitutionnel et institutions politiques**. 29. ed. Paris: LGDJ, 2015.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. 2003

GRAU, Eros Roberto. L' évolution du controle de constitutionnalité au Brésil. **Cahiers do Conseil Constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

GREWE, Constance et al. **La notion de justice constitutionnelle**. Paris: Dalloz, 2005.

GUÉRAUD, Luc. História das instituições públicas. In COSTA, Thales Morais da (Org.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011.

GUILLAUME, Marc. Commentaire de la décision n.º. 2009-595 DC du 3 décembre 2009. Loi organique relative a la application de l' article 61-1 de la Constitution. **Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 28, 2009.

_____. La question prioritaire de constitutionnalité. **Revue Justice et cassation-revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Courde cassation**, 2010.

_____. Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. **Les petites affiches**, n. 38 et La gazette du palais, n.º. 54 du 23 février 2010.

HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1972.

LEGRAND, Pierre. **Le droit comparé**: que sais-je? 5. ed. Paris: PUF, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVADE, A. Priorité n'est pas primauté ou comment articuler controle de constitutionnalité et controle de conventionalité. **Constitutions Revue**, 2010.

LÉVY, David. La question prioritaire de constitutionnalité: de la culture de la loi à la culture de la Constitution. **Regards sur' Actualité**, n. 368, p. 20-35, fev. 2011.

MASTOR, Wanda; BROUELLE, Camille. Le contrôle de constitutionnalité des lois em France **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8, 2015. Le contrôle de constitutionnalité em France.

MATHIEU, Bertrand; ROUSSEAU, Dominique. **Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité**. Paris: L.G.D.J, 2013.

MELLO, Marco Aurélio. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge et al. **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 17-65.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESTRE, Jean-Louis. Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution. **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 28, juil. 2010. Dossier :l' histoire du controle de constitutionnalité.

MIRANDA, Jorge et al. **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 1.

MONTALIVET, Pierre. La question prioritaire de constitutionnalité. Quel bilan dresser des cinq premières années d'application de la reforme? In: VERPEAUX, Michel (Org). **Droit Constitutionnel: méthodologie & sujets corrigés**. Les annales du droit 2016. Paris: Dalloz, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Dossier:Tribunal fédéral suprême du Brésil. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Denise Teixeira de. Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil: voie de démocratie continue, instrument inachevé de contre-pouvoir?. **IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel-AFDC-Lyon 2014**, Jun 2014, Lyon, France. <halshs-01120638>.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSÓRIO, Aline. Jurisdição e Política na França: A questão prioritária de constitucionalidade e o novo modelo de jurisdição constitucional francês. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACHECO, Luciana Botelho. **Questões sobre processo legislativo e Regimento Interno**. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

PAGANELLA, Marco Aurélio. **A arguição de Descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle da constitucionalidade**. São Paulo: LTR, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASCAL, Jan. **Le procès constitutionnel**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

PICARD, Etienne. Le principe d'égalité em droit public français. In: **DROIT français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées**. Paris: Bruylant, 2009. p. 349-417.

PONTHOREAU, Marie-Claire; HOURQUEBIE, Fabrice. The French Conseil constitutionnel: an evolving form of Constitutional Justice. **The Journal of Comparative Law**, v. 3, n. 2, p. 271, 2008.

POUILLIEUTE, Antonie. Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF). Dossier: Tribunal fédéral suprême du Brésil. **Cahiers do Conseil Constitutionnel**, n. 26, out. 2009. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr>. Acesso em: 19 abr. 2017.

PRÉLOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 7. ed. Paris: Dalloz. 1978.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012.

ROUSSEAU, Dominique (Org.). **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed. Paris: Lextenso, 2012.

ROUSSEAU, Dominique. Le procès constitutionnel. **Pouvoirs**, n. 137, p. 47-55, 2011. Disponível em: <<http://cairn.info/revue-pouvoirs-2011-2-page-47.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ROUSSILLON, Henry; ESPLUGAS-LABATUT, Pierre. **Le Conseil Constitutionnel**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2015.

ROUX, André. A Constituição francesa de 1958 e os direitos fundamentais: quais as influências? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. **Direito constitucional, estado de direito e democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 55-74.

RRAPI, Patricia. Le controle abstrait de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations. **Revue des Droits d'Homme**, n. 9, mar. 2016. Disponível em <<http://revdh.revues.org/2060>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel (Coord). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAVONITTO, Florian. L'appréciation , par les juges du fond, du caractère sérieux de la QPC . In: CARTIER, Emmanuel.; GAY, Laurence.;VIALA, Alexandre. **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne. 2015.

SÉNAC, Charles Édouard. **L' Office du Juge constitutionnel: Étude du controle de constitutionnalité par les Jurisdiccions Françaises**. Paris: LGDJ. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade:deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 250; jan./abr. 2009.

STÉFANINI, Marthe Fatin-Rouge. Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, n. 78, p. 269-298, 2009. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-2-page-269.htm>>. Acesso em: nov. 2016.

STONE SWEET, Alec. **The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional council in Comparative Perspective**. New York: Oxford University Press, 1992.

STORCK, Michel; CERQUEIRA, Gustavo Vieira de; COSTA, Thales Morais da. (Org) **Les frontieres entre liberté et interventionnisme em droit français et em droit brésilien: études de droit comparé**. Paris:Harmattan. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TOULEMONDE, Gilles. **L'essentiel des Institutions de la V République**. 3. ed. Paris: Gualino, 2015.

TROPER, Michel. Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 28, juil. 2010. Dossier: L'histoire du contrôle de constitutionnalité.

TROPER, Michel. **La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française**. Paris: LGDJ, 2015.

TÜRK, Pauline. **Principes fondamentaux de droit constitutionnel**. 8. ed. Paris: Gualino, 2016.

TUSSEAU, Guillaume; BÉCHILLON, Denys. La fin d' une exception française? La question prioritaire de constitutionnalité. **Pouvoirs**, Paris, n. 137, p. 5-17, 2011.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade**: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro. 204p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7774/1/angelo.pdf>>. Acesso em: 2017.

VEDEL, Georges. **Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif**. [s.l.]: LCCC, 1996.

VEDEL, Georges. **Manuel élémentaire de droit constitutionnel**. Paris: Sirey, 1949.

VELLOSO, Caio Mário da Silva. O controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e Desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 269-279.

VERPEAUX, Michel. **Le Conseil constitutionnel**. 2. ed. Paris: La documentation française, 2014.

VERPEAUX, Michel et al. **Droit constitutionnel**: les grandes décisions de la jurisprudence. 2. ed. Paris: PUF, 2017.

_____. **Droit constitutionnel français**. 2. ed. Paris: PUF, 2015.

VIDAL-NAQUET, Ariane. L'État de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 46, p. 7-20, jan. 2015. L' incompétence em droit constitutionnel.

ZOLLER, Elisabeth. Droit constitutionnel. **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8, 2015. Le contrôle de constitutionnalité em France.

