

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA FORTES LITWINSKI

**O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS É UMA VERDADEIRA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?**

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2017

FERNANDA FORTES LITWINSKI

**O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS É UMA VERDADEIRA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Dissertação como requisito para obtenção de Título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe; área de concentração: Constitucionalização de Direito; linha de pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva.

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2017

FERNANDA FORTES LITWINSKI

**O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS É UMA VERDADEIRA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Defesa da Dissertação de mestrado,  
orientado pelo Prof. Dr. Lucas Gonçalves da  
Silva, apresentada à banca examinadora  
designada pelo Colegiado do Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Sergipe, em 29 de abril de 2017.

Os membros da Banca Examinadora consideram a candidata aprovada.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva/ UFS

---

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão/UFS

---

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho/UFBA

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai por ser meu maior incentivador, sempre disposto a escutar sobre os meus seminários, os livros que estava lendo e os artigos que pretendia escrever. Por ser tão especial, carinhoso, preocupado com minhas angústias e entusiasta das minhas conquistas. Dedico por ter sido tão intensamente pai, que quando via minha dificuldade para aprender andar de bicicleta, meu deu patins, mostrando-me que tenho que adaptar as minhas escolhas ao que realmente sinto prazer. Dedico por ter permanecido ao meu lado, mesmo quando sua saúde já não o permitia ser pleno. E por continuar sendo meu anjo protetor.

Dedico a minha mãe por toda a sua paciência e amor, acolhendo-me nos momentos de maior ansiedade. Pelo incentivo constante e por sempre repetir que eu conseguiria. A minha irmã, pelo amor e incentivo, e por ter me presenteado com uma forma de amor que desconhecia. Dedico à Beatriz, meu toquinho de gente, que me fez seguir adiante, mesmo quando parecia que não seria capaz de superar o baque pela perda. Dedico ao Neto por ter suportado a minha ausência frequente, pelo amor e companheirismo.

Dedico aos meus amigos sempre tão fiéis e que nem a distância foi capaz de romper o vínculo existente entre nós.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Universidade Federal de Sergipe pelo ensino público de qualidade. À CAPES pelo apoio. À professora Constança Marcondes que foi responsável pelo meu encantamento com o mundo acadêmico e pela minha decisão de iniciar o mestrado. Ao professor Lucas Gonçalves da Silva por ter aceitado a missão de me orientar, pelos ensinamentos, pela estima e por ter tido tanta paciência comigo. Aos professores do PRODIR que foram fundamentais, contribuindo mesmo que indiretamente com este trabalho. À Renatinha e aos bolsistas, com os quais tive o prazer de construir uma relação tão afetuosa de amizade. E aos grandes amigos que fiz no mestrado.

Talvez o mundo não seja pequeno.  
Nem seja a vida um fato consumado.  
(Gilberto Gil e Chico Buarque)

## RESUMO

A tradição francesa baseava a soberania do povo na soberania do parlamento, sendo impensável qualquer forma de controle dos atos do legislativo. O Conselho Constitucional Francês foi criado, através da Constituição de 1958, com a finalidade de salvaguardar as competências do Executivo em face dos atos do legislador. Então, a simples criação do Conselho já representou uma quebra de paradigma. Nos anos setenta, foram implementadas grandes transformações pela decisão do Conselho de 1971 e a revisão constitucional de 1974. Elas foram essenciais no salto evolucionar do processo de constitucionalização do direito na França. Antes o Código Civil era visto como a Constituição Francesa, pois sua estabilidade era muito maior que a vivenciada no constitucionalismo francês. Assim, o Conselho Constitucional firma-se como um órgão controlador da constitucionalidade das leis, um autêntico Tribunal Constitucional. Ele se diferenciava dos demais Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas, por só prever um controle de constitucionalidade anterior à promulgação das leis, a aplicação dos regulamentos da Assembleia Nacional e do Senado, a ratificação de compromissos internacionais. O controle *a posteriori* só foi inserido na Constituição em 2008 e implantado em 2010. A tradição francesa baseada no direito privado e na inexistência de controle posterior a promulgação das leis, diferenciando-o do sistema norte-americano e alemão, fez com que Luís Roberto Barroso afirmasse que não há no sistema francês uma verdadeira jurisdição constitucional. Muitos doutrinadores brasileiros seguem a mesma posição de Barroso. Tal afirmação é o objeto deste estudo, o qual tem por finalidade averiguar a sua veracidade analisando o Conselho Constitucional- a sua composição, suas funções, suas decisões; e as características dos modelos de jurisdição constitucional apontados pela doutrina- o modelo norte-americano e o europeu. Serão analisadas nesse estudo ainda as características de uma jurisdição constitucional e as classificações doutrinárias, vez que será utilizado o método tipológico. As fontes serão a revisão bibliográfica sobre os temas e os dispositivos legais franceses. Também será realizada a análise de amostra aleatória simples das decisões do Conselho.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Modelo Kelseniano. Controle político. Controle preventivo.

## ABSTRACT

The French tradition based the sovereignty of the people on the sovereignty of the parliament, being unthinkable any form of control of the legislative acts. The French Constitutional Council was created, through the 1958 Constitution, with the purpose of safeguarding the powers of the Executive in the face of the acts of the legislator. So the simple creation of the Council has already represented a paradigm shift. In the 1970s, major changes were implemented by the 1971 Council decision and the constitutional revision of 1974. They were essential in the evolutionary leap of the process of constitutionalisation of law in France. Before, the Civil Code was seen as the French Constitution, because its stability was much greater than that experienced in French constitutionalism. Thus, the Constitutional Council stands as a body that controls the constitutionality of laws, an authentic Constitutional Court. It was different from the other Constitutional Courts and Supreme Courts, for only providing for a constitutional control prior to the enactment of laws, the application of the regulations of the National Assembly and the Senate, the ratification of international commitments. A posteriori control was only inserted in the Constitution in 2008 and implemented in 2010. The French tradition based on the private law and the lack of control after the enactment of the laws, differentiating it from the North American and German system, made Luís Roberto Barroso assert that in the French system a true constitutional jurisdiction does not exist. Many Brazilian doctrinaires follow the same position as Barroso. Such an affirmation is the object of this study, whose purpose is to ascertain its veracity by analyzing the Constitutional Council - its composition, functions and decisions; and the characteristics of the models of constitutional jurisdiction pointed out by the doctrine - the North American and the European model. This study will also analyze the characteristics of a constitutional jurisdiction and doctrinal classifications, since the typological method will be used. The sources will be the bibliographic review and the French legal provisions. It will be carried out as a simple random sample analysis of Council decisions.

**Keywords:** Control of constitutionality. Kelsenian Model. Political control. Preventive control.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>14</b>
<b>2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>26</b>
2.1.1 O Controle Preventivo e o Controle Repressivo .....	32
2.1.2 O Controle por via incidental e o Controle por via principal .....	34
2.1.3 O Controle Político e o Controle Judicial .....	37
2.1.4 O Controle Difuso e o Controle Concentrado .....	41
<b>2.2 OS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>45</b>
2.2.1 O modelo norte-americano .....	49
2.2.2 O modelo europeu continental .....	63
2.2.2.1 O Sistema Austríaco .....	73
2.2.2.2 O Sistema Alemão .....	79
<b>3 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS</b> .....	<b>93</b>
<b>3.1 OS ANTECEDENTES DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E O</b> <b>CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS</b> .....	<b>104</b>
<b>3.2 O CONSELHO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO</b> <b>DIREITO</b> .....	<b>111</b>
<b>3.3 A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS</b> .....	<b>120</b>
<b>3.4 AS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS</b> .....	<b>128</b>
3.4.1 A competência consultiva .....	128
3.4.2 O contencioso eleitoral e referendário .....	130
3.4.3 O contencioso normativo .....	134
3.4.3.1 O Controle de constitucionalidade <i>a priori</i> .....	138
3.4.3.2 A Questão Prioritária de Constitucionalidade .....	143
<b>3.5 ANÁLISE DA QUESTÃO HOMOPARENTAL NO CONSELHO</b> <b>CONSTITUCIONAL FRANCÊS</b> .....	<b>159</b>

<b>4 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS É UMA VERDADEIRA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?</b> .....	<b>167</b>
<b>4.1 OS MODELOS NÃO SÃO HERMÉTICOS</b> .....	<b>169</b>
4.1.1 Os modelos e os sistemas como produtos culturais .....	181
4.1.2 A classificação tradicional obsoleta .....	188
<b>4.2 A NATUREZA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>192</b>
4.2.1 O controle francês é político? .....	199
4.2.2 O controle francês e a sua classificação como preventivo .....	209
<b>4.3 OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS</b> .....	<b>214</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>228</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>233</b>
<b>REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS</b> .....	<b>239</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS</b> .....	<b>240</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O professor Luís Roberto Barroso leciona, em pelo menos três das suas obras, que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma jurisdição constitucional. Na França cabe ao Conselho Constitucional a realização do controle de constitucionalidade, o qual é classificado, costumeiramente pelos Manuais brasileiros de Direito Constitucional, como sendo um controle político e preventivo. Então, a posição de Barroso não corresponde a um desvio doutrinário, pois várias são as obras com o mesmo posicionamento. Separam, geralmente, os modelos de controle de constitucionalidade em três: norte-americano, europeu continental e francês; justificando que este último possui características distintas dos dois primeiros modelos que são jurisdicionais e repressivos.

O objeto da presente pesquisa é apurar se o Conselho Constitucional francês é uma autêntica jurisdição constitucional, por isso optou-se por um título composto pelo próprio tema-problema em forma de questionamento. Já a hipótese é de que o Conselho Constitucional é uma verdadeira jurisdição constitucional e corresponde ao proposto pelo modelo europeu continental.

A importância do presente trabalho está em proporcionar um conhecimento mais aprofundado do Conselho Constitucional francês e, por consequência, do seu controle de constitucionalidade, possibilitando a visualização dos equívocos repetidos pelos Manuais de Direito Constitucional brasileiros. As obras de Direito Constitucional no Brasil dão uma visão superficial desse sistema e poucos foram os livros localizados que tratam do Direito Francês, os quais também não se aprofundam no Conselho Constitucional. A pesquisa intenta ainda emprestar um olhar crítico acerca da classificação tradicional de controle de constitucionalidade em difuso e concentrado utilizada pela doutrina.

O objetivo geral é verificar se o Conselho Constitucional Francês é uma verdadeira jurisdição Constitucional. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se analisar se o seu funcionamento respeita o disposto na Constituição e demais disposições legais francesas; identificar os benefícios do Sistema Francês de Controle de Constitucionalidade; averiguar se as excentricidades do sistema geram algum malefício ou apenas são especificidades inerentes à realidade cultural francesa; avaliar se a classificação tradicional em difuso e concentrado abarca as características do Conselho.

Utilizar-se-á o método tipológico, vez que serão analisadas as características essenciais de uma jurisdição constitucional, dos modelos de jurisdição constitucional e controle, e da classificação dos controles. Ao comparar a análise dos aspectos essenciais, criar-se-á tipos ideais. A principal característica desses tipos é não existir na realidade, mas só servir de modelo para a análise e compreensão das instituições existentes e em especial o Conselho Constitucional Francês: como sua composição e suas atribuições, não se restringindo apenas ao controle de constitucionalidade exercido por ele. Serão utilizadas como fontes a revisão bibliográfica sobre a matéria. Serão analisadas as obras que tratem da natureza dos órgãos constitucionais, com fim comparar com a natureza do Conselho. Os apanhados históricos serão realizados apenas utilizando como fonte a revisão da bibliografia que trate dos antecedentes do Conselho Constitucional, da tradição político-social, jurídica-constitucional e histórico-cultural predominante no momento da sua criação, bem como os processos históricos e jurídicos posteriores. Este mesmo estudo será realizado nos sistemas constitucionais que serão utilizados para extrair o tipo ideal.

Os ensinamentos de Luís Roberto Barroso sobre o tema serão o ponto de partida dos questionamentos realizados neste trabalho, buscando autores de renome que coadunam com suas lições e os que são contrários. A formulação do tipo ideal- modelo europeu, seguirá os ensinamentos de Hans Kelsen, após será realizada a análise comparativa entre os Tribunais Constitucionais e o Conselho Constitucional e entre este e o tipo ideal. As lições que irão servir de base para todas as discussões que envolvem o Conselho Constitucional francês serão as do defensor do direito constitucional na França- Louis Favoreu.

As normas que regem o Conselho Constitucional francês também serão fontes deste trabalho. Analisará as decisões do Conselho, qualitativamente, e quantitativamente para averiguar o cumprimento dos prazos estipulados em lei. Em razão do grande número de decisões existentes, utilizar-se-á uma amostra aleatória simples das mesmas, esta corresponderá a no mínimo dez por cento das decisões de conformidade e de questão prioritária de constitucionalidade, sendo que no caso de valor fracionado será considerado o valor inteiro superior a ele. O período a ser analisado será o da implantação da Questão Prioritária de Constitucionalidade, ou seja, de 2010 a 2016. Essa amostra não será utilizada para estimar parâmetros do universo de decisões proferidas pelo Conselho, mas para extrair, através da análise

do conteúdo das decisões, elementos pertencentes à amostra, características que se repetem e que não constam em qualquer dispositivo legal.

O trabalho terá enfoque no processo de constitucionalização do Direito na França, o que por si só já demonstra a sua aderência à área de concentração do programa- Constitucionalização de Direito. Quanto a sua adequação a linha de pesquisa *Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos* e ao grupo de pesquisa *Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais*, as discussões deste estudo giram em torno da jurisdição constitucional e da inserção de mecanismos de tutela dos direitos e liberdades fundamentais. Do papel central que estes mecanismos ocupam nas demandas em andamento nas Cortes Constitucionais e Supremas.

No presente estudo não será discutida a politização do judiciário; a (in) dispensabilidade da jurisdição constitucional para o constitucionalismo democrático; a (in) legitimidade democrática da jurisdição constitucional; e formas de aperfeiçoar as jurisdições constitucionais. Não se tentará demonstrar quaisquer benefícios do Conselho Constitucional francês com fim de insinuar que deveriam ser importadas pelo sistema constitucional brasileiro, por não ser esse o objeto do estudo e por ter ciência de que as simples importações acríicas são mais malélicas que benéficas, já que a jurisdição constitucional deve ter íntima relação com a sua Constituição, e esta deve ser um produto cultural da sociedade.

No primeiro capítulo deste trabalho discorrer-se-á sobre os modelos norte-americano e europeu continental- e seus sistemas considerados mais expressivos: sistema austríaco e alemão. Ainda serão objeto deste capítulo os conceitos de jurisdição constitucional e a classificação tradicional dos seus controles de constitucionalidade em concentrado e difuso.

O segundo capítulo tratará do Conselho Constitucional francês, adentrando na sua composição e na forma de designação dos seus membros; nas suas competências atribuídas constitucionalmente, com especial atenção ao seu controle de constitucionalidade, o qual é classificado como político e prévio. Será realizada ainda uma síntese dos antecedentes históricos do Conselho Constitucional, do constitucionalismo francês e do seu processo de constitucionalização do direito. Alguns autores, como será visto no decorrer deste trabalho, justificam a natureza não jurisdicional do Conselho no fato dos órgãos criados pelas constituições

anteriores serem políticos e alegam que o seu processo de constitucionalização do direito iniciou-se tardiamente.

O Conselho Constitucional Francês foi instituído pela Constituição de 1958, a qual continua em vigor na República Francesa. Fica a cargo dele, o controle de constitucionalidade francês. A Constituição francesa só previa um controle anterior à entrada em vigor da norma, não estando incluída a possibilidade de um controle posterior a sua vigência, como previam os outros dois modelos. A Reforma Constitucional de 2008, de modernização das instituições da V República, criou a possibilidade de um controle repressivo, o qual foi denominado de Questão Prioritária de Constitucionalidade. A questão tem sua origem em um litígio, mas não cabe à parte suscitá-la diretamente ao Conselho, mas apenas ao tribunal ordinário, o qual decide pelo envio da questão ao Conselho.

Então, a forma de suscitação deste controle repressivo é aparentemente diversa do previsto nos Tribunais Constitucionais, em que uma minoria qualificada é legítima para suscitar, e nas Cortes Supremas, nas quais cabe à própria parte a provocação da questão. Com isso, verificar-se-á se esta característica pode justificar a sua natureza não jurisdicional.

No último capítulo, as características do Conselho Constitucional serão comparadas com as dos órgãos constitucionais estudados e com o tipo ideal nos moldes kelseniano, com fim de averiguar se as distinções transformam o sistema francês em um terceiro modelo diverso dos outros. Se o controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho tem características de um controle exercido por órgão não jurisdicional. Para isso, intentar-se-á classificar o controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Constitucional francês utilizando a classificação tradicional em difuso e concentrado. Esta classificação também será objeto de análise, porque é importante indagar se a mesma é capaz de espelhar a realidade, separando e unindo controles realizados por diferentes sistemas através de suas características consideradas predominantes. Neste ponto, será debatida a própria divisão das jurisdições constitucionais em modelos.

## 2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar no conceito e nos modelos de jurisdição constitucional é necessário explicitar a advertência realizada pelo Professor Luís Roberto Barroso- “as locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável” (2012, p. 22). Ele explica que a primeira é o gênero e a segunda uma espécie. Barroso trata a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade como instrumentos essenciais para concretização dos ideais do constitucionalismo, como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a participação democrática, mas ressalta que “a jurisdição constitucional, em geral, e o controle de constitucionalidade, de modo particular”. (Ibid., p. 19)

Fica claro que as expressões não são sinônimas pela classificação que José Afonso da Silva faz da jurisdição constitucional em três espécies. A jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional da liberdade, quando ela é provocada pelos remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais, como o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo mexicano. A jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade é aquela que o litígio tem natureza constitucional, mas não corresponde ao controle de constitucionalidade em si, como por exemplo, conflitos de competência. (2014, p. 566-568)

José Adércio Leite Sampaio adota uma divisão bipartida. Um modelo está centrado nas leis, sendo o seu objetivo manter a harmonia e coerência do sistema jurídico e especial depurar atos que contrariem à Constituição. Nesse modelo foca-se no controle abstrato, não se discutem interesses particulares, e a proteção dos direitos fundamentais apenas pode ser indireta. O outro modelo está centrado na defesa dos direitos, a proteção dos direitos consagrados constitucionalmente é o objetivo imediato, e a manutenção do sistema normativo apenas uma consequência deste controle. Este tem suas raízes no controle difuso norte-americano, contudo foram acrescentados em outros sistemas instrumentos processuais com a mesma finalidade que são os recursos de amparo ou constitucionais, os quais serão vistos no decorrer deste trabalho. (2002, p. 50-51)

Já Barroso faz uma diferenciação com base na aplicação da Constituição pela jurisdição constitucional. Ela será direta “quando a norma constitucional

discipline, ela própria, determinada situação da vida” (2012, p. 22). Ou indireta, se a Constituição for usada como referência na atribuição de sentido de uma lei ou de parâmetro para averiguar a validade da lei. Então, o controle de constitucionalidade das leis corresponde a uma forma de exercício da jurisdição constitucional, em que a aplicação da Constituição é de forma indireta. (Ibid., p. 22-23)

O referido autor define a aplicação indireta da Constituição quando esta é utilizada 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 a Constituição)”. (2014, p. 240) Para exemplificar o dito, o autor cita como uma forma de atuação de aplicação direta, “o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia”. (2014, p. 240)

Retornando as conceituações, Cappelletti define o controle judicial de constitucionalidade das leis como a mais importante manifestação da jurisdição constitucional. (1999, p. 25-26) José Afonso da Silva coloca a jurisdição constitucional como uma “resposta aos tipos de ataques que a Constituição pode sofrer” (2014, p. 563) Chehab afirma que ela é exercida pelos Tribunais ao interpretar a Constituição. (2012, p. 20) Kelsen define a jurisdição constitucional como a garantia jurisdicional da Constituição, como medida técnica que busca garantir o exercício das funções estatais (2003, p. 124). Carpizo leciona que a função primordial da jurisdição constitucional é controlar a constitucionalidade das leis e os atos dos poderes constituídos, bem como o conflito entre estes. (2016, p. 397-398)

Kelsen defende que a liberdade do legislador por estar subordinado apenas à Constituição e submetendo a limitações fracas, faz com que seu poder de criação permaneça grande. E que quando ocorre aplicação do direito a parte de livre criação diminui, pois há a reprodução do direito respeitando-se o grau superior e neste limite a produção no grau inferior. Essa ideia é a mesma quando se pensa em garantias da Constituição que são “garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas a Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”. (2003, p. 126)

A garantia da Constituição significa a regularidade dos graus inferiores e subordinados a ela. Para isso, a Constituição tem que ser vista sob o prisma da

teoria da estrutura hierárquica da ordem jurídica, cuja constituição é o princípio supremo, o fundamento do Estado. Deve-se diferenciar os dispositivos constitucionais dos legais, concedendo àqueles maior estabilidade ao tornar sua reforma mais difícil. (KELSEN, 2003, p. 130) Carpizo leciona que a jurisdição constitucional, apesar de suas debilidades, é hoje o melhor sistema que se criou para garantir a supremacia constitucional dos poderes constituídos, vez que as atribuições destes estão dispostas no texto constitucional. Ressalta ainda sua importância na proteção dos direitos humanos e na defesa da ordem constitucional. (2016, p. 388)

Para Barroso, a expressão *jurisdição constitucional* indica “a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais” (2012, p. 291). Parte desta afirmação é controversa, vez que é reconhecida pela doutrina que a jurisdição constitucional pode ser exercida por órgão não pertencente à estrutura do Judiciário, sendo que esta característica não desnatura a sua natureza, como será demonstrado ainda neste capítulo. Poderia até firmar a ideia de que cabe a jurisdição constitucional o controle jurisdicional da constitucionalidade, buscando diferenciar do controle político exercido pelo Executivo e Legislativo, mas jamais restringir a realização aos órgãos judiciais.

Outra passagem da obra de Barroso demonstra que a sua intenção é restringir aos órgãos judiciais, tal trecho é repetido de forma idêntica em outra obra de sua autoria. Barroso afirma:

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (2012, p. 292; 2014, p. 240)

No decorrer da primeira obra enfatiza que a “jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”. (BARROSO, 2012, p. 22) E na outra obra sua repete o mesmo posicionamento: “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”. (BARROSO, 2014, p. 240) É importante, frisar que Kelsen entendia que a fiscalização constitucional teria natureza de função constitucional autônoma e não uma função tipicamente judicante. (MOTTA FILHO e SANTOS, 2004, p. 36) Favoreu leciona que a Jurisdição Constitucional é caracterizada pela sua competência para

conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, e que ela deve ser independente dos poderes estatais e não pertencer ao aparelho constitucional ordinário. (2004, p. 15)

Na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, a jurisdição constitucional é o poder de controlar a constitucionalidade das leis e de proteger os direitos fundamentais. Ela pode ser conferida a órgãos do Poder Judiciário ou a órgãos constitucionais independentes e diferentes do Poder Judiciário, os quais são denominados de Cortes, Tribunais ou mesmo de conselhos constitucionais. Neste caso, o juiz constitucional não é uma autoridade judicial, mas vinculado a um órgão constitucional independente do Judiciário e dos demais poderes estatais. Já na primeira hipótese o juiz constitucional corresponde a uma autoridade judicial. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 43)

Independente do juiz constitucional estar vinculado ou não ao Poder Judiciário, cabe a ele o exercício da função jurisdicional, vez que a sua declaração tem força jurídica e independe dos órgãos do Poder Executivo e Legislativo. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 43)

O problema em atrelar ou não a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário relaciona-se com o modelo que é discutido, ora Favoreu discute o modelo Europeu que é composto por Tribunais Constitucionais que não pertencem à estrutura do Judiciário. Apesar de haver exceções, como é o caso do Tribunal Constitucional Alemão que será visto ainda neste primeiro capítulo. Já quando se amarra a existência da jurisdição constitucional a sua vinculação ao Poder Judiciário tem-se em mente o modelo norte-americano, cuja ideia de controle está intimamente relacionada com a ideia de revisão judicial das leis. Contudo, esses modelos e suas características terão título próprio neste trabalho.

José Afonso da Silva define a função jurisdicional ou a jurisdição pela função de compor conflitos de interesses ou de lides, a qual se realiza em um processo judicial. Ele defende que os conflitos são solucionados pelos órgãos do Poder Judiciário, fundamentando-se em ordens gerais e abstratas- ordens legais. Afirma que a jurisdição é hoje monopólio do Poder Judiciário, citando o artigo quinto da Constituição Brasileira. (2014, p. 559) Como José Afonso da Silva cita a Constituição brasileira, pode-se inferir que ele afirma que no Brasil a função jurisdicional é monopolizada pelo Judiciário, mas não que em qualquer outro país ela deva ser.

Isso, em razão da sua definição ser bastante aberta, pois define como a função de compor conflitos.

Brewer-Carías delimita a jurisdição constitucional como:

*la posibilidad de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, deriva precisamente de esa idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre toda otra norma o acto estatal; lo que implica el poder de los jueces o de ciertos órganos constitucionales en ejercicio de funciones jurisdiccionales, de controlar la constitucionalidad de los actos estatales, incluidas las leyes, declarándolos incluso nulos cuando sean contrarios a la Constitución.* (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 26)

Kelsen defende que a natureza da jurisdição constitucional é de um órgão licenciado pelo Poder Constituinte (DALLA VIA, 2016, p. 447) Já Miguel exclui a pretensão de buscar uma essência da função judicial e muito menos da jurisdição constitucional. Ele assinala os três critérios mais utilizados para identificar o conceito de jurisdição. Primeiro, a função judicial é o procedimento de aplicação do Direito frente à criação jurídica. Segundo, a função de resolução de controvérsias de caráter concreto. Por fim, a independência e imparcialidade dos órgãos e de suas decisões. (2000, p. 145-146)

Miguel afirma que estes três critérios são identificados nas decisões de constitucionalidade das leis. Primeiro, utilizando a ideia de Kelsen de que toda sentença introduz uma nova norma ao sistema. (2000, p. 146) O Direito é produzido na sua criação e na sua aplicação. (KELSEN, 2003, p. 126). Segundo, as sentenças não são atos de aplicação mecânica, o direito pré-existente inova-se, pois as normas são abertas as mais distintas possibilidades em que novos critérios são estabelecidos mesmo que não fossem reconhecidos previamente. Em terceiro, as sentenças recebem não só eficácia para o caso, resultando uma força *erga omnes*. (MIGUEL, 2000, p. 146-147)

Streck leciona que a jurisdição constitucional é a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, quando a Constituição é tida no sistema como fundamento de validade do ordenamento jurídico e da própria atividade político-estatal. (2002, p. 27) Para Chehab a jurisdição constitucional “nasceu e se desenvolveu em face da supremacia da Constituição”. (2012, p. 16) A proteção da Constituição abrange tanto sua parte orgânica- processos e procedimentos

constitucionais- quanto à dogmática, referente aos direitos fundamentais. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 31)

Muitas ideias estão relacionadas ao conceito contemporâneo de Constituição, sendo que todas partem do mesmo ponto- a limitação do poder estatal. (SIQUEIRA, 2016, p. 197-199) Para Fernandes não é tão simples a tarefa de definir o que seja a Constituição, pois não há no âmbito do Direito Constitucional atual um conceito único e nem mesmo um conceito dominante na doutrina. (2011, p. 15) Todavia, ele afirma que há uma concordância com relação aos dois grandes objetivos do constitucionalismo, que são a limitação do poder atrelada a organização e estruturação do Estado, e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. (Ibid., p. 20-21)

Barroso defende que a Constituição contemporânea desempenha dois papéis. O primeiro é dispor sobre os valores políticos da sociedade, as suas instituições e consagrar direitos fundamentais. A outra é disciplinar o processo político. (BARROSO, 2012, p. 297) Importante afastar qualquer conceituação que importe em dar um caráter só político, moral, ou filosófico as normas constitucionais, vez que estas possuem eficácia normativa e têm superioridade hierárquica na pirâmide jurídica. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 27) Entretanto, pela riqueza e complexidade da discussão entorno do conceito de Constituição e da grande possibilidade deste trabalho distanciar-se do seu foco principal, optou-se por apenas atrelar a ideia de constituição à limitação dos poderes estatais concomitante com sua organização, e da efetividade dos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva afirma que a jurisdição constitucional originou-se como “instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”. (2014, p. 563) A função básica da jurisdição constitucional é garantir a integridade e supremacia da Constituição, então é necessário o reconhecimento da força normativa da Constituição para ser natural a previsão de mecanismos que garantam sua primazia e permitam censurar atos que lhe sejam contrários. Essa função de guarda da constituição sempre foi associada à ideia da jurisdição constitucional, presente desde a criação dos Tribunais Constitucionais, e ela fundamenta a adoção de procedimentos de controle. (CASAL, 2016, p. 72)

Aponta-se como nascedouro da jurisdição constitucional a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, sua importância é transcendental por estabelecer os

fundamentos acerca da constitucionalidade das leis, discutiram-se as contradições legislativas e as atribuições da Suprema Corte definidas constitucionalmente. O objetivo não foi tratar de violações das garantias individuais, a revisão judicial não nasce com o propósito direto de proteger os direitos do homem, mas sim de manter a supremacia constitucional, pela revisão de leis e atos estatais, invalidando os que excedessem os limites definidos pelo Poder Constituinte. (CERVANTES, 1999, p. 370-371)

A decisão de Marshall estabeleceu o princípio da supremacia constitucional e em razão desse um sistema de controle de constitucionalidade das leis. Assim, apesar do controle norte-americano ser difuso desde o seu nascedouro, representa um antecedente dos Tribunais Constitucionais europeus, os quais têm competência exclusiva para verificar os conflitos entre as normas e a Constituição. (CERVANTES, 1999, p. 357) Essa decisão foi a principal e maior contribuição norte-americana ao constitucionalismo moderno, sendo o desenvolvimento dos seus fundamentos a base para o sistema de jurisdição constitucional contemporâneos no mundo. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 26)

Chehab leciona que “a Jurisdição Constitucional nasceu a partir do *judicial review* do direito norte-americano e ganhou forte impulso na Europa após a 2ª Guerra Mundial, especialmente na Áustria e na Alemanha”. (CHEHAB, 2012, p. 15) A superioridade constitucional passa ser um princípio do sistema jurídico europeu, devendo o mesmo ser defendido através do controle de constitucionalidade. A justiça constitucional é de fundamental importância na efetivação do Estado Democrático de Direito na Europa. (Ibid., p. 16)

No modelo europeu, em regra, a ideia de Jurisdição Constitucional busca pôr freios nos poderes estatais, preservando ao mesmo tempo a vontade geral proveniente da lei. Sua criação é fundamentada também na importância adquirida pelas Constituições. (STRECK, 2002, p. 285). Neste modelo tem-se a figura do Tribunal Constitucional que é o órgão responsável pela verificação da adequação das leis à Constituição, com fim de manter a primazia desta última. Também compete aos Tribunais a resolução dos conflitos de caráter constitucional, a proteção dos direitos fundamentais e das competências designadas aos poderes constituídos. (HIGHTON, 2016, p. 108)

Tanto no sistema europeu quanto norte-americano, a jurisdição constitucional é a expressão mais forte da supremacia constitucional e da sua

garantia, a diferença é que no segundo a garantia é judicial, enquanto no primeiro é jurisdicional, mas não judicial. Contudo, em ambos os órgãos encarregados da justiça constitucional devem ser autônomos e independentes. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 43)

Para a supremacia ser efetiva devem existir mecanismos de garantia, no caso da Constituição uma forma de garanti-la é com um sistema de jurisdição constitucional. Kelsen afirma serem os Tribunais Constitucionais uma garantia jurisdicional por excelência da supremacia da Constituição. Se não forem estabelecidas as garantias torna-se inoperante a supremacia sob o ponto de vista jurídico, pois não haverá proteção contra os atos inconstitucionais ou qualquer ato de ruptura do sistema constitucional. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 30-31)

Barroso afirma que duas atuações específicas são abarcadas pela jurisdição constitucional. A primeira refere-se à aplicação direta da Constituição, em miúdos, do texto constitucional em si. A outra, a sua aplicação indireta. Nesta última hipótese está o controle de constitucionalidade, vez que a norma constitucional é o paradigma de verificação da validade de norma infraconstitucional; e também a interpretação conforme a Constituição, na qual se estabelece a interpretação da norma infraconstitucional mais adequada ao texto constitucional diante das possibilidades interpretativas. (2012, p. 291-292)

A atribuição essencial da jurisdição constitucional é a defesa da Constituição. Essa não se restringe na garantia de estabilidade e continuidade da estrutura do Estado, como a forma de distribuição de competências entre os órgãos constituídos. Abrange também a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, sendo esta essencial na consecução do Estado de Direito. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 56) Compete à Jurisdição Constitucional a proteção dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2012, p. 297) Brewer-Carías leciona que há estrita relação entre a jurisdição constitucional e a declaração constitucional dos direitos fundamentais, vez que quando há esta declaração é ainda mais necessária a implantação de um sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional. (2016, p. 56)

A proteção dos direitos fundamentais resulta da função da jurisdição constitucional de limitar e controlar o exercício dos poderes constituídos, esta já era uma missão principal e continua marcando a atuação dos Tribunais Constitucionais. O que mudou foi à ideia que se tem desses direitos, e, por conseguinte a limitação

do poder público pela Constituição. Não restringe suas preocupações às violações das liberdades individuais, abrange os direitos sociais ou prestacionais e todos os que são considerados condições de promoção da dignidade da pessoa humana. Não só a conduta do poder público pode ser objeto, mas também a sua omissão, negligência. (CASAL, 2016, p. 73)

Kelsen discorre sobre o catálogo de direitos fundamentais existente nas Constituições modernas, assim a inconstitucionalidade de uma lei ocorre também com a discordância com os princípios ou diretrizes constitucionais. (CHEHAB, 2012, p. 14) Streck defende que após a segunda guerra e com a positivação dos direitos sociais fundamentais, a jurisdição constitucional passa a ter um “papel de absoluta relevância”. (STRECK, 2003, p. 271) A função de assegurar a supremacia constitucional frente às atuações dos órgãos estatais não busca apenas garantir a integridade do sistema constitucional, mas também pode se referir à proteção dos direitos fundamentais individuais. (CASAL, 2016, p. 72-73)

Cabe à Jurisdição Constitucional a manutenção das regras democráticas, inclusive através de decisões contramajoritárias caso sejam em favor da Constituição. (BARROSO, 2012, p. 297) Há a ideia de que “a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais”. (STRECK, 2003, p. 271) Por isso, é necessária a abertura da jurisdição constitucional ao pluralismo jurídico, de forma a evitar que prevaleçam os benefícios da maioria governante. (CASAL, 2016, p. 75)

Baracho defende que a associação entre a proteção dos direitos fundamentais e a criação da jurisdição constitucional, pois os Tribunais Constitucionais têm a missão de interpretar e guardar a Constituição, sendo que nesta estão, na maioria das vezes, arrolados os direitos fundamentais. Assim, os Tribunais “ganham relevância na interpretação e na aplicação desses direitos”. (CHEHAB, 2012, p. 14)

Várias funções podem ser atribuídas à jurisdição constitucional como a de defender os pressupostos básicos do processo político democrático constitucionalmente firmado. Assim, cabe assegurar a abertura da Constituição ao pluralismo político, devendo abri-la para diversas e diferentes correntes políticas e sociais favorecedoras do valor constitucional e que tenha como denominador comum à democracia, corresponde criar uma unidade com auxílio da diversidade. A Constituição deve acolher as diversas correntes de pensamento, os planos de vida e

necessidades coletivas. Essa ideia deve guiar inclusive a sua interpretação. Mesmo as constituições que não nasceram da tentativa de consensos entre as forças políticas existentes, devem ser reconduzidas ao pluralismo através da interpretação dos seus dispositivos, com fim de evitar que estes representem apenas uma parcela política ou sirvam como instrumentos de dominação. (CASAL, 2016, p. 74-75)

Casal defende que cabe ainda a proteção da democracia procedimental ou deliberativa, em miúdos, é fortalecer a participação, discussão e a construção de consensos políticos. Não é suficiente para a democracia o simples fato da decisão ter sido tomada pela maioria, é necessário a abertura do debate aos interessados, buscando uma aceitação mais plural da decisão. Então, significa retirar obstruções existentes no processo democrático, cabendo verificar a observância dos procedimentos legislativos as formas que permitam a defesa de posições dos diferentes partidos políticos, o respeito à autonomia das organizações, à liberdade de pensamento e expressão. Evitar que as minorias sejam impedidas de expressar suas posições, em razão de obstáculos existentes a sua participação do debate. Desta forma, o controle de constitucionalidade por si só não supri essa função, existindo outras formas de suscitação singulares. Cabe à jurisdição constitucional assegurar o cumprimento das regras que conferem racionalidade, transparência e equilíbrio ao debate legislativo. (2016, p. 76-80)

Cabe, no exercício daquela função, à jurisdição constitucional a proteção do pluralismo social, da participação cidadã e da liberdade de expressão, pois o respeito aos direitos humanos é um pressuposto das democracias contemporâneas e sua garantia corresponde a uma das mais importantes funções desta jurisdição. Os direitos arrolados nesse capítulo têm uma significação ainda mais singular, vez que são essenciais para o desenvolvimento da democracia. O pluralismo fortalece a esfera social, a qual ganha força para se impor frente aos poderes estatais. (CASAL, 2016, p. 80-81) Neste mesmo quadro, cabe também velar pelo caráter democrático das restrições dos direitos humanos, verificando se as condições destas restrições estão em conformidade material com os princípios democráticos, ou se representam apenas um obstáculo ao exercício pela oposição política. Analisa se a natureza da restrição não fere as exigências inerentes a uma sociedade democrática. (Ibid., p. 84)

Mezzetti aponta outras tendências na atuação da jurisdição constitucional, como a transformação do controle de constitucionalidade da lei no controle de

aplicação da mesma; a tendência em focar na tutela dos direitos. Afirma que não é mais suficiente enxergar a jurisdição constitucional como um simples legislador negativo- sua função estática, mas também sua dimensão dinâmica. Esta se refere a sua função criadora de princípios, valores e direitos constitucionais, e também de árbitro de conflitos entre sujeitos e órgãos constitucionais. (MEZZETTI, 2009, p. 286-293) Caberia a ela “*llenar el hiato que existe a veces entre derecho y sociedad y proteger la democracia*” (Ibid., p. 293).

Casal diferencia as competências das funções da jurisdição constitucional. As competências são a causa por meio da qual as funções se realizam. Elas não estão incomunicáveis entre si, mas é importante sua diferenciação para evitar extrapolações. Afirma que para estudar as funções deve-se diferenciar as competências que ela pode exercer. A competência refere-se às faculdades de atuação ou controle atribuídas pela Constituição ou lei, já as funções são as tarefas gerais que devem ser exercidas pelas jurisdições constitucionais. (2016, p. 65)

Os tribunais devem exercer as competências estabelecidas na Constituição ou em lei, não devem inferir suas competências das funções que são atribuídas genericamente às jurisdições constitucionais. (CASAL, 2016, p. 65). Tal inferência faz com que a função se sobreponha à competência, o que por si só já significa uma afronta às normas constitucionais que estabelecem à última.

Carpizo aponta algumas características da jurisdição constitucional. A primeira é dar a última palavra nos conflitos de interpretação constitucional. Gozar de hierarquia superior e ter suas decisões respeitadas pelos órgãos constituídos. Ter independência para defender a Constituição (2016, p. 389), caráter permanente e atuação constante. Ser o grande defensor dos direitos humanos. Suas decisões devem ser fundamentadas como qualquer decisão jurisdicional e resultar da interpretação adequada da Constituição, respeitando a lógica constitucional. (Ibid., p.397-398) Uma característica comum também é o efeito vinculante das decisões das jurisdições constitucionais, assim os juízos ordinários devem observar os critérios interpretativos estabelecidos por ela. Assim, propicia-se a uniformidade da interpretação constitucional. O objetivo dessa característica é evitar interpretações incompatíveis com a Constituição. (CASAL, 2016, p. 68)

Mudrovitsch, todavia, alerta que não existem regras de conduta obrigatórias para as Cortes Constitucionais “em relação a seus métodos de funcionamento, suas

estratégias políticas de sobrevivência e técnicas de decisão e interpretação de normas utilizadas no exercício da jurisdição constitucional.” (2014, p. 15).

Apesar de não ser uma característica originária das jurisdições constitucionais, tanto de matriz norte-americana quanto europeia, hoje se verifica uma tendência de restrição da sua atuação a um restrito número de causas que possuam grande relevância, inclusive no sistema norte-americano. Para isso, costuma-se dar discricionariedade para o órgão jurisdicional decidir a causa que irá julgar, com fim de evitar a dissipação de esforços em causas que não sejam sobre temas fundamentais. (BARROSO, 2012, p. 104)

Casal fez um alerta quanto aos efeitos devastadores ao equilíbrio constitucional-democrático de levar ao extremo a ideia da função da jurisdição constitucional de garantir a integralidade ou supremacia da Constituição. Primeiro, assegurar o respeito às normas constitucionais é uma responsabilidade de todos os órgãos estatais, não sendo uma tarefa exclusiva dos juízes constitucionais. Então, a jurisdição constitucional deve figurar apenas como uma última instância a ser utilizada quando os demais poderes estatais fracassarem no seu dever de zelo. Sempre evitando a transformação da Democracia Constitucional em um Estado Hiperjurisdicional, pois uma jurisdição constitucional total fere os postulados democráticos. Assim, estaria sacrificando parte da Constituição- o princípio democrático, sob o argumento contraditório de manutenção da integralidade da Constituição. (2016, p. 65-66)

Comumente, além do Tribunal Constitucional são guardiões da Constituição a sociedade, o órgão reformador da Constituição, os órgãos constituídos secundários e em situações limites o chefe de Estado e do Exército. (CARPIZO, 2016, p. 398-399) O limite e o controle do poder público não são exclusivos da jurisdição constitucional, mas quando exercidos por ela se diferencia dos demais controles exercidos pelos outros guardiões. A jurisdição constitucional não deve ter como função principal desenhar a ordem social e econômica e nem as condições de vida de acordo com o programa constitucional. Cabem a ela os controles adequados das ilicitudes das autoridades. Isso não exclui que ela ocasionalmente interfira nestes aspectos, pois os órgãos estatais que são primariamente competentes podem através dos seus atos perpetuarem preconceitos sociais e ignorar os interesses das minorias. Assim, a jurisdição pode combater resistências injustificadas com fim de efetivar os mandamentos constitucionais. Todavia, reduzir

sua atuação a isto, torna-a apenas o poder mais deficitário do poder público. (CASAL, 2016, p. 73-74)

Não é conciliável a ideia de jurisdição total com a de democracia constitucional. Deve sim ser competente a jurisdição para atuar em questões pontuais que possibilitem sua função de garantir a supremacia constitucional. (CASAL, 2016, p. 66) As concepções expansivas além de gerarem desequilíbrio nas relações entre os poderes estatais, também sobrecarregam a jurisdição constitucional.

Para finalizar esse item, traz-se um conceito de Sampaio que consegue tocar em várias observações realizadas no decorrer desse trabalho. Ele afirma que primeiramente, para conciliar os critérios formais e materiais, deve-se ver a jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, exercida por um órgão jurisdicional com hierarquia superior, o qual pode pertencer ou não ao Poder Judiciário, cujos processos jurisdicionais devem ser pautados pela adequação dos atos estatais aos preceitos constitucionais, o controle constitucional dos atos, tendo destaque a proteção e efetivação dos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2002, p. 23)

## **2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Nos mais diferentes sistemas jurídicos e com as mais diversas conformações, verifica-se que o controle de constitucionalidade está presente em inúmeros países, inclusive nos que pareçam se recusar a adotar a jurisdição constitucional (MENDES, 2006, p. 28) O controle de constitucionalidade não é uma função afeta apenas ao Poder Judiciário, vez que deve ser realizado por todos os poderes estatais. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.18) Na contemporaneidade, a característica mais significativa do Estado de Direito é a existência de um sistema de controle de constitucionalidade de todos os atos estatais, seja ele um controle realizado na esfera administrativa e sobre os atos administrativos, ou de leis e demais atos assemelhados pelo sistema jurisdicional. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 25).

Assegurar a integridade da Constituição não é uma tarefa apenas jurisdicional, vez que incumbe outros órgãos. Mas o órgão jurisdicional atua como uma última instância de garantia, então se a integridade não foi garantida pelos

demais órgãos estatais, cabe a atuação da jurisdição constitucional. (CASAL, 2016, p. 65)

Contudo, como o objeto desse trabalho é verificar se o Conselho Constitucional é uma jurisdição constitucional, então o foco será primordialmente no controle de constitucionalidade realizado pela jurisdição constitucional. Outra ressalva é que não se pode confundir o controle jurisdicional de constitucionalidade com a jurisdição constitucional em si, o controle é apenas um dos aspectos desta jurisdição, apesar de ser o seu aspecto mais importante (CAPPELLETTI, 1999, p. 23).

Bulos define o controle de constitucionalidade como “o instrumento de garantia da supremacia das constituições” (2014, p. 186) Ele é o instrumento de verificação da compatibilidade dos atos praticados pelos três poderes com a Constituição do país. O autor faz uma analogia da inconstitucionalidade e o controle como a doença e o remédio. Highton defende que é a principal ferramenta de controle do poder estatal, sendo o pressuposto básico de equilíbrio dos poderes, além de garantir a supremacia da constituição. (2016, p. 107)

Fernandes caracteriza-o como o garantidor da supremacia e o defensor das normas constitucionais, sendo estas implícitas ou explícitas, tendo em vista as eventuais usurpações, corresponde “a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar” (2011, p. 912) Barroso defende que os atos emanados do Legislativo é que são os relevantes para o controle de constitucionalidade. (2012, p. 37)

O controle de constitucionalidade fundamenta-se ainda na proteção dos direitos e garantias fundamentais de atos que lhes contrarie, sejam estes de natureza estritamente política ou jurídica. Mas a sua finalidade não se resume em assegurar as liberdades públicas, apesar de ser um dos seus fins prioritários, estende-se a sua proteção a todas as normas e princípios constitucionais, independente do grau de importância. (BULOS, 2014, p. 188)

José Afonso da Silva trata o controle de constitucionalidade das leis como uma técnica especial criada para defender a supremacia da Constituição contra incompatibilidades. Ele reduz o controle a “apenas um aspecto relevante da Jurisdição Constitucional”. (2014, p. 51) Barroso delimita-o como o instrumento de

“verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”. (2012, p. 21) A existência do controle de constitucionalidade também limita os poderes estatais que se veem obrigados a respeitar as disposições constitucionais, então é importante para a concretização do processo democrático e da manutenção das instituições livres. (BULOS, 2014, p. 188)

O controle de constitucionalidade é mais que a simples parametricidade da lei à Constituição, em razão da supremacia desta última, pois deve ser imposta uma sanção a sua não conformidade, como a declaração de invalidade do ato. (FERNANDES, 2011, p. 912) Assim, “a declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar a sua eficácia”. (BARROSO, 2012, p. 12) Bulos adverte que a inconstitucionalidade não se reduz ao vício (aspecto exterior), pois ela também se refere ao aspecto antecessor que é a discordância entre o ato perante a Constituição. Nesta atividade de verificação tem-se um juízo de valor, pois a autoridade competente ao interpretar a norma ou o ato que vai considerar se é ou não contrário à Constituição. A primeira corresponde ao efeito (vício), enquanto a segunda é a causa (discordância). (2014, p. 139)

A supremacia da Constituição costuma ser distinguida em material e formal. A primeira é reconhecida até nas constituições costumeiras e flexíveis, é mais ligada a uma visão sociológica, ao reconhecimento de uma rigidez sociopolítica. Contudo, do ponto de vista jurídico, apenas se aceita a supremacia formal que se apoia na regra da rigidez. (SILVA, J., 2004, p. 47) “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”. (Ibid., p. 48) A necessidade de preservação da supremacia constitucional, seja material ou formal, é o pré-requisito para a existência do controle de constitucionalidade. (BULOS, 2014, p. 187)

A Constituição é o símbolo do Estado de Direito, sua proteção é necessária para que não se transforme em uma mera abstração carente de significado. (ZAMORA, 2007, p. 3) A Constituição determina as condutas e os valores a serem seguidos e preservados, ela “disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação”. (BARROSO, 2012, p. 34). Os dispositivos constitucionais devem ser supremos em relação as outras normas do sistema

jurídico, sendo que só quando essa supremacia é respeitada pode-se falar em constitucionalidade, assim como em inconstitucionalidade. (BULOS, 2014, p. 138)

É importante definir o significado de inconstitucionalidade. Um ato inconstitucional é aquele inadequado às normas constitucionais, o que pode ser em razão de conduta positiva quanto negativa (ação ou omissão). (FERNANDES, 2011, p. 913) Quando a inconstitucionalidade é por ação são abrangidos os atos incompatíveis com a Constituição, “os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade- americano, austríaco e francês-[...] foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade” (BARROSO, 2012, p. 37). Quanto à prática omissiva como uma inconstitucionalidade, nem todos os ordenamentos abarcam a ideia da, sendo que alguns aceitam apenas quando é parcial e não total, pela ausência da norma, de ato a ser impugnado.

A inconstitucionalidade por omissão começou a ser prevista na década de setenta, em específico da Constituição iugoslava de 1974 e na portuguesa de 1976. Na Itália e na Alemanha discutia-se a mesma em sede de jurisprudência já na década de sessenta, sendo que a Constituição espanhola de 1978 passou a dispor sobre a mesma. Independente da existência de norma específica sobre a inconstitucionalidade por omissão verifica-se que, atualmente, os tribunais constitucionais têm conhecido da matéria. (BARROSO, 2012, p. 38)

A invalidade das normas contrárias à Constituição baseia-se na supremacia constitucional. A Constituição cria os poderes estatais e cabe a estes respeitarem as atribuições por ela delimitadas. Além disso, justifica-se a invalidade e a superioridade afirmando que o poder constituinte deve prevalecer aos poderes constituídos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.18) A não aplicação de norma constitucional quando a Constituição exige-a também caracteriza uma conduta inconstitucional. (SILVA, J., 2044, p. 48) A inconstitucionalidade pode ser classificada por critérios como o momento da sua verificação, a forma de atuação estatal que a provocou, bem como se deriva do processo de elaboração da norma ou do seu conteúdo. (BARROSO, 2012, p. 34)

A compatibilidade vertical das normas decorre da supremacia da Constituição, assim as normas inferiores só terão validade se compatíveis com as de grau superior, estando no ápice as normas constitucionais. A inconstitucionalidade dos atos legislativos e administrativos decorre da incompatibilidade vertical, pois a

validade das normas inferiores decorre das normas superiores, então são inválidas. (SILVA, J., 2014, p. 49)

A inconstitucionalidade das leis pode ser formal ou material. Entretanto, deve-se alertar que a natureza da inconstitucionalidade não tem qualquer relação com a classificação das normas constitucionais em formais ou materiais, tendo em vista o seu conteúdo. (BARROSO, 2012, p. 36) A inconstitucionalidade formal dar-se com a incompetência da autoridade que a confeccionou ou com o desacordo dos procedimentos estabelecidos na Constituição. (SILVA, J., 2014, p. 49) Ela envolve um vício na produção e formação da norma, uma desobediência aos requisitos formais. (FERNANDES, 2011, p. 914) Ela ocorre “quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico” (BARROSO, 2012, p. 34).

A inconstitucionalidade formal ainda é dividida em orgânica, quando o descumprimento é das normas de competência, ou por descumprimento dos pressupostos objetivos do ato. Neste último caso, entende-se como o descumprimento de elementos determinantes de competência no exercício da função legiferante, como é o caso dos requisitos de urgência e relevância na edição de medidas provisórias, ou seja, são pressupostos de cunho objetivo. (FERNANDES, 2011, p. 914) Barroso restringe a inconstitucionalidade orgânica ao vício de forma referente à inobservância da regra de competência. (2012, p. 34) Cita-se ainda a inconstitucionalidade formal propriamente dita, quando é descumprido o processo legislativo disposto na Constituição. (FERNANDES, 2011, p. 915)

No plano material, a inconstitucionalidade refere-se ao próprio conteúdo da lei ou do ato e a sua incompatibilidade com os preceitos e princípios constitucionais. (SILVA, J., 2014, p. 49) Ocorre quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio. (BARROSO, 2012, p. 34) Ela ocorre com a inobservância dos requisitos materiais, quando “o conteúdo da lei ou ato normativo contrariar o conteúdo da Constituição”. (FERNANDES, 2011, p. 917) No Brasil, a inconstitucionalidade material também decorre do desvio ou excesso de poder legislativo. (Ibid., p. 917)

Barroso afirma que pode ser parâmetro para o controle material todos os dispositivos constitucionais não apenas os definidores de direitos, como também os programáticos e organizacionais. (2012, p. 35) Brewer-Carías defende que uma lei pode ser inconstitucional pelo simples fato de seu conteúdo ser contrário aos princípios derivados dos princípios constitucionais ou direitos fundamentais. (2016, p. 30) A classificação em formal e material é mais didática, vez que o efeito de ambas é o mesmo- a invalidade da norma. (BARROSO, 2012, p. 36)

Kelsen faz uma ressalva quanto a esta classificação, afirma que a inconstitucionalidade material em última análise nada mais é que uma inconstitucionalidade formal, pois se a lei que possui uma disposição contrária à constituição tornar-se-ia constitucional se fosse aprovada como uma emenda constitucional. E se não há no sistema jurídico uma diferenciação entre forma legal e forma constitucional, os limites para o conteúdo das leis são criados por motivos políticos e não jurídicos. (2003, p. 132)

As inconstitucionalidades são classificadas também em parcial ou total, considerando-se se o texto da norma está em sua integralidade em desconformidade com a Constituição ou apenas uma parte do texto. “O vício pode recair sobre um ou vários dispositivos ou sobre partes de um deles, inclusive uma única palavra”. (FERNANDES, 2011, p. 917)

A inconstitucionalidade será total quando colher a íntegra do diploma legal impugnado. E será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra. A lei não perde, contudo, sua valia jurídica, por subsistirem outros dispositivos que lhe dão razão para existir. Como regra, será total a inconstitucionalidade resultante de vício formal (BARROSO, 2012, p. 42)

A inconstitucionalidade não pode permanecer, pois fere o princípio da coerência e harmonia das normas existentes em um sistema jurídico, vez que as normas devem estar unidas em si por uma mesma fundamentação. (SILVA, J., 2014, p. 49) O sistema jurídico pressupõe ordem e unidade, então suas partes devem estar em harmonia. Quando esta é quebrada é importante existirem instrumentos para recuperá-la. O controle de constitucionalidade é um desses instrumentos, talvez o mais importante por resguardar a lei fundamental. Ele serve para averiguar a existência de contraste e também prevê as medidas para a sua superação, com fim de restaurar a unidade. (BARROSO, 2012, p. 21)

Os pressupostos para a realização do controle de constitucionalidade são a existência de constituição formal e rígida, a constituição ser a norma jurídica fundamental, a existência de órgão com competência para a sua realização e a sanção quando for verificada a desconformidade com a Constituição. (FERNANDES, 2011, p. 913) A rigidez deve ser decorrente de uma maior dificuldade na alteração da Constituição em relação às demais leis. Dessa rigidez tem-se como consequência a supremacia da Constituição, ela torna-se o ápice do sistema jurídico e dar validade a este. A Constituição que tornará os poderes legítimos, que os reconhecerá, estruturando-os e organizando-os. (SILVA, J., 2014, p. 47). A “revisão constitucional dá nascimento a duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais” (Ibid., p. 48) Saliente-se que quando ele fala em revisão constitucional está referindo-se à reforma e não ao controle de constitucionalidade nos moldes norte-americano.

Contudo, há autores que não veem a rigidez constitucional como um pressuposto, pois afirmam que a incidência de controle independe do fato da Constituição ser flexível ou rígida. (BULOS, 2014, p. 188) Mas, em regra, leciona-se como pressupostos a existência de constituição rígida como supremacia formal e que seja utilizada como parâmetro na elaboração das demais normas. (Ibid., p. 138) Brewer-Carías leciona que o necessário é que a Constituição imponha limites às atividades estatais, em especial as do Poder Legislativo, e que seja garantida a separação de poderes. Assim, desses limites que nascem a capacidade de controlar a constitucionalidade pelos Tribunais, não da independência ou autonomia destes, sendo que este controle também deve estar disposto nas normas constitucionais. (2016, p. 45) Ultrapassada essa etapa de definição do que seja inconstitucionalidade e ideia central do controle de constitucionalidade, adentrar-se-á na classificação deste controle tratada na doutrina e que é fundamental na discussão sobre os modelos de jurisdição.

### **2.1.1 O Controle Preventivo e o Controle Repressivo**

O elemento de diferenciação destes controles é o momento de exercício dos mesmos. (BULOS, 2014, p. 201) Mezzetti afirma que o marco diferencial entre esses controles é a entrada em vigor da lei (2009, p. 286) Barroso descreve o controle prévio como o realizado antes da conversão de projeto de lei em lei, visando impedir

a entrada em vigor de dispositivo inconstitucional. Ele leciona que o órgão não declara nulo o ato, apenas propõe “a eliminação de eventuais inconstitucionalidades”, o que seria o “modo típico de atuação do Conselho Constitucional Francês”. (BARROSO, 2012, p. 45).

Ele ainda afirma que esse controle prévio de natureza política, no Brasil, é desempenhado pelo legislativo e pelo Executivo:

- (i) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação;
- (ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo). (BARROSO, 2012, p. 45)

Na mesma esteira, Fernandes descreve o controle preventivo como o realizado antes do aperfeiçoamento do ato normativo, especificando como no andamento do processo legislativo. Ele, como Barroso, utiliza o controle francês como exemplo, defendendo que essa forma de controle é utilizada como regra pelo Conselho Constitucional e é político. Também afirma que no Brasil é realizado pelo Legislativo, através da Comissão de Constituição e Justiça; pelo Executivo, pelo veto presidencial; e pelo Judiciário, no “mandado de segurança impetrado por parlamentar, invocando o direito líquido e certo de observância ao devido processo legislativo”. (FERNANDES, 2011, p. 927)

Primeiro não se pode afirmar que o controle exercido pelo Conselho Constitucional Francês seja um modelo típico de controle prévio ou preventivo nos moldes do lecionado por Barroso e Fernandes, pois, como será visto mais detalhadamente no segundo e terceiro capítulos desta dissertação, quando o Conselho é suscitado a realizar o controle *a priori* já não se pode falar mais em projeto de lei, pois todo o procedimento legislativo já foi realizado. O controle é apenas anterior à promulgação da lei- da sua entrada em vigor, não a sua tramitação legislativa.

Além disso, como também será estudado nos capítulos acima citados, cabe ao Conselho Constitucional Francês a declaração de nulidade de dispositivo inconstitucional. Desta forma, não há qualquer semelhança com o controle preventivo realizado pelo legislativo brasileiro e muito menos com o Executivo.

Quando o Conselho analisa a constitucionalidade dos dispositivos de uma lei antes da sua entrada em vigor, toda a sua tramitação legislativa já é finita, faltando apenas a promulgação.

Barroso ainda trata de um controle prévio de constitucionalidade realizado em sede judicial pelo Supremo Tribunal Federal, pois em vários precedentes reconheceu-se o cabimento do controle constitucional de propostas de emendas que possam violar cláusulas pétreas. (2012, p. 45). Contudo, este controle também não se assemelha ao realizado pelo Conselho Constitucional Francês pelos mesmos motivos já expostos- não há projeto de lei em tramitação.

Bulos leciona que o controle preventivo ocorre na etapa do projeto de lei ou de ato normativo, ou seja, no transcurso do processo legislativo, com objetivo de evitar que normas inconstitucionais ingressem no ordenamento jurídico. Ele resume suas características em fiscalização preventiva da inconstitucionalidade normativa, realizada quando o processo legislativo ainda está em andamento, representando um autocontrole de constitucionalidade. Afirma que é realizado por um órgão técnico com a competência de fiscalizar de ofício a constitucionalidade dos projetos de lei. E que na maioria dos países esse controle tem natureza política e é exercido pelo Legislativo e Executivo. (2014, p. 192-390)

O controle prévio está previsto nos Tribunais Constitucionais alemão, italiano, espanhol, austríaco e português. Nestes países, porém, esse controle corresponde à pequena parcela da atividade da Corte, enquanto na França tem grande representatividade. (FAVOREU, 2004, p. 34)

Já o controle repressivo, também denominado por Barroso como sucessivo ou *a posteriori*, é o realizado quando a lei está em vigor e objetiva paralisar a sua eficácia. No Direito Brasileiro, em regra, tal controle é exercido por todos os órgãos do judiciário. (BARROSO, 2012, p. 46) Esse controle é realizado em uma etapa posterior à produção da lei (BULOS, 2014, p. 192) Ou seja, quando já existe lei ou ato normativo (FERNANDES, 2011, p. 927).

### **2.1.2 O Controle por via incidental e o Controle por via principal**

Discute-se, para diferenciar a controle por via incidental do controle por via principal, se o questionamento acerca da constitucionalidade tem vínculo com um caso concreto contencioso ou não. Cappelletti afirma que a diferença está no aspecto

modal, “o modo como as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas perante os juízes competentes para decidi-las e como são, por estes, decididas”. (1999, p. 101) Fernandes leciona que a diferença está na forma e no modo de controle e que esses podem ser denominados de incidental ou por via de exceção, ou principal ou por via de ação. (2011, p. 925)

Quando o questionamento tiver relação como caso concreto litigioso, fala-se em controle por via incidental, visto que a resolução do litígio dependerá do pronunciamento acerca da constitucionalidade da norma em discussão. Esse controle também é denominado de controle concreto, pois “cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele”. (SILVA, J., 2014, p. 52)

No controle incidental pressupõe-se “a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa” (BARROSO, 2012, p. 93). É pressuposto de sua existência a tutela de pretensão subjetiva. O objeto desta pretensão concreta deve ser a proteção de direito, um pedido concreto, não a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. O reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto principal da causa, mas sim o reconhecimento do direito da parte. Esta se utiliza do controle incidental para demonstrar que a norma questionada afeta seu direito, o qual deve ser reconhecido. (Ibid., 94-95)

Em miúdos, o controle figura como uma questão prejudicial, “pois ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal”. (BARROSO, 2012, p. 95) Fernandes defende a inadequação de caracterizar o controle incidental como questão prejudicial sob o âmbito processual. A inconstitucionalidade é tratada incidentalmente e serve só para fundamentar a decisão da ação principal, cujo objeto não é a constitucionalidade. (FERNANDES, 2011, p. 926)

Já o controle por via principal não tem como pano de fundo caso concreto litigioso. Neste controle intenta-se discutir a congruência de uma norma com os dispositivos constitucionais, a verificação da existência de conflitos insuperáveis por qualquer nova interpretação. Como diz Barroso, “não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição” (2012, p. 48). É realizado em ação autônoma em que o objeto é a

constitucionalidade de lei ou ato normativo. A constitucionalidade é a questão principal, não um mero incidente. Denomina-se também de via de ação, pois há ações específicas para se discutir a constitucionalidade, um processo objetivo. Não se discute interesses individuais, mas a validade de uma norma frente à Constituição, com o intento de manter a harmonia do sistema jurídico- interesse puramente público. (FERNANDES, 2011, p. 926) O controle abstrato tem natureza objetiva, não é necessária a demonstração de interesse jurídico específico, independe da existência de conflito subjetivo, o próprio pedido da ação é a (in) constitucionalidade do ato. (FERREIRA, 2016, p. 53)

Pode-se também traçar algumas diferenças, em regra, desses dois controles: a existência de lide em sentido técnico e de partes; a defesa de interesses; os legitimados para suscitá-los. Como dito, o controle por via principal, questiona a validade da norma, assim não há partes em sentido técnico e o interesse é do próprio sistema jurídico como um todo. Além disso, em regra, no controle por via principal a legitimidade para suscitar é restrita a alguns órgãos ou entidades. (BARROSO, 2012, p. 48-49) Enquanto, no incidental há uma lide como plano de fundo em que interesses das partes estão em conflitos.

[...] a discussão acerca da constitucionalidade de uma norma no controle por via incidental configura questão prejudicial, cujo equacionamento subordina logicamente o resultado da demanda. Já no controle por via principal, o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão principal a ser enfrentada: cumpre ao tribunal manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema. (BARROSO, 2012, p. 146)

José Afonso da Silva leciona que a via de exceção é própria do controle difuso e a via principal do controle concentrado (2014, p. 52) Todavia, Barroso faz uma ressalva- não confundir controle por via incidental com controle difuso e nem controle por via principal com controle concentrado. No Brasil, pode gerar essa confusão, pois tais controles costumam se justapor. (2012, p. 48-49) Todavia, não são sinônimos, pois uns referem-se à existência ou não de uma lide como pano de fundo e os outros a concentração ou não da competência para julgar a constitucionalidade de uma norma. Fernandes também faz ressalva quanto essa confusão, alegando que a mesma é provocada pela frequente associação do controle difuso ao modo incidental e do controle concentrado pelo modo principal.

(2011, p. 926) Ele observa que na Europa existe controle concentrado exercido pela via incidental. (Ibid., p. 927)

Barroso afirma que o controle incidental segue a tradição americana, enquanto o principal, o modelo europeu. Contudo, na mesma direção de Fernandes, alerta que há países europeus em que o controle concentrado- exercido por Tribunal Constitucional- e incidental. (2012, p. 48-49) Todavia, na mesma obra, Barroso leciona que “o controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso”. (Ibid., p. 96) Apesar da sua ressalva, o próprio autor incorre no equívoco de tratar o controle incidental como inerente ao controle difuso. Na realidade, o correto é afirmar que “o controle difuso será sempre incidental, já que a questão principal não poderá ser a constitucional”. (FERREIRA, 2016, p. 42) Ou seja, a última assertiva de Barroso estaria correta se invertesse a sua lógica.

### **2.1.3 O Controle Político e o Controle Judicial**

O elemento de distinção entre o controle político e o controle judicial é a natureza do órgão que controla a constitucionalidade (FERNANDES, 2011, p. 924). Bulos leciona que o controle político é aquele realizado por órgão não pertencente ao Poder Judiciário, sendo que, em regra, realizado pelo próprio Legislativo e Executivo. (2014, p. 191) Nessa mesma linha, Barroso define que o controle político refere-se ao controle de constitucionalidade exercido por órgão com natureza política, comumente, vinculado ao parlamento. Associa-se tal controle ao modelo constitucional francês, vez que se rejeitou o modelo de controle judicial pela desconfiança em relação ao judiciário. (BARROSO, 2012, p. 43)

Bulos é ainda mais enfático ao defender que na França adotou-se um controle político puro, o qual não é uma boa opção, sendo melhor adotá-lo de forma mitigada em que é exercido por um tribunal político-jurídico. (2014, p. 191) Contudo, o próprio Barroso afirma que seria mais adequado designar como controle não judicial, pois “o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel*- junto com o caráter prévio de sua atuação” (2012, p. 44). Fernandes leciona que o controle político é de matriz francesa e está presente na Constituição em vigor na França, em que o Conselho Constitucional, órgão político, é que realiza o controle.

Alega que no Brasil, o controle político é realizado pelo Legislativo e Executivo. (2011, p. 924)

José Afonso da Silva ensina que o controle realizado por órgão com natureza política era predominante na Europa, sendo o último resquício o Conselho Constitucional francês, o qual está se transformando em um órgão jurisdicional. (2014, p. 51) Já Zamora não considera o Conselho Constitucional francês como um órgão cuja proteção tem caráter político. Cita como exemplos o artigo 61 da Constituição Espanhola, em que o Rei presta juramento de guardar e fazer guardar a Constituição; o artigo 5 da Constituição Francesa, em que o Presidente da República é obrigado a velar pelo cumprimento da Constituição; a Lei Fundamental Alemã em que é confiada ao Governo a legítima defesa da ordem constitucional; e, por fim, o artigo 91 da Constituição Italiana que prevê o juramento do Presidente da República de observância da Constituição. (2007, p. 3)

Os defensores do controle político alegam que o Poder judiciário não possui a sensibilidade política para realizar o controle de constitucionalidade, sendo que os órgãos políticos que dominam a dinâmica inerente à ordem jurídica; que os juízes ao declarar a inconstitucionalidade ferem o princípio de separação de Poderes, pois anulam atos do Legislativo e Executivo. (BULOS, 2014, p. 191)

O controle político também sofre muitas críticas como a ausência de respaldo técnico, já que esse tipo de controle baseia-se, na prática, em juízo de conveniência; e a irracionalidade de delegar o controle ao próprio órgão emissor do ato, o que também configuraria uma violação ao princípio de separação de poderes, pois caberia ao legislativo controlar a constitucionalidade dos atos que ele mesmo criou. (BULOS, 2014, p. 191) Esta última crítica é apontada por Barroso como a lógica do *judicial review*. “Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente”. (BARROSO, 2012, p. 44)

Cappelletti assevera que nos sistema em que o controle é político, usualmente, é realizado preventivamente, ou seja, antes da promulgação da lei, sendo que , em alguns casos, sua função é apenas consultiva, vez que a decisão ou parecer não possui força vinculatória. Ele exemplifica esse controle com o Supremo Poder Conservador criado no México através da Lei Constitucional de 29 de dezembro de 1836, sob influência da figura do *Sénat Conservateur* da Constituição Francesa de 1799. (1999, p. 26) Ele cita ainda a Constituição Italiana, que apesar de

prever um controle propriamente judicial realizado pela sua Corte Constitucional, dispõe sobre o controle político delegado ao Presidente da República e ao Governo Central das leis regionais. (Ibid., p. 30)

Já no controle judicial cabe “ao judiciário o papel de intérprete qualificado e final” da Constituição. (BARROSO, 2012, p. 44). O controle é confiado a órgãos judiciários que o exercem na sua função jurisdicional, representando o encontro entre a norma e o julgamento, em outras palavras, entre o legislador e o juiz. (CAPPELLETTI, 1999, p. 26) Bulos é mais sucinto ao delimitar como o controle desempenhado por juízes ou tribunais, sendo o exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário. (2014, p. 191)

José Afonso da Silva leciona que esse controle está generalizado hoje em dia e é denominado de *judicial review* no sistema norte-americano, consistindo em uma faculdade outorgada ao Poder Judiciário “de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais”. (2014, p. 51)

Barroso afirma que a origem deste controle deu-se no direito norte-americano e ingressou na Europa com a Constituição da Áustria de 1920, contudo neste continente adotou-se a criação de órgãos específicos de controle- os tribunais constitucionais.

Adotou-se ali uma fórmula distinta, com a criação de órgãos específicos para o desempenho da função: os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário. O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). (BARROSO, 2012, p. 44-45)

Em idêntico raciocínio, Fernandes ensina que o controle de natureza judicial tem por base matriz norte-americana e matriz austríaca, pois cabe a sua realização por órgão do Poder Judiciário ou de estrutura jurisdicional. (2011, p. 924) Para Barroso, o simples fato do Tribunal Constitucional não integrar a estrutura do judiciário não é suficiente para alegar que o controle é não judicial. Todavia, se o órgão não exercer função jurisdicional, deve-se afirmar que o controle exercido pelo mesmo não é judicial, como é definido por Barroso ao tratar do Conselho

Constitucional Francês. Assim, a justificativa para classificar o controle exercido pelo Conselho Constitucional Francês de forma diversa do exercido por outros tribunais constitucionais europeus não pertencentes à estrutura do judiciário é a não natureza jurisdicional da atuação do órgão francês. Saliente-se que esta afirmação é o objeto do presente trabalho.

Zamora assenta que a Europa adotou o controle jurídico, criando órgãos especializados na proteção da Constituição, quando o controle político revelou-se insuficiente na proteção, tornando-se necessária a sua complementação. (2007, p. 4). O controle jurídico funda-se na ideia de que o controle da constitucionalidade exige técnica e imparcialidade, devendo, por isso, ser reservada ao Poder Judiciário; que o controle judicial efetiva o princípio da supremacia constitucional, pois o Judiciário combate a falibilidade do legislador. (BULOS, 2014, p. 191)

As críticas feitas ao controle judicial são de que ele criou um governo de juízes, como é a Suprema Corte dos Estados Unidos que age, na prática, como uma terceira câmara legislativa; que a realização do controle desvia o Judiciário da sua função típica, transformando-o em um órgão de natureza política, o que lhe é vedado; e que os juízes seriam um obstáculo às reformas sociais pelo seu conservadorismo, já que são legalistas e tecnicistas. Para Bulos, essas críticas são exageradas, pois a experiência tem demonstrado aspectos positivos da sua adoção. (BULOS, 2014, p. 191-192)

Alguns autores também tratam da existência de controle misto, em que estão conjugados ou coexistem os controles político e jurídico, ambos com a mesma importância no sistema jurídico. Fernandes exemplifica esse tipo de controle com o caso da Suíça, cujas leis federais estão sujeitas ao controle político, enquanto as estaduais, ao controle judicial. Não há a sobreposição de um controle sobre o outro, mas uma convivência harmônica e mútua, cada qual com a sua função delimitada. (2011, p. 924-925) Da mesma forma dispõe José Afonso da Silva, o controle misto como o controle em que certas normas são submetidas ao controle político e outras ao jurisdicional. Também cita a Suíça, acrescentando que o controle político é realizado pela Assembleia Nacional. (2014, p. 51)

Bulos afirma que o objetivo dessa forma mista é encontrar o equilíbrio entre as qualidades e defeitos dos controles político e judicial, corrigindo suas distorções. Ele cita o Brasil e Portugal como adotantes desse formato de controle. Ainda,

ressalta que a expressão é utilizada ainda para se referir à adoção do controle difuso e concentrado (2011, p. 192)

No que tange essa classificação em político e judicial, deve-se fazer alguns esclarecimentos. Primeiro, que o próprio Barroso, em nota de rodapé, cita o posicionamento de Rodrigo Lopes Lourenço pela utilização da expressão *não judicial* ao invés de *político*, pois todo órgão estatal com autonomia de decisão prevista pela Constituição é político, assim como todos os juízes e tribunais, vez que possuem atuação independente e não hierarquizada. (BARROSO, 2012, p. 80)

Por fim, ao diferenciar essas duas formas de controle não se atêm as suas distinções procedimentais, mas somente ao órgão que exerce esse controle, nas palavras de Bulos “ao órgão fiscalizador” (2014, p. 201). Assim, a natureza do órgão é que determina se o controle é político ou judicial. Contudo, seria mais coerente, por todo o exposto, que a classificação considerasse a forma como é exercido o controle e os paradigmas e critérios utilizados na tomada da decisão.

#### **2.1.4 O Controle Difuso e o Controle Concentrado**

O elemento diferencial desses controles está no aspecto subjetivo, em quem controla. (FERNANDES, 2011, p. 925) A própria denominação desses controles já demonstra qual é o elemento de diferenciação: a centralização ou não em um órgão ou alguns órgãos. (BARROSO, 2012, P. 46) Mezzetti fala em uma dupla modalidade de controle, sendo a variável “*la atribución de la competencia a una pluralidade de órganos o a um órgano único, teniendo que diferenciar bajo tal perfil entre control difuso y control concentrado*”. (2009, p. 286)

Assim, quando a competência para reconhecer a inconstitucionalidade de disposição legal é de qualquer juiz ou tribunal, tem-se o Controle Difuso. A consequência deste é a não aplicação da norma ao caso concreto *sub judice*. Barroso defende que origem do controle difuso é idêntica ao do controle judicial em geral- o caso Marbury v. Madison, pois na sua decisão estabeleceu-se que cabe a todos os juízes a interpretação da Constituição, assim como negar a aplicação de norma que conflite com ela. (2012, p. 46)

Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais

nos casos levados a seu julgamento. [...] Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição. (BARROSO, 2012, p. 46)

No controle difuso, qualquer órgão judicial pode exercer o controle de constitucionalidade, independente de ser de primeiro ou segundo grau, ou mesmo de um tribunal superior. Entende-se que o controle está inerente ao desempenho da função jurisdicional, assim cabendo deixar de aplicar ato contrário à Constituição nos casos concretos litigiosos que lhe foram submetidos. (BARROSO, 2012, p. 96) O juiz realiza a interpretação quanto à constitucionalidade de uma norma, sendo sua decisão tão legítima quanto à tomada pelo Tribunal Supremo, ambos têm legitimidade constitucional para avaliar a constitucionalidade das normas. (HIGHTON, 2016, p. 111)

Um questionamento acerca do controle difuso é a subjetividade da decisão do juiz sobre quando deve proteger a Constituição ou fazer justiça no caso concreto; enquanto no controle concentrado por Tribunal Constitucional não há dúvidas, vez que sua única atividade é verificar a constitucionalidade da lei. (HIGHTON, 2016, p. 111) No controle concentrado puro, discute-se com base nas regras em abstrato, independente de haver justiça no caso concreto. (Ibid., p. 110).

Todavia, Highton afirma que tanto o juiz ordinário quanto o juiz constitucional têm a missão de equilibrar as tensões entre os fins constitucionais e a justiça (2016, p. 111) Lenio Streck defende a relevância do controle difuso na transformação do Direito, vez que para estas deve se dar um amplo acesso à justiça e existir um processo de capilarização da jurisdição constitucional. (2003, p. 289)

O controle concentrado possui origem diversa, ele foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920. Esse controle é exercido por um órgão ou por um número específico de órgãos criados com fim de realizá-lo ou que tenha como função principal o mesmo. Este modelo de controle de constitucionalidade é típico dos tribunais constitucionais europeus- sistema austríaco. (BARROSO, 2012, p. 47) Ele, em regra, é acionado por autoridades políticas, pois é um processo objetivo que se discute apenas a validade da lei frente à Constituição- o interesse é da ordem constitucional. Tal regra é a mesma, não importando se o controle é preventivo ou repressivo. (FAVOREU, 2004, p. 34)

Alguns países europeus chegaram a adotar o controle difuso, como, por exemplo, a Itália e a Alemanha, mas esses países têm tradição *civil law*, então não há o princípio do *stare decisis* típico de *common law*. Então, a adoção da forma norte-americana levou a consequência de uma mesma lei não ser aplicada por ser julgada inconstitucional, enquanto outros juízes aplicavam-na por entenderem ser constitucional. Ou mesmo o próprio órgão judiciário não a aplicava e, posteriormente, entendia por sua aplicação. A tomada de posições muito diversas, em razão inclusive da composição dos órgãos, uns formados por juízes mais novos e que tendem declarar mais a inconstitucionalidade, enquanto os mais antigos por seu conservadorismo e formação legalista tendem a julgar válidas as normas, gera o risco de conflito entre os órgãos e incertezas jurídicas, o que é prejudicial tanto para os indivíduos, a coletividade quanto para o próprio Estado. (CAPPELLETTI, 1999, p. 77-78)

As origens desses controles determinaram muitas diferenças entre eles. O Difuso, como já dito, originou-se no sistema americano. Nos países que seguem o sistema do *common law* há a figura da *stare decisis* que, em suma, determina que “os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição” (BARROSO, 2012, p. 47). Assim, a declaração de inconstitucionalidade prolatada em um caso concreto produz efeitos, na prática, *erga omnes*, ou seja, submetem os demais órgãos judiciais de hierarquia inferior ou igual à tese declarada. Desta forma, a lei declara inconstitucional não poderá ser aplicada em outra situação.

Apesar desse efeito prático, a característica do controle difuso é a verificação da constitucionalidade em um problema casual e no âmbito subjetivo das partes, tendo efeito de coisa julgada no caso em discussão. (HIGHTON, 2016, p. 110). Os efeitos do controle difuso limitam-se, na teoria, as partes do processo. Contudo, na prática, chega-se a ter um efeito *erga omnes*, pois o princípio do *stare decisis* tende a estender os efeitos da decisão ao vincular os tribunais inferiores a mesma. (ZAMORA, 2007, p. 5) Contudo, esse efeito deve-se a existência do *stare decisis*, pois no caso do Brasil há uma discussão acerca do efeito da decisão prolatada no controle difuso, predominando “o entendimento que a decisão faz coisa julgada entre as partes e com relação restrita ao caso concreto apresentado em juízo, não vinculando outras decisões” (FERREIRA, 2016, p. 101)

Todavia, há autores, como Gilmar Mendes, que defende que houve uma mutação constitucional, sendo que a Resolução do Senado Federal serve para dar publicidade à decisão, concedendo-lhe eficácia erga omnes. (FERREIRA, 2016, p. 101) Ultrapassada essa polêmica e retomando as ideias nascedouras, deve-se ressaltar que é um erro tratar o sistema concentrado e difuso como formas totalmente opostas, porque apesar de existirem diferenças conceituais, na realidade existe uma aproximação dos seus efeitos na prática, assim como no tratamento jurisprudencial constitucional. (HIGHTON, 2016, p. 107)

Na prática é inevitável interpretar correlacionando com a Constituição, sempre os juízes farão um primeiro exame baseando-se nela. Se a lei mostrar-se contrária à Constituição o juiz declara a sua inconstitucionalidade no controle difuso, ou suscita o Tribunal Constitucional no controle concentrado. Além disso, várias são as interpretações possíveis, podendo o juiz optar por aplicar a que for constitucionalmente adequada, vez que no controle concentrado é vedado ao juiz ordinário a anulação ou a não aplicação da lei, em razão de sua inconstitucionalidade, por ser de competência exclusiva do Tribunal Constitucional. (HIGHTON, 2016, p. 151)

O controle concentrado teve origem em países europeus em que inexistia a figura da *stare decisis* e havia a “magistratura de carreira para a composição dos tribunais” (BARROSO, 2012, p. 47). Era um sistema alternativo ao americano, baseado nas ideias de Hans Kelsen. Com isso, criaram-se órgãos específicos com a competência para realizar o controle de constitucionalidade- os tribunais constitucionais.

Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. [...] o tribunal constitucional não deveria ser composto por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado. (BARROSO, 2012, p. 48)

Fernandes ainda trata de um controle judicial misto, em que coexiste o controle difuso e concentrado. Utiliza o Brasil como exemplo de país adotante do mesmo. (2011, p. 925) Há ainda o controle concentrado em que a jurisdição inferior remete à Corte, o que pode ser visto como uma aproximação do modelo norte-americano. Mas essa conclusão possui limites, pois apesar de se aproximar do

controle incidente, vez que o questionamento nasce em um caso concreto litigioso, escapa às partes e a decisão tem efeito *erga omnes*. E cabe ao juiz ou tribunal à suscitação à Corte Constitucional, o que o torna muito diferente do controle incidente difuso. (FAVOREU, 2004, p. 35)

## **2.2 OS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Os livros de Direito Constitucional optam, diversas vezes, por tratar de matrizes de controle de constitucionalidade, contudo, verifica-se que não se pode caracterizar um modelo de controle esquecendo as características da jurisdição constitucional que é responsável pela sua realização. Então, é muito restritivo falar só de modelo de controle, o correto seria falar em modelo de jurisdição constitucional, pois neste abarca-se também a forma de controle utilizada pela jurisdição responsável.

Fernandes reduz os principais sistemas ou matrizes de controle existentes mundialmente em três: americano (1803), austríaco (1920) e francês (1958), afirmando que estes influenciaram a criação de “modelos de controle de constitucionalidade em inúmeros países que se alinharão às bases concebidas pelas matrizes citadas”. (2011, p. 920) Bulos segue a mesma ideia de que há sistemas que são matrizes dos quais derivam os diversos modelos de jurisdição constitucional. Resume os sistemas de controle em dois: americano e austríaco, afirmando estes são a fonte em que os demais modelos de fiscalização bebem, como os modelos francês, alemão, espanhol, italiano, português, brasileiro etc. (2014, p. 192-197)

Parece mais conveniente afirmar que os sistemas de controle desenvolvidos nos outros países inspiraram-se nas três ou duas matrizes, não falar na criação de modelos em inúmeros países. Modelo tem origem na ideia de molde, assim só é adequado falar em modelo, caso tenham servido de inspiração para a criação de outros sistemas. Então, os termos utilizados por Fernandes e Bulos podem causar certa confusão, pois denominam a fonte de sistema e as suas derivações de modelos.

Barroso leciona que a doutrina distingue em três grandes modelos: americano, austríaco e francês. (2012, p. 42-43) Mendes fala em sistema americano e europeu de controle. (2006, p. 27) José Afonso da Silva também prefere dividir a

jurisdição constitucional em dois sistemas: o norte-americano e o europeu (2014, p. 563) Highton, da mesma maneira, discorre sobre “*los dos modelos institucionales primários del derecho occidental*” (2016, p. 108), afirmando que eles apresentam diferenças substanciais quanto ao órgão competente pela realização do controle de constitucionalidade. (Ibid., p. 109).

Um está atrelado ao *judicial review*, sendo competentes todos os juízes integrantes do Poder Judiciário, eles são juízes de legalidade e de constitucionalidade. O outro (europeu) caracteriza-se por um controle concentrado centralizado em um único órgão fora da estrutura do Poder Judiciário, denominado de Tribunal Constitucional. (HIGHTON, 2016, p. 108-109) Estay resume o modelo europeu de jurisdição constitucional naquele que se baseia “*fundamentalmente en la existencia de tribunales constitucionales*”. (2005, p. 51) O modelo europeu concentrado de matriz austríaca foi assimilado com algumas variações pelos sistemas alemão, italiano e espanhol, os quais não preveem o controle difuso como no modelo norte-americano, mas uma forma incidental de controle de constitucionalidade- elevação da causa. (BULOS, 2014, p. 197)

Highton ainda aponta como diferença dos dois modelos primários: norte-americano e europeu, os efeitos das suas decisões. As decisões dos Tribunais Constitucionais, em princípio, têm efeito *erga omnes*, por isso os comparam com a figura de um legislador negativo. Já no primeiro modelo, como o controle é difuso, as decisões têm efeito *inter partes*, apesar de constituir um precedente, o que será tratado de forma detalhada posteriormente. (2016, p. 109) Kelsen, ao deslumbrar o seu modelo de jurisdição constitucional, optou por considerar “que a lei era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade [...] Após a decisão da corte constitucional, a lei seria retirada do mundo jurídico”. (BARROSO, 2012, p. 31) No modelo norte-americano a força erga omnes é evidente nas decisões da Suprema Corte, em razão do valor dos precedentes, enquanto no modelo europeu continental essa força é um efeito da coisa julgada. (MIGUEL, 2000, p. 147)

Ao se falar em modelo primário, nota-se a necessidade de fazer uma ressalva, a origem da ideia de jurisdição constitucional e supremacia da constituição<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *La supremacía se basa en que todo el orden jurídico reposa en la Constitución. Siendo el origen de toda actividad jurídica que se desarrolle em el Estado, es necesariamente superior a todas las formas de esta actividad, ya que de ella, reciben su validez. Es, en el sentido propio de la palabra, la norma*

são atribuídas ao sistema norte-americano, a este foi conferida a responsabilidade pela expansão do constitucionalismo e o avanço do Estado de Direito. Esse sistema que generalizou a concepção do controle de constitucionalidade como garantia da supremacia da Constituição. (ZAMORA, 2007, p. 1) Alguns autores, afirmam que os antecedentes ocorreram na Grécia e em Roma, outros que foi na Idade Média na Inglaterra e Espanha. Contudo, o modelo de controle de constitucionalidade que foi progressivamente implantado no Europa tem sua inspiração na experiência vivenciada nos Estados Unidos e pela sua Suprema Corte. (Ibid., p. 2-3)

A decisão do caso *Marbury vs. Madison* é considerada o marco inicial do controle de constitucionalidade norte-americano e do constitucionalismo moderno, nessa decisão assentou “o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.” (BARROSO, 2012, p. 26) Essa decisão tornou-se o precedente da prevalência dos valores constitucionais sobre as vontades circunstanciais. (Ibid., p. 26) Tão forte é essa ideia de pioneirismo norte-americano que José Adércio Leite Sampaio denomina o modelo de Tribunal Constitucional Europeu como a segunda geração de jurisdição constitucional, a qual incorpora a ideia norte-americana e busca aperfeiçoá-la a sua realidade. (2002, p. 36)

Essa inspiração ganhou força pela mudança na lógica política dos países europeus, estes passaram a ter receio da opressão por maiorias parlamentares, desmistificaram a ideia da vontade do povo estar representada pela vontade do parlamento, e a sacralização da lei foi substituída pela da Constituição. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 38) Já a adoção de um sistema diverso do norte-americano justifica-se pelas experiências históricas e pelas características do Poder Judiciário dos países europeus, como a não unificação da jurisdição, a inexistência do *stare decisis*, sua tradição *civil law*, a desconfiança em relação aos juízes etc. (ZAMORA, 2007, p. 6)

Streck entende não ser suficiente a alegação de que a adoção do modelo kelseniano deu-se em razão da inexistência do *stare decisis* nos países de tradição romano-germânico, pois excluir da competência dos juízes ordinários o controle de constitucionalidade é mais uma questão política com raízes na Revolução Francesa.

---

*fundamental [...] La supremacía es un refuerzo de la legalidad; y es un impedimento para que el órgano investido de una competencia delegue su ejercicio en otra autoridad.* (ZAMORA, 2007, p. 2-3)

Então, a opção por Tribunais Constitucionais “fundamenta-se no caráter político que têm suas competências”. (2002, p. 305)

Todavia, não se pode negar que as raízes do modelo europeu são do modelo norte-americano. Nem que a consolidação daquele é produto de mudanças na própria mentalidade jurídica dos países europeus, que passaram a adotar a noção de constituição rígida, a supremacia constitucional, a nulidade dos atos inconstitucionais, a consagração dos direitos fundamentais e a aplicabilidade direta das normas constitucionais. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 26) Além disso, que Kelsen foi o mentor intelectual do modelo europeu de constitucionalidade, pois foi projeto seu a Constituição austríaca de 1920, ele defendia uma forma bem diversa do modelo norte-americano, da ideia do *judicial review*. Ele não concebia o controle de constitucionalidade como uma atividade judicial, mas como uma atividade legislativa negativa- uma função constitucional, a qual deveria ser exercida por um Tribunal Constitucional. (BARROSO, 2012, p. 31)

Highton ressalta ainda a existência de um terceiro modelo, além do norte-americano e do europeu, o modelo latino-americano, cuja característica é a existência dentro do Poder Judiciário de juízes especializados que atuam no Tribunal Supremo, sendo este uma Corte independente ou o órgão máximo da jurisdição nacional. Ele realiza o controle de constitucionalidade de forma concentrada ou a competência é compartilhada com os demais juízes (controle difuso). (2016, p. 109)

Já Mezzetti leciona acerca da divisão em cinco grupos de experiência, baseado nos procedimentos subjetivos e abstratos. O primeiro corresponderia aos ordenamentos que prevêm apenas os procedimentos subjetivos e concretos, como é o caso dos Estados Unidos. O segundo contempla procedimentos subjetivos e concretos, admitindo também os procedimentos abstratos e mistos, como é o caso da Alemanha. Outro caracterizado pelos procedimentos mistos principalmente, como na Itália. O quatro pela predominância de procedimentos objetivos e abstratos, como na Áustria. E por fim, aquele que os procedimentos objetivos e abstratos são exclusivos, a exemplo da França. (2009, p. 289)

Contudo, como grande parte da doutrina divide os modelos de controle de constitucionalidade em norte-americano, austríaco ou europeu, e francês. Optou-se por adentra de forma mais minuciosa neste capítulo no sistema norte americano, vez que é apontado como a origem da ideia de jurisdição constitucional ou controle de

constitucionalidade. Posteriormente, analisar o modelo espiritual europeu, visto que não se pode falar em um modelo europeu tangível, palpável, mas sim em características comuns dos sistemas adotados pelos países europeus que foram influenciados pelas ideias kelsenianas. Neste último modelo, serão analisados separadamente o sistema austríaco e o sistema alemão, um pela originalidade e outro pela sua influência, respectivamente. O sistema francês será o esmiuçado no capítulo seguinte por ser o objeto deste trabalho.

### **2.2.1 O modelo norte-americano**

A jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade são configurados de acordo com a cultura jurídica existente no país. Desta feita, é essencial fazer um resumo retrospecto do sistema jurídico norte-americano, vez que características do histórico vivenciado pelo país determinam não só a forma como é realizado o controle, mas também os órgãos julgadores competentes.

O constitucionalismo norte-americano é anterior à promulgação de sua Constituição e mesmo a sua Declaração de Independência, pois a forma de colonização dos Estados Unidos e os imigrantes que vieram foram responsáveis por erigir na sua cultura política as ideias de limitação do poder dos governantes e a necessidade de proteger a minoria do arbítrio da maioria. Importante parcela dos imigrantes estava fugindo das perseguições religiosas sofridas na Europa. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.58)

A influência do seu processo de colonização e imigração é perceptível ainda hoje no seu sistema constitucional, este tem como característica, além da busca por garantir o poder de autogoverno do povo (matriz liberal), a defesa dos direitos das minorias, apesar de serem aparentemente conflitantes. Ou seja, funda-se no consentimento dos governados, mas cria formas de evitar que esse poder seja opressor e fira liberdades individuais. O constitucionalismo dos Estados Unidos entende que cabe à Constituição o papel de organizar o Estado e impor limites aos atos dos governantes, mas exclui a ideia de que lhe caiba também definir o futuro do país. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.58)

O Sistema norte-americano é herdeiro da tradição do direito inglês, incorporando deste o julgamento por júri e a *common law*. Todavia, como a jurisdição constitucional foi criada pela Constituição não havia precedentes ou

costumes anteriores, assim a *common law* era julgada inexistente na esfera federal. Já na esfera estadual, reconhecia-se a *common law*, empregando tradições trazidas da Inglaterra- costumes e precedentes. (LOPES, 2006, p. 369)

A Constituição norte-americana, ainda em vigor, criou um novo modelo de organização política- o Estado Federal; instituiu o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos interligado à ideia de separação de poderes. Ela é bastante sintética, contava com sete artigos apenas. Foi aprovada em 1787, na Convenção da Filadélfia, e após, ratificada pelo povo dos Estados. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.58)

O júri formado por leigos decidia a partir de questões formuladas de maneira que as respostas fossem sim ou não. O julgamento deveria ocorrer no menor tempo possível para evitar a reunião do júri em várias ocasiões e não se deveriam obrigar os jurados a ler os autos, os debates e provas seriam no mesmo evento e de forma oral. O processo norte-americano baseava-se na oralidade, na concentração e na imediatidade. Desta maneira, as partes e o juiz deveriam instruir o processo delimitando o objeto da decisão. As reformas no sistema e no processo norte-americano buscavam simplificar o acesso à justiça, criaram-se processos coletivos- *class actions*. Outra preocupação era garantir a igualdade substancial e material, sendo que no séc. XX foram ampliando-se as garantias processuais. Na realidade, após a guerra civil, preocupava-se em garantir que os Estados do Sul não impedissem as liberdades garantidas pela Emenda XIII de 1865 (LOPES, 2006, p. 371-372)

Ao longo do século XX [...], foram sendo impostas condições para a organização dos júris, pois o direito a um júri imparcial exigiu que se evitassem júris a refletir os preconceitos predominantes. O processo serviu, assim, ao mesmo tempo para nacionalizar (impor a todos os Estados) a *Bill of Rights* e para dar-lhe conteúdos substanciais (*substantive due process*), mais do que formais. (LOPES, 2006, p.372)

O Controle de constitucionalidade não está previsto de forma expressa na Constituição norte-americana, ele foi inferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da supremacia da Constituição, na tão citada decisão do caso *Marbury v. Madison*<sup>2</sup>, definida por Barroso como marco inicial do modelo americano (2012, p.

<sup>2</sup> John Marshall declarou “*principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 63). O que pode ser traduzido como: supõe-se ser essencial

79). Tal decisão fez dos Estados Unidos o percussor na correlação entre a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.18; BARROSO, 2012, p. 49; BULOS, 2014, p. 194; FERREIRA, 2016, p. 183) Todavia, é importante salientar que apesar de não estar expresso o controle nas competências da Suprema Corte, o artigo VI da seção 2 é enfático acerca da supremacia da Constituição. (CHEHAB, 2012, p. 15)

Todavia, a Justiça do Estado de *New Jersey*, em meado de 1780, já havia decidido que leis conflituosas à Constituição eram nulas, assim como juízes da Virgínia. A Suprema Corte da Carolina do Norte também, em 1787, invalidou leis antagônicas. Ou seja, a decisão do caso Madison traduz-se em um amadurecimento da proteção aos direitos e garantias. (BULOS, 2014, p. 193)

Na realidade, o desenvolvimento da revisão judicial tem estreita vinculação com o direito britânico, a opressão vivenciada pelas colônias e praticada pelo parlamento inglês, fez os colonos americanos adotarem a tese do Coke<sup>3</sup> “*sobre la existencia de un higher law —un derecho superior a las leyes que permitía supeditar la validez de éstas a su adecuación con el primero— para legitimar la revolución*”. (HIGHTON, 2016, p. 112) Na Inglaterra, as ideias de Coke não tiveram êxito, vez que desde a Revolução Gloriosa de 1688 foram impostas as ideias de Blackstone de supremacia do parlamento. (Ibid., p. 112/113) Já os colonos americanos utilizaram a ideia da carta magna como um direito superior que não poderia ser contraposto pelo parlamento. (Ibid., 113)

As colônias inglesas eram regidas por Cartas ou Estatutos da Coroa. Estas Cartas podem ser consideradas as suas primeiras constituições, pois vinculavam o legislativo colonial e regulavam as estruturas jurídicas da Colônia. Então, as colônias podiam aprovar suas próprias leis desde que não fossem contrárias às Cartas ou as

---

para todas as constituições escritas, que uma lei incompatível com a Constituição é nula; e os Tribunais, assim como outros departamentos, estão vinculados a este instrumento. (tradução nossa)

<sup>3</sup> A atuação de Coke no caso Bonham que firmou a ideia de que um ato do parlamento contrário ao direito ou impossível de ser aplicado deve ser declarado nulo, cabendo ao *common law* controlá-lo. Alguns autores defendem que não tinha a intenção, Coke, de construir uma teoria sobre uma lei fundamental superior as leis do parlamento, nem na afirmação de que os juízes deveriam fazer a revisão judicial. Apenas defendeu que um ato do parlamento contrário ao direito e a razão é nulo, desconstruindo a ideia de supremacia do parlamento. (HIGHTON, 2016, p. 112). Há defensores de que Edward Coke fez uma teoria sobre o juiz como árbitro entre o Rei e a nação, em razão de divergência com James I Stuart, rei que pretendia exercer pessoalmente o Poder Judiciário. (CAPPELLETTI, 1999, p. 58) Apoiou sua teoria na instrução dos juízes na ciência do Direito e na supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento. Cabendo aos juízes proteger essa supremacia contra os atos dos soberanos e também do parlamento. O célebre caso Bonham foi em 1610. (Ibid., p. 60)

leis da Inglaterra, ou melhor, a vontade do parlamento inglês. Talvez, essa também seja uma justificativa da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, pois todo o seu sistema jurídico enquanto colônia baseava-se na aplicação das normas ordinárias, excetuando-se quando fossem contrárias à Carta. (CAPPELLETTI, 1999, p. 60/62)

Cervantes afirma que houve no direito colonial norte-americano, antecedentes da revisão judicial. (CERVANTES, 1999, p. 369). Na Convenção Constituinte da Filadélfia foram várias as iniciativas de implantação de mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, mas a Constituição resultante desta convenção não dispôs de modo direto competência para julgar as leis em razão da sua inconstitucionalidade. Trazia apenas o artigo sexto que obrigava os juízes a aplicar preferencialmente a Constituição e as leis estaduais, e a Constituição e as leis federais. (Ibid., p. 369)

Nos Estados Unidos havia desconfiança com relação ao Parlamento, pois ele era o opressor que ditava a lei que submetia o país antes da sua independência. Depositou-se nos juízes a confiança, inclusive de manter a supremacia da constituição. Foi atribuído a eles o poder de exercer o controle de constitucionalidade. A necessidade de revisão judicial nasceu pela inevitabilidade de controle de escolhas do legislador tendentes a representar apenas as maiorias circunstanciais em prejuízo das minorias. (HIGHTON, 2016, p. 111/112)

Os americanos estabeleceram o Poder judicial como barreira aos excessos do Poder Legislativo, deram àquele um grande poder político. Todo esse histórico foi imprescindível na tomada da paradigmática decisão do caso *Marbury vs. Madison*<sup>4</sup>, em que houve a materialização da ideia de controle judicial da constitucionalidade. (HIGHTON, 2016, p. 114) Como defende Cappelletti, a corajosa decisão de Marshall

---

<sup>4</sup> *O la Constitución es la Ley Suprema inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otras, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces, un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces, las Constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente todos los que han sancionado Constituciones escritas las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación... Así pues, si una ley está en oposición con la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que la Corte tiene que decidir ese caso, o bien de conformidad con la ley prescindiendo de la Constitución, o bien de conformidad con la Constitución prescindiendo de la ley, la Corte tiene que determinar cuál de estas dos reglas opuestas debe regir el caso [...] Esta es la verdadera esencia de la obligación judicial. Si entonces, los Tribunales tienen que observar la Constitución, y ésta es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la Constitución y no esa ley ordinaria, debe gobernar el caso al cual se aplican.* (ZAMORA, 2007, p. 2)

não foi um ato de improvisação, mas sim de amadurecimento que se deu através de séculos de história não só americana, mas universal. (CAPPELLETTI, 1999, p. 63)

Então, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *William Marbury versus James Madison*<sup>5</sup> pode ser considerada o marco principal do controle de constitucionalidade no país por ter estabelecido formalmente as bases do controle norte-americano, além de bases para o controle difuso para o mundo (BULOS, 2014, p. 193), quais sejam:

(i) primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política, tanto do Congresso como do Executivo; (ii) reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as atividades legislativa e administrativa do Estado; e (iii) indispensabilidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelo Poder Judiciário. (BULOS, 2014, p. 193)

Barroso também aponta como três os grandes fundamentos do controle de constitucionalidade enunciados por Marshall. O primeiro é a supremacia constitucional, a segundo a nulidade das normas inconstitucionais e por fim, o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição. (2012, p. 25)

Sob um prisma mais amplo, como Fernandes, pode-se afirmar que a decisão do caso *Marbury vs. Madison* é a matriz do controle de constitucionalidade, seguindo-se uma linha histórica, não sendo apenas um referencial para o sistema norte-americano, mas para toda a ideia de controle que é baseada na supremacia da constituição. Fernandes ainda acrescenta outras contribuições dessa decisão, as quais não foram citadas por Bulos e Barroso, como: a realização do controle por todos os membros do Poder Judiciário do sistema norte-americano (controle difuso); a vinculação a existência de caso concreto a ser resolvido pelo judiciário no desempenho da sua função jurisdicional, cujo efeito será *inter partes* (incidental). (FERNANDES, 2011, p. 921)

---

<sup>5</sup> O caso era politicamente complicado. O Presidente da República, *John Adams*, contrariado com a vitória nas urnas de *Thomas Jefferson*, começara a colocar aliados seus em postos importantes do poder, especialmente no Judiciário. Seu Secretário de Estado, *Marshall*, um militar com rápida passagem por um curso de Direito, fora guindado ao cargo de Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos e, no apagar das luzes de seu mandato presidencial, inúmeros outros concidadãos forma designados para vários cargos judiciais (os *midnight judges*). Tudo tão às pressas que muitos não haviam sido sequer notificados da nomeação. *Jefferson* resolveu não reconhecer essas nomeações, ensejando que um nomeado de nome *Marbury* ingressasse na Suprema Corte com um *writ of mandamus*, exigindo a sua efetivação. *Marshall* resolveu não enfrentar uma possível resistência do novo governo a uma decisão contrária da Suprema Corte e indeferiu o *mandamus*; todavia, lançou as bases de uma doutrina que seria fadada, desde então, a ser repetida dentro e fora dos Estados Unidos. (SAMPAIO, 2002, p. 31)

Apesar de já existirem decisões declarando a inconstitucionalidade de leis contrárias à Constituição, coube a John Marshall, em sua decisão, estabelecer as bases do controle judicial de constitucionalidade, bem como destacar a supremacia da Constituição e a competência do judiciário para declarar a invalidade das normas conflitantes, estabelecendo-o como o intérprete último da Constituição. (BULOS, 2014, p. 194) A decisão foi tomada dentro de um impasse entre a escolha de uma constituição rígida ou flexível, pois ou a constituição preponderava sobre os atos legislativos ou poderia ser modificada pelos mesmos. Ou ela representaria uma lei fundamental, com superioridade e procedimento especial para revisão, ou teria a mesma hierarquia de uma lei ordinária. Assim, ao se decidir pela supremacia da Constituição, é necessário não aplicar a lei que a contrarie, não há um meio termo. (CAPPELLETTI, 1999, p. 47/48)

A decisão também foi responsável pelo destaque dado ao *judicial review* ou *judicial control* no mundo. (BULOS, 2014, p. 194) A doutrina do *judicial review* ou de revisão judicial pode resumir-se na sujeição dos atos do Legislativo e do Executivo à análise judicial, cabendo a este último afastar a aplicação de atos incompatíveis com a Constituição. (HIGHTON, 2016, p. 112) Cervantes define a doutrina do *judicial review* “como la facultad de los Tribunales de declarar la inconstitucionalidad de una norma de derecho creada por ellos mismos, por um Congreso o por la administración de Gobierno” (1999, p. 368) Ele ainda afirma que está inserida neste conceito a faculdade dos juízes interpretarem a Constituição e as leis, assim uma lei pode não refletir o que o legislador intencionou, e sim o resultado da interpretação judicial. (Ibid., p. 368)

Importante, salientar, que antes de pôr em prática o *judicial review* nos Estados Unidos, nada de semelhante havia sido criado, especificamente nos países europeus. Isso se explica pelo fato da Constituição norte-americana ter iniciado o constitucionalismo com sua ideia de supremacia da constituição. Essa constituição foi o modelo de constituição rígida, a qual só pode ser modificada por procedimento especial e mais rigoroso. (CAPPELLETTI, 1999, p. 46)

E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo “ocidental” tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou. (CAPPELLETTI, 1999, p. 48)

O argumento utilizado por Marshall foi baseado em um silogismo simples, composto pelas seguintes premissas: a lei fundamental dos Estados Unidos é a Constituição e cabe aos juízes aplicar a lei. Assim, concluiu que caberia ao judiciário fazer a revisão judicial das leis. (DWORKIN, 2001, p. 41)

No Sistema jurídico estadunidense exige-se um contraditório rígido, ele é considerado um instrumento de garantia legislativa. “A mútua vigilância ou o controle recíproco entre os litigantes” é “pressuposto indispensável do contraditório” (MENDES, 2006, p.32).

Tem-se, neste sistema, a ideia da Constituição como norma jurídica e que deve ser aplicada pelo judiciário na resolução dos casos contenciosos, mesmo que signifique restringir o poder das maiorias representadas pelo Legislativo ou Executivo. Não se encontra expressa no texto constitucional tal ideia. Afirma-se que após a referida decisão de Marshall que se cristalizou no direito norte-americano a ideia de que compete aos juízes reconhecer a invalidade das normas contrárias à Constituição, transformado esta ideia no princípio fundamental do Direito Constitucional dos Estados Unidos: a supremacia da Constituição como “princípio jurídico judicialmente tutelado”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.59) O princípio da supremacia da constituição tem um efeito duplo nos Estados Unidos. A norma federal tem como paradigma a Constituição Federal; enquanto a norma estadual é controlada tanto pela Constituição estadual quanto a Federal. (CERVANTES, 1999, p. 384)

Barroso ao explicar a lógica do *judial review*, afirma que o princípio mor do Sistema norte-americano é o da supremacia da Constituição, sendo o judiciário o seu intérprete qualificado e final. Assim, caso haja conflito entre a Constituição e uma lei, cabe ao judiciário aplicar a primeira, pois a segunda, por ser conflitante, é nula (BARROSO, 2012, p. 44) A inconstitucionalidade no sistema norte-americano é sinônimo de transgressão, não importando se a lei é mais benéfica para os cidadãos, pois o simples fato de tornar a constituição vulnerável é suficiente para tratá-la como inconstitucional. (BULOS, 2014, p. 139)

Saliente-se que a Constituição dos Estados Unidos, apesar de ser sintética, possui dispositivos constitucionais plásticos, permitindo sua atualização por meio da interpretação, adaptando-a as novas realidades vivenciadas ao longo do tempo em que está em vigor. Desta forma, a rigidez formal do seu texto não impediu a

modernização do mesmo. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.58) A Constituição norte-americana tem várias funções, entre elas a de delimitar as esferas de poder da Federação e dos Estados; estabelece a divisão dos poderes entre os três setores do Governo Federal; reconhece as garantias individuais que buscam proteger o indivíduo contra atos arbitrários da autoridade ou de certas leis. (CERVANTES, 1999, p. 368)

O controle de constitucionalidade norte-americano pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal perante um caso concreto contencioso, sendo classificado, por isso, como controle difuso, vez que a competência para julgar a constitucionalidade não está concentrada em apenas um órgão ou alguns, mas em todo o poder judiciário “no desempenho ordinário de sua função jurisdicional” (BARROSO, 2012, p. 79). A realização do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é uma faculdade do poder judiciário, não há um Tribunal específico. (CERVANTES, 1999, p. 384)

Também, classificam-no em controle concreto, tendo em vista a necessidade de um litígio intersubjetivo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.19). Barroso classifica o controle norte-americano em difuso e incidental, ao invés de utilizar a nomenclatura *concreto*. (2012, p. 49)

Desde o seu nascedouro, o sistema constitucional estadunidense preocupava-se com o acesso à justiça e tinha como pilares a oralidade, a imediatidade e a concentração. Assim, o controle de difuso é o mais adequado à realidade histórico-jurídica norte-americana, pois quando se concentra o controle constitucional em um órgão apenas como um Tribunal Constitucional, ou apenas em alguns, perde-se a imediatidade e a concentração, pois o órgão julgador do caso concreto não poderá se pronunciar acerca da constitucionalidade ou não da lei contestada. O julgamento da causa e da constitucionalidade da lei não se concentraram no mesmo ato, o que impossibilita também de ser imediato.

O Sistema jurídico norte-americano, como visto, tem origem na tradição do *Common Law*, por consequência, os precedentes judiciais são vinculantes, apesar das decisões proferidas pela Suprema Corte referirem-se a um caso concreto. Com isso, todos os órgãos do Poder Judiciário ficam vinculados à decisão da Suprema Corte acerca da constitucionalidade de uma lei, além de vincular também a Administração Pública. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.19)

É regido o sistema norte-americano pelo princípio do *stare decisis*, assim as decisões dos Tribunais Superiores devem ser seguidas pelos juízes de instâncias inferiores. A mesma lógica repete-se na Suprema Corte, suas decisões possuem efeito vinculante. Os precedentes vinculam os entendimentos judiciais. Desta maneira, uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte não deve ser aplicada por qualquer juiz. (BULOS, 2014, p. 194) O *stare decisis* aproxima-se da figura da súmula vinculante no Direito Brasileiro.

O *stare decisis* representa uma limitação ao controle absoluto dos juízes, pois significa que os tribunais devem respeitar os próprios precedentes e as decisões adotadas pelos tribunais superiores em casos similares. (DALLA VIA, 2016, p. 446) O efeito vinculante está nas razões da decisão e não pode ser estendido aos argumentos periféricos existentes no corpo da decisão e que não se relacionam diretamente ao objeto em discussão. O precedente também só é cogente quando os casos forem semelhantes. (FERREIRA, 2016, p. 184)

Como o controle nos Estados Unidos é concreto e não há uma decisão uniforme acerca da constitucionalidade ou não de uma lei, tem-se o risco de um juiz não aplicar uma lei em um caso alegando sua inconstitucionalidade, e outro aplicá-la por entender ser constitucional. Esse alerta foi levantado por Kelsen, que na mesma oportunidade alega que esse risco não é tão grande no sistema estadunidense em razão do efeito vinculante. (2003, p. 304-307)

A Suprema Corte é composta por nove juízes com vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Eles são escolhidos pelo Presidente da República, sendo obrigatória a aprovação do nome pelo Senado. Não há exigência quanto à formação ou à idade. É vedado aos membros o exercício de cargo executivo ou legislativo. Cabe ao Presidente da República nomear o Presidente da Corte. (TAVARES FILHO, 2009, p. 5) Os juízes atuam em uma única sala. (CERVANTES, 1999, p. 385)

No sistema jurídico norte-americano há outras formas de defesa da Constituição, além do controle difuso. As partes em litígio podem suscitar uma questão de constitucionalidade através de uma exceção de inconstitucionalidade, por exemplo. Podem também interpor um recurso ao procedimento de equidade que consiste em um pedido dirigido à Corte de proibição da aplicação de lei inconstitucional arguida. Além do procedimento de sentença declaratória. Entretanto, frise-se que o controle norte-americano de constitucionalidade não pode ser

realizado de forma abstrata, é essencial a existência de conflito de interesses- um caso concreto litigioso. (BULOS, 2014, p. 194)

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. (KELSEN, 2003, p. 311)

Esmiuçando-se o disposto no parágrafo anterior, cumpre fazer uma retrospectiva histórica. Inicialmente, diferenciar a *Common law* da *Equity*, o que já não é uma tarefa fácil, visto que a diferenciação nasceu no sistema inglês e a importação para o sistema norte-americano provocou transformações, as quais também foram causadas pelas próprias modificações do último sistema.

A título de informação, a *common law* correspondia o direito proferido em sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, objetivando-se a supressão dos direitos costumeiros das tribos primitivas da Inglaterra. Já a *Equity* tratava-se do direito proferido pelos Tribunais do Chanceler do Rei e buscava analisar as questões de equidade e amenizar o rigor do sistema da *common law*. (SOARES, 1997, p. 175)

Na *common law* tinha-se, e tem, a figura do *writ* que pode ser caracterizado como uma “ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação” (SOARES, 1997, p. 176). Após a concessão do *writ*, a parte beneficiada tinha sua pretensão julgada por um júri, por vezes, composto por leigos. A ideia na época era de que os remédios precediam aos direitos, assim, por exemplo, existia o *writ of detinue*, cujo beneficiário era o possuidor de boa-fé, e *writ of trespass* referente ao dano por ato ilícito. Essa rigidez gerou um crescimento da utilização da *Equity*. (Ibid., p. 176-177)

Fazendo-se um salto temporal e expandido a esfera territorial, leciona-se que ainda prevalece tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos o princípio de que a utilização da *Equity* está condicionada a ausência de remédio na *Common Law*. O código judiciário norte-americano de 1788 determinava que apenas coubesse a equidade na ausência ou inadequação dos instrumentos da *common law*. (MENDES, 2006, p.29) Nos Estados Unidos houve a reunião delas sob a denominação de *civil action*, contudo ainda permanecem traços diferenciais entre as mesmas. Na *common law*, em regra, os julgamentos são realizados pelo júri, tanto

os de natureza cível quanto criminal, o processo é inflexível e os remédios resultam em indenização financeira. Na *equity*, busca-se condenar o réu em ordens judiciais (*injunction*) de fazer ou não-fazer, não condenações em dinheiro; sob sanção por descumprimento de ordem judicial. Nela não há a presença do júri. (SOARES, 1997, p. 178-179)

O problema é que as ordens judiciais (*injunctions*) passaram a ser utilizadas de forma ampla no controle de constitucionalidade estadunidense. Em 1899, a Corte chegou a anular *injunction* concedida, baseando-se na separação de poderes. Tal posicionamento foi revisto em 1908 pela Suprema Corte. O Congresso, então, retira a competência do juiz singular para conhecer da *injunction*, todavia as Cortes Federais continuaram deferindo os pedidos. Com isso, foi inevitável a adoção da ação declaratória como forma de controle da constitucionalidade, pois a intenção ao utilizar as *injunctions* era a declaração judicial sobre a constitucionalidade de uma lei. (MENDES, 2006, p. 29-30)

A adoção da ação declaratória não foi de forma pacífica, alegava-se que a mesma feriria a separação de poderes. Contudo, essa adoção não significou que a Suprema Corte passaria a proferir julgamentos de natureza abstrata, ou seja, realizar o controle abstrato, sem existir um caso concreto com interesses subjetivos em conflito. Firmou-se o entendimento, de que não poderia a Corte Suprema agir como legislador, ou atuar como se ocupasse hierarquia superior ao legislativo, cabia-lhe apenas explicitar os motivos que fizeram aplicar uma lei em detrimento de outra. E, em razão da *common law*, tal decisão estabelece uma jurisprudência a ser respeitada pelos juízos inferiores, assim como pela própria Corte. Ou seja, a lei praticamente deixa de existir. (MENDES, 2006, p.31)

A consequência prática da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte norte-americana é a paralisação da eficácia da norma, com efeito *erga omnes*, “ou a sua retirada do sistema jurídico, atividade equiparada à de um legislador negativo” (BARROSO, 2012, 49). Kelsen afirma que o efeito prático é de anulação da lei, pois a decisão da Suprema Corte que rejeita a aplicação de lei por inconstitucionalidade vincula as outras corte inferiores. (2003, p. 307)

Como não há uma regulamentação específica para o controle de constitucionalidade, então não há a discriminação dos atos sujeitos ao controle. A jurisprudência que definiu que são objeto os atos com força de lei, independente do órgão responsável, inclusive os tratados celebrados. O paradigma é qualquer

preceito constitucional, como os diversos princípios regentes da Constituição (CERVANTES, 1999, p. 370-371)

Dalla Via vai além ao afirmar que a Constituição norte-americana passa ser o que a Suprema Corte diz que é. Atua como uma constituinte em sessão permanente e criando a figura da Constituição viva (*living constitution*). (DALLA VIA, 2016, p. 446)

O entendimento de que a própria Corte ficaria vinculada as suas decisões anteriores não é pacífica, segundo Ferreira “não há autovinculação da Corte Suprema aos seus julgados, estando livre para alterar seus entendimentos posteriores” (2016, p. 184) O autor ainda cita que Lawrence Baum, Elival da Silva Ramos e Bernard Schwartz lecionam nessa mesma linha. Dalla Via afirma que a Suprema Corte segue seus próprios precedentes em casos similares, quando se afasta da regra do precedente obrigatório ou modifica a jurisprudência dominante, deve realizar um maior esforço argumentativo e obter uma maioria qualificada na votação. (DALLA VIA, 2016, p. 446)

A adoção da ação declaratória concedeu mais flexibilidade ao sistema constitucional norte-americano, pois relativizou a necessidade de um contraditório rígido. Essa relativização foi fruto da compreensão de que as partes simulavam um contraditório, com fim apenas de suscitar a Corte sobre a validade de uma lei. Mas essa ação “não se confunde com as formas de controle direto ou em via principal. Indispensável se afigura a caracterização de um *case or controversy* hábil a ser deslindado judicialmente”. (MENDES, 2006, p.32). O Congresso, para pacificar as controvérsias, promulgou lei, em 1934, que dispunha ser competente o judiciário federal para julgar as ações declaratórias.

Apesar da adoção da ação declaratória, continuava como pano de fundo sempre os interesses privados, era necessária a controvérsia, porém a questão da constitucionalidade das leis interfere diretamente no interesse público, o qual não se confunde com o interesse privado. Assim, em 1937, assegurou-se a faculdade do Governo Federal intervir em processos em que se discutia a constitucionalidade de lei federal, com fim de resguardar o interesse público. Além do direito de apelar contra decisão que declare inconstitucional lei federal. (MENDES, 2006, p.32) O Governo, ao intervir, pode apresentar argumentos e provas. (KELSEN, 2003, p. 312)

Kelsen foi um grande crítico dessa estrita vinculação da revisão judicial da legislação a um caso concreto litigioso, defendendo que a constitucionalidade é de

interesse público “que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial” (2003, p. 311-312).

Ele ainda critica o fato da lei de 24 de agosto de 1937 apenas reconhecer o interesse público quando o objeto forem leis federais. Alega que o interesse ao vedar aos juízes singulares de julgar cautelares, é de defender as leis promulgadas pelo Congresso, dificultando a declaração de inconstitucionalidade das mesmas. (KELSEN, 2003, p. 312)

Declarou-se, na mesma oportunidade, a incompetência do juízo singular de afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de inconstitucionalidade em sede de *injunction*. Ou seja, percebe-se uma tendência de valorização do interesse público nas questões judiciais de constitucionalidade. (MENDES, 2006, p.32)

Para Mendes, essa vedação ao juiz singular e a possibilidade do Poder Executivo recorrer aproximam o modelo americano do europeu. (2006, p. 33)

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva. (MENDES, 2006, p.28)

Reformas legislativas restringiram a competência recursal da Suprema Corte, bem como lhe concederam poderes para rejeitar o julgamento de certos casos. Em 1988, eliminou-se, “praticamente, a jurisdição de apelação de caráter obrigatório, em relação aos tribunais federais.” (MENDES, 2006, p.33). Com isso, a competência recursal da Corte passou a ter um caráter discricionário, pois cabe a ela o juízo de admissibilidade verificando se as razões são relevantes ou não. Notou-se um afastamento da Corte da sua competência de reforma das decisões proferidas pelas Cortes ordinárias, focando em prolatar decisões, cujos efeitos transcendem a questão particular em litígio. (Ibid., 33)

Houve redução da competência recursal obrigatória e ampliação da discricionária. O instrumento utilizado para suscitar é o *writ of certiorari*, o pedido interposto pela parte recorrente à Corte, no qual esta avalia se há relevância. Desta

maneira, a Corte Suprema pode se limitar a analisar questões constitucionais, assemelhando-se as Cortes Constitucionais. (MENDES, 2006, p.33)

As regras de funcionamento da Corte Suprema dos Estados Unidos- *Rules of the Supreme Court of the United State*- trata na sua terceira parte sobre o *writ of certiorari*. Na sua regra 10 (*Rule 10*) afirma-se que a admissão de um *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial, cabendo a Corte verificar a relevância das razões. Para tanto, arrola algumas situações-exemplo consideradas como relevantes, como conflitos de entendimentos de esferas inferiores. Todavia, salienta que o *writ of certiorari* raramente será concedido se as razões que lhe fundam são erros de fato ou de direito.<sup>6</sup> (UNITED STATES, 2013, p. 5-6)

Percebe-se que a preocupação primordial da Corte Suprema é decidir questões relevantes para um todo e com repercussão nacional, não reformar decisões de esferas inferiores que afetam apenas interesses particulares.

O *amicus curiae* pode ser traduzido como amigo da corte e corresponde tornar legítima a exposição dos argumentos de terceiro interessado no processo. O terceiro sumariamente expõe suas razões de convencimento (*brief*), frequentemente em um tribunal de segundo grau. (BULOS, 2014, p. 295) Com a inserção da figura do *amicus curiae* abre-se o processo, tornando-o pluralista. (MENDES, 2006, p.33).

Bulos resume o legado do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade em: compete a qualquer juiz averiguar a alegação de inconstitucionalidade em caso concreto em litígio; a alegação pode ser feita na forma de defesa ou exceção; quando uma parte basear sua pretensão em uma lei e a

---

<sup>6</sup> **Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari:**

*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:*

*(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;*

*(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;*

*(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.*

*A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law. (UNITED STATES, 2013, p. 5-6)*

outra alegar, em defesa, que o dispositivo é inconstitucional, é necessária a fiscalização da constitucionalidade. (BULOS, 2014, p. 195)

Não se admite o controle de constitucionalidade de forma abstrata, apesar da posterior admissão da ação declaratória no sistema jurídico norte-americano, pois é obrigatória a existência de um caso concreto conflituoso. Outra marca desse sistema jurídico é o predomínio da discricionariedade judicial na análise da admissibilidade dos recursos, visto que se reduziu a presença de recursos obrigatórios. A discricionariedade gerou uma consequência: só uma íris parcela dos recursos interpostos na Corte que são aceitos e julgados, cerca de um por cento. (TAVARES FILHO, 2009, p. 6)

Para Kelsen, o simples fato do controle de constitucionalidade da lei ser apenas pela via incidental é uma desvantagem do sistema norte-americano, visto que o procedimento em que é suscitado na realidade tem outro propósito principal-resolução de um litígio. (KELSEN, 2003, p. 312-313). A crítica, então, refere-se à ausência de um controle abstrato, principal.

Outra crítica recorrente que sofre esse controle judicial de constitucionalidade dos próprios doutrinadores norte-americanos é de ser antidemocrático, pois os juízes não são eleitos e podem tornar inaplicável lei promulgada pelos representantes do povo. E que como o texto constitucional é por vezes vago, cabem várias interpretações do mesmo, sendo a decisão uma interpretação pessoal do julgador. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 59) O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade baseou os sistemas argentino, australiano e japonês. (SAMPAIO, 2002, p. 46)

### **2.2.2 O modelo europeu continental**

O debate já se inicia como a própria denominação do modelo, Favoreu chama-o de modelo europeu, designação repetida por Barroso, Mendes e Zamora; enquanto Bulos prefere sistema austríaco ou europeu continental. Dalla Via, Estay e Brewer-Carías adotam esta última expressão. Alfonso Ruiz Miguel trata como sinônimas as expressões *modelo europeu*, *modelo kelseniano* e *modelo austríaco*. Já José Adércio Leite Sampaio denomina-o de europeu, austríaco ou de Tribunal Constitucional. Optou-se por utilizar o termo *modelo europeu continental*, pois para o presente trabalho a análise das características do controle de constitucionalidade na

Europa é o essencial e também por entender que a Constituição da Áustria é o marco desse controle, mas que seus contornos foram se definindo após sua expansão para os demais países da Europa Continental. Claro que o grande foco inicial será na Constituição da Áustria e nas ideias de Hans Kelsen, contudo não se restringirá a isso. É importante adentrar no sistema alemão pela sua importância atual no modelo e analisar como se desenvolveu o controle, de maneira panorâmica, na Europa ocidental continental. Essa é outra ressalva importante, apesar de denominar de modelo europeu continental, sabe-se que há países na Europa que não aderiram o mesmo.

A ideia não é tratar as jurisdições constitucionais e seus respectivos controles como se tivessem características homogêneas em todos os países da Europa continental, mas tratar dos pontos comuns, de um núcleo constitutivo comum, apesar das variantes nacionais. Há um legado, edificado pelos valores ético-espirituais, responsável pelo substrato das liberdades individuais, políticas e da própria ideia de democracia- uma cultura jurídica europeia. (HÄBERLE,1993, p. 14) Claro que o foco é na Europa Ocidental, pois há diferenças da ideia de Constituições na Europa Oriental e Ocidental. Isso não significa que as constituições da porção oriental ignora a problemática do controle de constitucionalidade. Apenas, que o presente trabalho debruçar-se-á nos países ocidentais. (CAPPELLETTI, 1999, p. 32-34)

Favoreu elenca alguns motivos que impediram a adoção do modelo norte-americano nos países europeus continentais. Nos Estados Unidos sacraliza-se a Constituição, enquanto na Europa sacraliza-se a lei, especialmente após a Revolução Francesa, a concepção de Rousseau da infalibilidade da lei entranhou-se no ideário europeu, o direito é identificado com as leis do Parlamento. Outro motivo é a convicção da incapacidade do juiz ordinário analisar a constitucionalidade, pois eles atuam como simples e fiéis intérpretes da lei, sendo que o controle de constitucionalidade exige um olhar mais criativo. Os juízes da Europa continental são comumente magistrados de carreira, sem uma investidura democrática como ocorre com os estadunidenses. Não há a unidade da jurisdição como nos Estados Unidos, os países europeus costumam ter seu contencioso dividido em administrativo e judicial, sendo mais provável a existência de decisões conflituosas. Por fim, a insuficiente rigidez constitucional desses países. (FAVOREU, 2004, p. 20-21)

O controle de constitucionalidade teve início na Europa com a Constituição da Áustria de 1920. O aparecimento da ideia de um controle de constitucionalidade apareceu na Europa após a crise gerada pela primeira guerra mundial (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 36) Aquela constituição seguia a concepção construída por Hans Kelsen, de criação de órgãos específicos para o exercício do controle- os tribunais constitucionais. Estes com natureza jurisdicional, mesmo não integrando o Poder Judiciário. (BARROSO, 2012, p. 44) Kelsen afirmava que não há justiça constitucional se os atos do legislativo não forem confrontados com as disposições constitucionais. (FAVOREU, 2004, p. 28) Souza Neto e Sarmiento afirmam que o modelo de Kelsen foi adotado, também em 1920, pela Checoslováquia. (2012, p. 19)

Kelsen, no seu projeto de Constituição da Áustria, idealizou um órgão constitucional independente e separado, denominado de Tribunal Constitucional. Ele o diferencia de um Tribunal de Justiça, pois não caberia àquele julgar casos concretos, mas apenas verificar, no plano abstrato, a conformidade das leis à Constituição. A natureza do Tribunal Constitucional seria de comissário do poder constituinte composto por juristas especialistas em direito constitucional e em direito como um todo. (DALLA VIA, 2016, p. 447)

No modelo europeu, diferente do que ocorre no norte-americano, há uma clara distinção entre contencioso constitucional e contencioso ordinário, já que a análise do primeiro é de competência exclusiva de uma Corte criada para esse fim, cujas decisões têm efeito de coisa julgada e a suscitação não necessita da existência de litígio em sentido estrito. (FAVOREU, 2004, p. 17-18)

Não se pode afirmar que a Carta de Weimar de 1919 é o marco de criação dos Tribunais Constitucionais, pois, apesar de prever no seu artigo 108 um Tribunal de Justiça Constitucional, a este não competia o controle de constitucionalidade das leis. Na Alemanha a instituição de um Corte Constitucional com tal competência deu-se só com a Lei Fundamental e só em 1951. Assim, a Constituição da Áustria de 1920 foi a primeira a consagrar um autêntico tribunal constitucional. (BULOS, 2014, p. 195)

Essa constituição foi responsável por criar um novo ideal de controle de constitucionalidade, em que o Tribunal Constitucional é o órgão competente para realizar a fiscalização concentrada das leis (BULOS, 2014, p. 195), não se exigindo a “ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva” (MENDES, 2006, p.34). Como será visto adiante, em 1929, passou a ser possível a realização do

controle também por via incidental. (BULOS, 2014, p. 195) No controle europeu não se foca na satisfação de interesses particulares, individuais, mas na proteção e promoção dos direitos fundamentais e no bom funcionamento das instituições do Estado. (FAVOREU, 2004, p. 34-36)

Kelsen criticava o modelo norte-americano pela ausência de uma forma autônoma de controle (MENDES, 2006, p.36), pois a questão de constitucionalidade não é o objeto principal discutido, mas sim o conflito entre interesses particulares, apesar da constitucionalidade de uma lei ser de interesse público. Esta falha, Kelsen buscou superar com o seu modelo idealizado.

Para ele seria fundamental que a própria Constituição elencasse uma forma de retirar do sistema jurídico uma norma que lhe fosse contrária (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.19), o que não há no sistema norte-americano. Kelsen defendia ainda a existência de uma Corte Constitucional especializada, cujos membros fossem indicados por órgãos políticos representativos e teriam mandatos fixos, pois acreditava que os juízes singulares não estariam habilitados para exercer essa função. (Ibid., p. 19). Mais uma vez, ele opunha-se ao sistema estadunidense ao excluir o controle difuso do seu modelo- ideal. Favoreu destaca duas características dos Tribunais Constitucionais europeus que se destacam. A importância dada aos professores universitários, sendo que na maioria dos Estados exige-se a nomeação destes como membros do Tribunal. Os membros da Corte têm mandatos fixos. (2004, p.13)

Kelsen defendia a necessidade de ter na composição dos Tribunais Constitucionais juristas profissionais. Alguns sistemas exigem juristas de reconhecido prestígio; com exceção da França, nos outros países, os membros devem ter exercido função de juiz, advogado ou de professor de Direito. Ao analisar os membros do Conselho Constitucional francês verifica-se que essa condição é cumprida na prática, salvo raras exceções. Exige-se em alguns uma experiência profissional comprovada, com a finalidade de que os membros tenham uma bagagem profissional. Na Espanha exige-se quinze anos e na Itália vinte anos ao menos, por exemplo. (ZAMORA, 2007, p. 13)

Zamora defende que os mandatos de longa duração asseguram maior independência aos membros do Tribunal Constitucional. Na Espanha, na Itália e na França a sua duração é de nove anos, já na Alemanha, doze anos. Outra justificativa

dessa duração é que as renovações dos membros são parciais, para que não ocorram mudanças bruscas em razão de questões políticas. (ZAMORA, 2007, p. 15)

Kelsen propunha que o controle fosse somente abstrato, não cabendo a Corte Constitucional atuar em casos concretos, mas sim o papel de um legislador negativo, vez que invalidaria normas contrárias à Constituição. Também recomendava que a invalidação da lei tivesse efeito *ex nunc*. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.19). Kelsen entendia que a anulação do ato inconstitucional é a principal garantia e a mais eficaz para proteger a Constituição. (ZAMORA, 2007, p. 4) Nota-se que o modelo kelseniano pregava o oposto do modelo norte-americano.

Quanto à figura do legislador negativo, Favoreu faz a seguinte ressalva: “a diferença essencial entre a confecção e a simples anulação das leis é que a ‘livre criação’, que caracteriza a primeira, falta à segunda” (2004, p. 24), pois a Corte Constitucional tem sua apreciação determinada pela Constituição.

O modelo kelseniano, adotado pela Áustria, foi amplamente aderido por países da Europa continental após a 2ª Guerra Mundial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.19; BARROSO, 2012, p. 45) Até a segunda guerra a ideia que prevalecia na Europa era de um Estado de Direito Legislativo, em que o critério de validade do direito era o princípio da legalidade. Não importava se a lei era justa, mas se a autoridade que a confeccionou era competente. A teoria constitucional fundava-se na soberania do parlamento e na simples aplicação das leis pelos juízes. A lei era a fonte de legitimação dos poderes, pois era muito forte a teoria rousseauiana da lei como vontade do povo. (HIGHTON, 2016, p. 115).

No século 19, na Europa era inconcebível qualquer relativização do princípio da supremacia da lei, concebida como produto da vontade geral. O executivo era o poder temido pelos cidadãos e a prevalência da sua vontade era a preocupação, já o parlamento representava a própria vontade do povo. Assim, era impensável admitir equívocos do parlamento. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 33) Estava enraizada a ideia do juiz como a boca da lei de Montesquieu e, além disso, a maioria dos sistemas europeus era parlamentarista, sendo o parlamento quem elabora as leis e tem primazia na ordem constitucional. (DALLA VIA, 2016, p. 446-477) No final desse século, a jurisdição constitucional que se visualiza na Europa está pautada em dois pontos, na organização da justiça Constitucional na Constituição de Weimar e no projeto kelseniano adotado pelas Constituições Austríaca e da Checoslováquia. (STRECK, 2002, p. 284)

As experiências vivenciadas nos regimes totalitários modificaram esta concepção, pois se verificou que as leis não eram infalíveis e que o parlamento também poderia cometer excessos. Percebe-se a necessidade de limitar o poder do parlamento, o que explica a expansão da ideia de controle de constitucionalidade. (HIGHTON, 2016, p. 115-116) Quando se admitiu, na Europa, a supremacia da constituição como contraponto à tirania das leis que prejudicam direitos das minorias, iniciaram-se os questionamentos sobre quem deveria ser o guardião da constituição e qual o seu papel. (DALLA VIA, 2016, p. 447) Foi primordial o redescobrimto da Constituição pela Europa continental, enxergar ela como um texto jurídico e a sua natureza fundamental, suprema e superior aplicável a todos os órgãos estatais e aos indivíduos. Só foi possível pensar em controle de constitucionalidade, com a consolidação do Estado de Direito em que os órgãos estão sujeitos aos limites impostos pela Constituição. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 39)

A institucionalização do controle de constitucionalidade ocorre ao mesmo tempo com o nascimento do constitucionalismo na Europa, pois se percebe que a justiça constitucional é imprescindível para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, os tribunais constitucionais são adotados pelos países europeus, órgão que teriam legitimidade para controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes e que seriam eficazes na consolidação das democracias e dos direitos fundamentais. (STRECK, 2002, p. 284-285)

O controle não poderia ser realizado pelo parlamento, pois se verifica se a norma é compatível com a Constituição, ou seja, se o ato do parlamento é constitucional; então seria incoerente esse poder atuar como parte e juiz ao mesmo tempo. Tinha que ser um órgão diverso e independente tanto do parlamento quando do executivo. (ZAMORA, 2007, p. 4-5)

A adoção do modelo de tribunal constitucional e não de um controle judicial das leis tem relação com circunstâncias particulares dos países adotantes e do momento histórico vivenciado. Primeiro, a ideia enraizada de Montesquieu. Segundo, os juízes ordinários limitaram-se a aplicar o direito positivo no regime nacional-socialismo, desprezando o conteúdo dos direitos fundamentais. Então, não seria sensato confiar a estes, ainda imbuídos com as ideias do regime anterior, o controle de constitucionalidade. Era mais racional adotar o projeto kelseniano e criar um sistema concentrado, cujas decisões seriam tomadas por juízes democráticos

sem resistências ideológicas que barrariam a modernização do sistema jurídico. (DALLA VIA, 2016, p. 450)

Então, a grande adesão após o fim da segunda guerra justifica-se pela desconfiança nos juízes ordinários e a falha do legislador em evitar que ocorressem as atrocidades do nazismo e fascismo, viu-se a necessidade de se defender inclusive dos atos legislativos que podiam ser opressores. (FAVOREU, 2004, p. 23) O Tribunal Constitucional europeu representou uma revolução nas defesas dos direitos humanos, antes essa defesa era ignorada e considerada uma característica norte-americana. Hoje, é um dos elementos integrantes do direito europeu. (CARPIZO, 2016, p. 392)

Despontou na consciência europeia a necessidade de defesa dos direitos humanos, após a segunda guerra. Supera-se o pensamento de Rousseau “de que a liberdade se protege através da lei pela ideia de que se deve defender as liberdades proclamadas constitucionalmente dos abusos das leis que regulam seu exercício” (ZAMORA, 2007, p. 6; tradução nossa). A proteção, então, ficou a cargo de um órgão especializado que se situa fora do aparato jurisdicional ordinário e é independente de todos os outros poderes públicos. Aceitou-se com a criação dos Tribunais Constitucionais, um poder superior ao do legislador e que pode impor a este o respeito à Constituição, seguindo a lógica do Estado de Direito, em que a constituição está no ápice da pirâmide normativa. (Ibid., p. 7-8)

No pós-guerra, demonstrou-se ser indispensável para a criação, manutenção e desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito a existência de uma jurisdição constitucional. Ao desconstruir-se a confiança no legislador, pelas experiências do regime nacional-socialista, o controle de constitucionalidade ganhou importância preponderante. A superação dos regimes totalitários e o retorno das democracias foi a grande razão para institucionalizar os tribunais constitucionais com a função de verificar a compatibilidade das leis à Constituição. (HIGHTON, 2016, p. 116)

Na década de 70, com o movimento de democratização, a Grécia, a Espanha e Portugal também instituíram tribunais constitucionais. A criação desses tribunais avançou até para o leste europeu. (BARROSO, 2012, p. 45). A Áustria, a Alemanha e a Itália foram os países que mais se esforçaram, criando, através de suas constituições, tribunais com competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade. Esses países acreditavam que tal criação protegê-los-ia da

ocorrência de novas atrocidades- das violações aos direitos humanos fundamentais apoiadas pelo parlamento subserviente ao regime opressor. (HIGHTON, 2016, p. 116)

Favoreu afirma que mais de trinta países aderiram o modelo europeu e que o grande responsável pela sua existência é Kelsen, pois ele que construiu esse novo modelo. (2004, p. 17). Ele idealizou um modelo constitucional diferente do norte-americano ao projetar a Constituição da Áustria de 1920. E, com a adoção do modelo austríaco por vários países europeus, Kelsen passa ser considerado o grande teórico do modelo europeu de Tribunal Constitucional. (FAVOREU, 2004, p. 11; BULOS, 2014, p. 195)

A experiência europeia no período das guerras foi essencial na mudança da mentalidade jurídica, viu-se a necessidade de ter prudência, que a ideia de representatividade ligada ao parlamento era um mito, bem como outras ideias da teoria democrática liberal; que a lei pode servir a regimes despóticos; e a maioria pode agir como opressora. Então, o fracasso do legislador e dos juízes na garantia das liberdades na Alemanha e na Itália foi apenas mais um fato que demonstrou que a simples inserção de direitos fundamentais na Constituição não seria suficiente, sendo necessária a criação de controle de constitucionalidade. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 37) Percebe-se a indispensabilidade de proteger as liberdades não só do Poder Executivo, mas também do legislativo. (Ibid., p. 38)

Sublinha-se que a Grécia, a Dinamarca, a Suécia e a Noruega adotaram sistema constitucional mais próximo do modelo norte-americano. (FAVOREU, 2004, p. 18) E apesar de boa parte dos países europeus terem se afastado da ideia da soberania do parlamento, na Holanda ele ainda prevalece, sendo que sua constituição estabelece que os tribunais não podem revisar a constitucionalidade dos atos do parlamento e dos tratados. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 36)

Barroso leciona que o grande responsável pela disseminação do modelo kelseniano pela Europa, após a segunda guerra, foi o prestígio do Tribunal Constitucional alemão (2012, p. 79). Então, apesar do modelo ter seu marco inicial na Áustria, foi na Alemanha que ganhou notoriedade. Por essa razão, este trabalho analisará, posteriormente ao Sistema austríaco, o alemão.

Favoreu aponta as seguintes características do modelo europeu continental: a inexistência do controle difuso, cabendo aos tribunais ordinários remeter ao Tribunal Constitucional questões relativas à constitucionalidade; as decisões das

Cortes Constitucionais têm efeito *erga omnes*; compete as Corte Constitucionais “precipualemente julgar ofensas aos direitos fundamentais, direitos máximos constitucionalmente garantidos” e “não apenas solucionar conflitos entre jurisdições e autoridades administrativas ou a constitucionalidade de tratados internacionais.” (2004, P. 11) Para Mendes, o efeito *erga omnes* das decisões das Cortes Constitucionais é um traço inequívoco do modelo europeu. (2006, p. 36)

Barroso acrescenta a estas a existência de Tribunais Constitucionais, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, com a função de guardar a constituição; a possibilidade do controle ser pela via principal ou incidental, apesar da competência estar concentrada nas Cortes Constitucionais. (2012, p. 49) Atualmente, na maior parte dos países adotantes do modelo europeu continental, a jurisdição constitucional não está inserida em qualquer dos três poderes. (FAVOREU, 2004, p. 25) Na constituição espanhola, as regulamentações do Tribunal Constitucional e do Poder Judiciário estão em títulos diferentes; o mesmo se verifica na constituição francesa e na italiana. Apenas a constituição alemã trata no mesmo título, ou seja, o Tribunal Constitucional está inserido no Poder Judiciário. (ZAMORA, 2007, p. 8)

Kelsen justifica o controle ser concentrado, em razão do alto risco de não uniformidade das declarações de inconstitucionalidade. Na Áustria e em vários países europeus continentais há também cortes administrativas, não apenas ordinárias, além disso, as decisões da corte ordinária mais alta não tem força vinculativa- obrigatória- sobre os tribunais inferiores, não há a norma do *stare decisis*. Uma lei declarada inconstitucional em um caso poderia ser aplicada em outro caso na mesma corte, inclusive. Assim, era imperativa a centralização da análise da questão constitucional. (KELSEN, 2003, p. 304) A ausência do *stare decisis* tornava inviável a adoção de um sistema difuso de controle de constitucionalidade, vez que geraria enorme insegurança jurídica. (ZAMORA, 2007, p. 4)

Favoreu busca ainda fazer um apanhado das características comuns das Cortes Constitucionais europeias adeptas do modelo kelseniano. Elas são implantadas em países com regime parlamentar ou semiparlamentar. Há pluralidade ou dualidade de jurisdições (administrativa e judiciária). A jurisdição Constitucional é confiada a um Tribunal Constitucional, com independência em relação aos demais poderes. Apenas a Corte Constitucional pode conhecer do contencioso

constitucional, sendo excluídos os juízes ordinários. A Corte deve ter sua organização, funcionamento e atribuições elencadas no texto constitucional, possuir independência financeira e administrativa, além de garantir a independência dos seus membros. Se suas atribuições não forem reconhecidas pelo legislativo e pelo Executivo, não pode ser considerada uma jurisdição Constitucional. A atribuição considerada, por Kelsen, como fundamental para uma Corte Constitucional é monopólio do controle das leis e dos tratados. (FAVOREU, 2004, p. 27-28) Para garantir a independência dos membros costuma-se garantir aos seus membros a inamovibilidade e a imunidade. (ZAMORA, 2007, p. 16)

A indicação dos membros da Corte é realizada por autoridades políticas, não por magistrados como nas jurisdições ordinárias, isso não significa que há desnaturação quando nas jurisdições ordinárias ocorram indicações. Para Kelsen, a indicação reforça a legitimidade da Corte. A origem dos membros é muito parecida, há uma grande proporção de professores universitários. (FAVOREU, 2004, p. 28-29) A jurisdição constitucional não pertence ao aparelho judicial, essa é diferença fundamental entre uma Corte Suprema e um Tribunal Constitucional. Contudo, isso não significa que não tenha relação funcional, vez que cabe aos tribunais ordinários a suscitação do controle. (Ibid., p. 33). A principal função da Corte é a proteção dos direitos fundamentais, do legislador. (Ibid. 36).

Dalla Via aponta como uma vantagem da adoção de Tribunal Constitucional, a maior especialidade, pois o perfil dos juízes constitucionais exige uma perspectiva mais ampla dos temas institucionais, enquanto o juiz ordinário está mais ligado ao expediente judicial. (2016, p. 454) Ressalta, porém, que o modelo clássico de controle de constitucionalidade abstrato está sendo caracterizado pela sua excepcionalidade, pois a declaração de inconstitucionalidade da norma deve ser a última opção. Devem buscar diferentes soluções no próprio sistema jurídico. (Ibid., p. 456)

Com isso, torna-se ainda mais inconsistente a ideia do Tribunal Constitucional como um legislador negativo, pois as decisões dos tribunais passaram a ser moduladas em muitos países, como Alemanha e Espanha. Então, há a figura, por exemplo, da interpretação conforme a Constituição, em que a norma continua válida, apenas há a interpretação pelo Tribunal de forma a estabelecer a interpretação que mantém a supremacia da constituição. Ou seja, cabe ao juiz constitucional a confecção de sentenças interpretativas, nestas a norma não é

anulada, apenas agrega-se um sentido constitucional. Há ainda, sistemas que prevêm a atuação dos Tribunais Constitucionais nas omissões legislativas. (DALLA VIA, 2016, p. 460-461)

### **2.2.2.1 O Sistema Austríaco**

O sistema austríaco, como dito, trouxe uma nova concepção de controle da constitucionalidade das leis, pois se criou um Tribunal Constitucional com a competência para analisar questões constitucionais. (MENDES, 2006, p. 33). O Tribunal Constitucional da Áustria é o mais antigo do mundo e influenciou o desenvolvimento do constitucionalismo na Europa, especialmente após a segunda metade do século XX. (HIGHTON, 2016, p. 110)

O controle concentrado da constitucionalidade das leis é exercido somente pelo Tribunal Constitucional- *Verfassungsgerichtshof*. (BULOS, 2014, p. 195) A suscitação para realizar tal controle é através de requerimento especial- *Antrag*. Esse requerimento é formulado pelo Governo Federal, tendo como objeto leis estaduais; enquanto os Governos Estaduais, leis federais. Ao fazer esse requerimento, os Governos, estadual ou Federal, não precisam demonstrar que a lei viola uma situação subjetiva. (Ibid., 2006, p. 34)

Na Áustria, houve um Tribunal antecessor da atual Tribunal Constitucional, denominado de Tribunal do Império (*Reichsgericht*). Este foi instituído pela Constituição de 1867, “os cidadãos podiam apresentar recursos pela violação de seus direitos constitucionais garantidos; direitos, aliás, enumerados na Constituição e que são ainda hoje a base do controle da constitucionalidade.” (FAVOREU, 2004, p. 41) Esse tribunal era competente para conhecer os recursos individuais interpostos em face de atos do Executivo que violassem os direitos consagrados constitucionalmente. O recurso tinha “influência da injunção por inconstitucionalidade do direito norte-americano sob novas feições” (SAMPAIO, 2002, p. 36) Cabia a este tribunal também resolver conflitos de atribuição e patrimoniais. (Ibid., p. 36-37)

Na formulação da Constituição de 1920, discutiu-se a possibilidade da questão constitucional ser suscitada por qualquer cidadão à Corte Constitucional, uma espécie de *actio popularis*, ou que um promotor geral ficasse com a incumbência de examinar todas as leis federais e estaduais, com fim de proteger a Constituição. Caberia a ele a suscitação. Entretanto, nenhuma dessas hipóteses foi

consagrada. (KELSEN, 2003, p. 316) Alguns traços do Tribunal do Império foram mantidos, como o recurso de inconstitucionalidade contra as decisões administrativas e a competência na solução dos conflitos de atribuição entre os poderes públicos ou entre os agentes públicos. Mas a grande novidade trazida pela Constituição de 1920 foi a criação de Tribunal especializado em conflitos constitucionais com competência para anular atos normativos contrários à Constituição (efeito *erga omnes*), sendo legitimados para provoca-lo os governos estaduais e federal. (SAMPAIO, 2002, p. 38)

Como dito no título anterior, Kelsen foi idealizador da Constituição austríaca de 1920. Ele foi nomeado como membro em 1921 e o primeiro relator permanente do Tribunal Constitucional. Este tribunal foi fechado durante o golpe de Estado de 1933 e recomposta em 1945. (FAVOREU, 2004, p. 42) A Constituição teve sua vigência retomada só em 1929. (CARPIZO, 2016, p. 389)

No sistema austríaco não se exige a ofensa a um interesse particular ou a colisão entre interesses subjetivos. A constitucionalidade é protegida por um controle recíproco realizado pela União e os Estados. O Estado pode arguir a inconstitucionalidade de uma lei, mesmo que essa só se aplique a um único Estado. (MENDES, 2006, p.34) O controle de constitucionalidade tem, basicamente, como parâmetro a Constituição austríaca, sendo que integra o seu bloco de constitucionalidade à Convenção Europeia de Direitos Humanos. (Ibid., p. 36)

A Constituição de 1920 previa apenas o controle concentrado, sendo que em 1929 incluiu o controle pela via incidental. Implantou-se, assim, um sistema misto, em que o controle abstrato era realizado pela via da ação e o controle concreto, pela exceção. (BULOS, 2014, p. 195; MENDES, 2006, p.34). “A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros.” (KELSEN, 2003, p. 305)

No controle incidental, cabe ao Supremo Tribunal de Justiça- *Oberster Gerichtshof*- e ao Tribunal de Justiça Administrativa- *Verwaltungsgerichtshof*- suscitar a Corte Constitucional sobre a questão constitucional controvertida no caso concreto. Aqueles tribunais, antes da suscitação, realizam “um juízo provisório e negativo sobre a matéria” (MENDES, 2006, p. 27). Foi adotado modelo semelhante na Alemanha, na Itália e na Espanha. (Ibid., p. 27)

Essa modificação sofrida pelo sistema austríaco acaba atenuando suas diferenças com o modelo norte-americano e o europeu continental (MENDES, 2006,

p.28). Contudo, não livra o sistema de severas críticas, pois a legitimidade para suscitar, no controle incidental, continua restrita à segunda instância. Defende-se que todos os juízes deveriam ser legítimos, já que estes não podem abster-se de aplicar a norma ao caso concreto. (Ibid., p. 34)

Quando a questão é suscitada em um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*. (MENDES, 2006, p. 27). O efeito retroativo, segundo Hans Kelsen, era necessário para da segurança jurídica ao sistema, visto que assim o interessado deveria saber se o efeito da sua provocação, caso procedente, era imediato. (Ibid., p. 34)

Além do controle misto, ainda há a previsão no sistema austríaco de recursos constitucionais e requerimentos governamentais. (BULOS, 2014, p. 195). O recurso tem por objeto violações a direitos garantidos constitucionalmente (*Beschwerde*), em decorrência de ato administrativo, regulamento ilegal, lei ou tratados inconstitucionais. Para interpô-lo é necessário exaurir as instâncias ordinárias. (Ibid., p. 196; MENDES, 2006, p.34). Em tese, a Corte Constitucional é competente para julgar quando o objeto for direitos garantidos pela Constituição, enquanto a Corte Administrativa protegeria os legalmente garantidos. O problema é que há hipóteses em os direitos estão garantidos tanto em leis quanto na Constituição, por isso a necessidade de exaurimento. (FAVOREU, 2004, p. 47). Pode ser questionada, no recurso, lei revogada, assim como nos casos de controle concreto. Já o controle abstrato só será sobre normas vigentes. (MENDES, 2006, p. 35)

Há ainda o recurso individual- *Individualantrag*, instituído em 1975. (MENDES, 2006, p. 34; BULOS, 2014, p. 196) Ele só pode ser utilizado se não houver outro meio apropriado para defender o direito lesado. Seus objetos são “leis e regulamentos que contrariem, de modo direito, direitos individuais”. (BULOS, 2014, p. 196)

Já os requerimentos governamentais correspondem a um controle preventivo, vez que suscitados à Corte antes da conversão do projeto em lei. A finalidade é discutir se um ato de soberania é de competência da União ou dos Estados. (BULOS, 2014, p. 196) O requerimento é feito pela União ou pelos Estados. É obrigatória a juntada do projeto de lei quando questionada competência legislativa, e nos mesmos termos no caso de regulamento. A análise da Corte será concernente apenas à questão da competência. (MENDES, 2006, p.35) “A decisão

da Corte, baseada nesse procedimento, é publicada no Boletim das Leis Federais e tem a mesma força obrigatória da norma constitucional”. (FAVOREU, 2004, p. 48)

Ainda em 1975, através da mesma revisão constitucional, inclui-se a possibilidade da suscitação acerca da constitucionalidade de lei federal ser realizada por um terço dos membros do Parlamento. (MENDES, 2006, p.34)

No que tange as omissões legislativas, a omissão total não pode ser questionada, pois a Corte Constitucional está limitada a averiguar a constitucionalidade de atos promulgados ou editados. Na inexistência do ato não pode existir controle. Todavia, no caso da omissão parcial cabe o controle, pois há uma lei ou um ato normativo, assim a inércia do legislador pode ser questionada. (MENDES, 2006, p.35) A Corte Constitucional utiliza a interpretação conforme a Constituição, assim excluindo interpretações inconstitucionais das leis, ela estabelece qual deve ser a interpretação dada a esta lei para que seja compatível com a Constituição austríaca. (BULOS, 2014, p. 197)

O Tribunal Constitucional austríaco é composto por um presidente, um vice-presidente, 12 membros titulares e seis membros suplentes. (FAVOREU, 2004, p. 42). Os quatorze membros primeiros com vitaliciedade e independência funcional. Há aposentadoria compulsória aos setenta anos. “Eles permanecem na função até 31 de dezembro do ano em que completam 70 anos”. (FAVOREU, 2004, p. 44) Para ser nomeado o membro deve ser formado em Direito ou Ciências Políticas e ter pelo menos dez anos de exercício profissional nessas formações. Não é exigida idade mínima. É vedada a filiação político partidária e o exercício de funções públicas ou privadas, excetuando-se o magistério. (TAVARES FILHO, 2009, p. 7) Os demais funcionários da Corte são nomeados pelo Chanceler. (FAVOREU, 2004, p. 45)

Os membros são escolhidos da seguinte forma: o Governo Federal propõe nomes para o presidente, o vice-presidente, seis membros titulares e três suplentes, dentre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das faculdades de Direito e Ciências Políticas; o Parlamento escolhe os outros seis membros e três suplentes, sendo que três membros e dois suplentes serão selecionados pelo Conselho Nacional (maioria qualificada) e os demais pelo Conselho Federal (maioria absoluta). (TAVARES FILHO, 2009, p. 7) A nomeação dos membros é feita pelo Presidente da Federação. Nota-se que Governo indica a maioria dos membros- oito titulares, isso pode gerar certa parcialidade. Contudo, Favoreu defende que a indicação do parlamento, em razão de acordo tácito existente entre os dois maiores

partidos da Áustria, equilibra a composição final da Corte. O mandato do presidente e do vice-presidente é de quatro anos. (FAVOREU, 2004, p. 42-43)

Antes da reforma de 1929, o presidente, o vice e a metade dos membros eram eleitos pela Câmara de Representantes e a outra metade, pelo Senado. Kelsen afirma que essa forma de nomeação garantiria independência a Corte, pois evitava que o executivo utilizasse a Corte para suprimir o Poder Legislativo, eliminando a base democrática. (KELSEN, 2003, p.307) Favoreu denomina os órgãos designadores de Conselho Nacional e Conselho Federal, as duas câmaras do parlamento austríaco. (2004, p. 42)

As decisões da Corte Constitucional devem ser tomadas pelos 14 membros, mas na prática basta a presença da maioria dos membros. São eleitos relatores para preparar as decisões, as deliberações e o voto são secretos, já as audiências são públicas. A sessão pública, modernamente, é reservada as discussões com maior importância política. No caso de empate, o Presidente tem voto de qualidade. As sessões da Corte têm duração de três a quatro semanas e ocorrem quatro vezes por ano, vez que a Corte não é permanente. Sessões extraordinárias acontecem em casos de urgência. (FAVOREU, 2004, p. 44-45)

Bulos sintetiza as características do sistema austríaco em: pode ser objeto do controle de constitucionalidade a lei federal, estadual e o regulamento emitido por autoridade administrativa; no controle abstrato só pode questionar lei vigente, as revogadas só podem ser discutidas no controle concreto por via de exceção; as omissões totais não podem ter sua inconstitucionalidade suscitadas à Corte Constitucional, já as parciais, apenas se violarem o princípio da igualdade. (2014, p. 196) Mendes não restringe o controle no caso de omissão parcial ao princípio da igualdade, apenas cita precedentes da Corte em que julgou que alterações fáticas permitiram a caracterização de omissão parcial, configurando ofensa ao princípio da isonomia. (2006, p. 35) O Tribunal Constitucional tem dotação orçamentária incluída no orçamento anual da Federação pelo Conselho Nacional. (FAVOREU, 2004, p. 45)

Mendes acrescenta que quando o objeto do controle for o regulamento editado por autoridades administrativas, o parâmetro não será só a Constituição, mas também lei ordinária. (2006, p. 35)

É importante explicar a natureza desses regulamentos administrativos no sistema austríaco. Trata-se de normas promulgadas por autoridades administrativas e não pelo parlamento. Outros países da Europa seguem a mesma sistemática, a

qual é muito diversa do vivenciado nos Estados Unidos. Os regulamentos podem basear-se nas leis ou na própria Constituição, nesta última hipótese eles figuram como substitutos das leis. A função desses regulamentos só pode ser compreendida ao entender-se que as autoridades administrativas não figuram no sistema europeu só como aplicadoras da lei, pois suas decisões têm o mesmo efeito de uma decisão judicial. Algumas autoridades administrativas, como ministros, podem editar normas como o mesmo efeito legal das leis do parlamento. Elas possuem a competência assemelhada a do legislativo. (KELSEN, 2003, p. 301-302)

Assim, os regulamentos administrativos podiam não ser simplesmente ilegais por serem contrários a certa lei (inconstitucionalidade indireta), mas inconstitucionais como as leis- baseados diretamente na Constituição. Para Kelsen, a revisão dos regulamentos tem uma importância imensurável, vez que a possibilidade de um órgão administrativo exceder seus poderes é superior à promulgação de lei inconstitucional. (KELSEN, 2003, p. 302)

Retomando as características, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via abstrata iniciam-se com a publicação da decisão e serão *ex nunc*; mas haverá retroatividade quando a declaração foi por via incidental, ou seja, por exceção. A Corte desempenha o papel de legislador negativo. (BULOS, 2014, p. 197). “A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era um ato negativo de legislação.” (KELSEN, 2003, p. 305-306) O sistema austríaco prevê o controle abstrato e concreto, além de recursos constitucionais especiais, e também uma modalidade de controle preventivo. (MENDES, 2006, p.35)

Ressalte-se que a Corte Constitucional pode anular apenas a disposição inconstitucional e não a lei em sua integralidade, desde que seja possível separá-la. (KELSEN, 2003, p. 305). A decisão por ter, em regra, efeito *ex nunc*, só gera a anulação da lei após a sua publicação, assim antes desta deve ser acolhida a opinião do legislador emitida no ato impugnado. A Corte pode estabelecer que a anulação produza seus efeitos em data posterior, prorrogando até um ano. Nesse período, o legislativo pode substituir tal lei. (KELSEN, 2003, p. 305) A Constituição austríaca dispõe que ao tribunal constitucional declarar uma lei como inconstitucional, fica obrigado o Chanceler Federal ou o Governador Regional competente a publicar a sua anulação, esta entrará em vigor no dia da publicação,

exceto nos casos em que o Tribunal estipular prazo para expiração da sua vigência. (HIGHTON, 2016, p. 110)

As atribuições do Tribunal Constitucional austríaco não se restringem ao controle de constitucionalidade. Ele julga os litígios envolvendo as principais eleições, dos deputados para o Conselho Nacional, das assembleias estaduais, do Presidente e do Poder Executivo dos Estados. Aprecia a regularidade dos referendos. Examina os conflitos entre jurisdições- jurisdições ordinárias e outras, entre autoridades administrativas- Federação e Estados, etc. Zela pelo equilíbrio da Federação. (FAVOREU, 2004, p. 45-46)

Críticos alegam que a jurisdição constitucional austríaca teve seu desenvolvimento podado pela sua base positivista- sem espaço para juízos subjetivos. Isso gerou uma grande liberdade para o legislativo, visto que se entendia que valorações não caberiam ao juízo constitucional, sob pena de deturpar o sistema com a substituição do legislador. Nota-se uma leve mudança no posicionamento da corte, mas muito distante da aplicação do direito natural ou supra positivo para o controle de constitucionalidade, como ocorre no sistema alemão. (MENDES, 2006, p.36; BULOS, 2014, p. 196)

Apesar de existirem críticas acerca do sistema austríaco, não se pode negar que ele influenciou diversos ordenamentos jurídicos e o pensamento constitucional mundial. (BULOS, 2014, p. 196). Favoreu defende que os juízes austríacos, assim como os franceses, são os que exercem função mais assemelhada ao modelo kelseniano. (2004, p. 38)

### **2.2.2.2 O Sistema Alemão**

É importante analisar o sistema alemão, pois como dito anteriormente, Barroso afirma que o mesmo foi primordial para a disseminação do modelo kelseniano pela Europa, em razão do prestígio do Tribunal Constitucional alemão (2012, p. 79). O primeiro projeto de uma Corte Constitucional foi esboçado na Constituição de 1849, a qual não foi promulgada. A ideia era centralizar, confiando a defesa ao Tribunal do Império. (MENDES, 2014, p. 28) As atribuições deste tribunal seriam amplas e importantes, entre elas caberia a ele dirimir controvérsias entre o Império e os seus estados-membros, bem como dos estados-membros entre si; resolver problemas entre os órgãos supremos do Império acerca do alcance e

sentido dos dispositivos constitucionais; decidir sobre a lesão de direitos fundamentais dos cidadãos etc. Contudo, como já dito, esse Tribunal nunca iniciou suas atividades. (CERVANTES, 1999, p. 359)

A Constituição de Weimar “consagrou uma autêntica instância judicial para decisão de conflitos constitucionais nos Estados, para conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central” (MENDES, 2014, p. 28) com a instituição do Tribunal de Justiça do Estado. Bulos afirma que apesar de prever um Tribunal de Justiça Constitucional, este não tinha o papel de uma Corte Constitucional, por não ser competente para realizar o controle de constitucionalidade das leis. (BULOS, 2014, p. 195) Mendes não nega a sua natureza de jurisdição constitucional, apenas leciona que não houve o monopólio da jurisdição constitucional por este Tribunal, pois cabia ao Supremo Tribunal do *Reich* e o Tribunal de Finanças a capacidade de verificar a compatibilidade do direito estadual com o federal. (MENDES, 2014, p. 28)

Cervantes é mais enfático ao defender que a origem da justiça constitucional alemã deu-se com a Constituição de 1919, através da criação do Tribunal de Justiça do Estado. Ele apontou outras atribuições deste tribunal, além da resolução de conflitos entre os estados e entre estes e a Federação, como julgar os litígios constitucionais no interior dos Estados, desde que não tenha caráter jurídico privado; analisar controvérsias constitucionais nos estados em que não haja tribunal competente; decidir recursos interpostos pelo Presidente, Chanceler e Ministros sobre o desenvolvimento jurídico do Estado Constitucional. (1999, p. 359)

O objetivo da sua criação era resolver os problemas da estrutura federal do Estado. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado não desempenhou o seu papel tão importante no desenvolvimento constitucional alemão. Uma das deficiências responsáveis foi a incompetência para verificar a constitucionalidade das leis e as alegações de lesão dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo que o único controle de constitucionalidade cabia ao Suprema Tribunal do *Reich*. Além disso, a controle de constitucionalidade acabava sendo confiado, na realidade, ao parlamento, pois durante a discussão dos projetos de lei que examinavam sua constitucionalidade, sendo que quando promulgada a sua aplicação pelos juízes e tribunais era inevitável. (CERVANTES, 1999, p. 360) Cappelletti leciona que na vigência da Constituição de Weimar a Alemanha teve uma “breve experiência de controle do tipo ‘americano’.” (1999, p. 71-72)

Em 1924, no 33º Congresso de Juristas Alemães, discutia-se e exigia-se a ampliação da competência do Tribunal de Justiça, abarcando as questões constitucionais federais. Já no 34º Congresso, apresentou-se uma proposta de ampliação concernente em incluir na competência do Tribunal o poder de decidir sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais e a constitucionalidade das leis federais. Em concordância com essa proposta foi confeccionado projeto de alteração constitucional, mas não houve efeito prático por causa da crise política já iniciada. (MENDES, 2014, p. 29)

Mendes ainda cita controvérsia sobre a previsão de controle incidental de constitucionalidade:

No começo da República de Weimar, revelou-se extremamente controvertida a possibilidade de um controle incidental de constitucionalidade. Não subsistia dúvida, então, quanto à legitimidade de aferição judicial da compatibilidade do direito estadual com o direito federal (Constituição de Weimar, art. 13, II), sobre o exame da constitucionalidade do direito pré-constitucional, bem como sobre a aferição da legitimidade dos regulamentos. A admissibilidade do controle judicial incidental de constitucionalidade somente foi reconhecida no acórdão do Reichsgericht de 4 de novembro de 1925. (MENDES, 2014, p. 28)

Contudo, Favoreu aponta para o caráter difuso do controle de constitucionalidade, pois leciona que a verificação da constitucionalidade das leis cabia aos juízes ordinários da Alemanha. Eles iniciaram essa verificação, apenas no aspecto formal, após decisão do Tribunal do *Reich* de 4 de novembro de 1925, apesar de já estarem autorizados pela Constituição de Weimar. (FAVOREU, 2004, p. 19) Ou seja, Favoreu e Mendes tratam da mesma decisão, mas o primeiro leciona que a decisão iniciou o controle difuso, enquanto Mendes fala em controle incidental. E como se sabe não se pode confundir um com o outro, apesar de se combinarem em muitos casos, como no Brasil. Entretanto, há controle incidental de forma concentrada.

Ultrapassando essa controvérsia, sabe-se que os controles previstos não foram suficientes para barrar as violações sofridas e os desrespeitos aos direitos fundamentais. Esse fato justifica, em parte, a adoção do modelo kelseniano após o fim da guerra, afastando-se as reflexões de Carl Schmitt. (FAVOREU, 2004, p. 19)

Tanto Carl Schmitt como Kelsen eram expoentes da Teoria do Estado e da teoria Constitucional germânica. Carl Schmitt retoma a ideia de júri constitucional de Sieyès- a justiça constitucional fundamentada em uma espécie de júri constitucional

que atuaria como um legislador negativo através de vetos. Schmitt reformula a ideia, atribuindo o poder de legislador negativo ao Presidente do Reich, justificando que este deveria ser o defensor da constituição, pois é quem melhor representa a vontade e soberania da nação. (DALLA VIA, 2016, p. 447) O Presidente, para ele, seria “a personalidade encarnada do guardião da Constituição” (SAMPAIO, 2002, p. 37)

Ele se opõe ao modelo de controle constitucional de Kelsen, alegando que ao cabe ao Chefe de Estado a atividade de controle, pois é política, não a juízes ou uma corte singular. Defendia que o controle pelo poder judiciário geraria uma politização da justiça, enquanto o Chefe de Estado atuaria como um poder neutro e por representar a unidade do povo alemão. Essa discussão entre as ideias de Schmitt e Kelsen deu-se ainda na vigência da Constituição de 1919. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.22) O primeiro transforma-se em um doutrinário do autoritarismo nacional socialista, enquanto Kelsen, em um defensor dos ideais democráticos. (DALLA VIA, 2016, p. 447) Kelsen mostrava-se preocupado em resguardar os valores democráticos através do Direito. (SAMPAIO, 2002, p. 37)

A criação de um verdadeiro tribunal constitucional tem estreita vinculação com o vivenciado em virtude do nazismo, bem como a escolha pelo modelo kelseniano ao invés do norte-americano. A confiança nos juízes ordinários foi abalada e esvaziada a preocupação em não ferir a soberania do legislativo, já que este mostrou que poderia ser arbitrário e incapaz de proteger os direitos fundamentais, por isso a necessidade de controlar seus atos. (FAVOREU, 2004, p. 23-59)

Os juízes ordinários durante o nazismo limitaram-se a aplicar o direito positivo vigente, não se preocuparam com os direitos fundamentais já consagrados. Assim, a criação do Tribunal Constitucional Alemão tinha por objeto a Lei Fundamental de Bonn de 1948 e os direitos fundamentais estabelecidos, e não poderia ser formado pelos juízes do antigo regime. (DALLA VIA, 2016, p. 450)

Após a entrada em vigor da Lei Fundamental que o Governo Federal iniciou a elaboração da lei que criou o Tribunal Constitucional Federal, a qual foi promulgada em 16 de abril de 1951 e estabelece as funções do tribunal. Em razão das experiências anteriores, preocupou-se em especificar a sua função de controlar a constitucionalidade das leis. (CERVANTES, 1999, p. 361) A lei disciplina a organização e o processo da Corte Constitucional da Alemanha com competência

para realizar o controle abstrato das leis. (MENDES, 2014, p. 25; BULOS, 2014, p. 195; FAVOREU, 2004, p. 59) Bulos salienta que não há nos registros da Assembleia Constituinte qualquer menção que confirme a influência dos ensinamentos de Kelsen na definição da Corte Constitucional. (2014, p. 195) Todavia, sabe-se que a ideia de criação de um Tribunal Constitucional- um órgão próprio- para realização de forma concentrada do controle das leis advém do modelo austríaco, cujo idealizador foi Kelsen.

Na Assembleia Constitucional recusou-se a proposição de criação de um Tribunal Supremo que combinasse as competências de jurisdição constitucional e de última instância da jurisdição ordinária. Preferiu-se a adoção de um Tribunal autônomo. (MENDES, 2014, p. 29). Contudo, torna evidente a influência do modelo norte-americano- de uma Suprema Corte, por mais que a ideia não tenha prosperado e que não haja registros nas propostas da assembleia da influência, expressa, do modelo estadunidense. (Ibid., p. 30)

O Tribunal Constitucional alemão é tratado no mesmo título referente ao Poder judiciário na Lei Fundamental, esta em seu artigo 92 dispõe que o Poder Judiciário é confiado aos juízes e exercido pelo Tribunal Constitucional e pelos outros Tribunais Federais e Estaduais existentes. Assim, o Tribunal Constitucional alemão, diferente das demais cortes constitucionais, tem um caráter duplo. Ele é um órgão constitucional que não está subordinado a nenhum órgão estatal, é autônomo e independente dos demais órgãos constitucionais, não é submetido a qualquer vigilância ou intervenção, e seus juízes possuem estatuto próprio. Ao mesmo tempo, é um tribunal judicial da Federação, vez que integra o poder judiciário. (CERVANTES, 1999, p. 376)

A lei Fundamental de Bonn e a Lei do Tribunal Constitucional alemão elencam de maneira exaustiva os processos que podem ser apreciados pelo mesmo, essencialmente a primeira. O Tribunal Constitucional pode editar regimento com normas processuais supletivas, mas isso não significa que tenha autonomia processual. (MENDES, 2006, p. 37-38). Os Códigos de Processo Civil e Penal também podem ser aplicados na ausência de disposição específica sobre o procedimento. (FAVOREU, 2004, p. 62)

Ao Tribunal Constitucional foi incumbida a função de guardar a Constituição, abarcando além do controle de constitucionalidade das leis e declaração de nulidade

das leis inconstitucionais, a resolução dos conflitos federal e o controle das decisões judiciais e administrativas. (CERVANTES, 1999, p. 361)

Os Estados Federados alemães também podem instituir sua própria justiça constitucional- Tribunais Constitucionais estaduais (MENDES, 2006, p.37) Várias Cortes Constitucionais foram instaladas nos cinco primeiros anos de vigor da Lei Fundamental. (FAVOREU, 2004, p. 59). É importante informar que o Tribunal Constitucional Alemão tem autonomia administrativa e financeira, sendo seu orçamento inscrito em dotação diversa da dos demais órgãos. (Ibid., p. 62)

O Tribunal Constitucional Alemão é composto por dezesseis membros, incluídos o presidente e o vice-presidente. Os membros têm mandato de doze anos, sendo vedada reeleição, e garantia de não-destituição e inamovibilidade. O Tribunal é dividido em duas câmaras ou senados, cada uma com oito membros. Metade dos membros é eleito pelo parlamento (ou Câmara dos Deputados- *Bundestag*) e a outra, pelo Conselho Federal (Senado- *Bundesrat*), por maioria de dois terços. O Presidente o vice são eleitos alternativamente pelo Parlamento e pelo Conselho Federal (BULOS, 2014, p. 198; FAVOREU, 2004, p. 59-60; TAVARES FILHO, 2009, p. 9). Os membros após serem eleitos são nomeados pelo Presidente da República, ato com “significado meramente declaratório” (MENDES, 2014, p. 27)

Cada câmara é presidida pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente e não é possível a troca de membros entre as câmaras. É atribuída função específica para cada uma das câmaras. (FAVOREU, 2004, p. 61) Todavia, em caso de urgência para apreciação de um processo e a ausência do quórum necessário, em razão de afastamento ou impedimento de um membro, pode-se substituir um membro por outro da câmara diversa. (MENDES, 2014, p. 26)

Dentre os membros, seis (ou três em cada câmara) devem ser magistrados pertencentes, em exercício há mais de três anos, a uma das cinco jurisdições superiores- Corte de Cassação, Tribunal Administrativo Federal, Suprema Corte Federal, Tribunal Federal do Trabalho e Corte Federal de Arbitragem Social. Para a escolha dos demais membros exige-se idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito anos, e que tenha os diplomas exigidos para magistratura e os direitos políticos para acesso ao legislativo federal. É vedado aos membros o exercício de qualquer atividade profissional, excetuando-se a docência superior, sob a condição de estar em primeiro plano sua atividade de juiz constitucional. (FAVOREU, 2004, p. 60-61; TAVARES FILHO, 2009, p. 10) Mendes vai além ao

afirmar que sessenta e oito anos não é só a idade máxima, mas que quando se atinge esta idade há a aposentadoria compulsória do membro. (2014, p. 26)

O interessante que só na Alemanha há essa limitação, em nenhum outro país que conta com Tribunal Constitucional estabelece-se uma idade máxima, na Itália, por exemplo, podem ser eleitos membros já aposentados, há um receio expresso no campo doutrinário, pois membros mais velhos tendem a ter uma postura mais conservadora, o que pode representar uma ameaça aos direitos fundamentais. (ZAMORA, 2007, p. 15) Na Alemanha também não há renovações periódicas dos membros como na Espanha, Itália e França, em que a cada três anos parte dos membros são substituídos. Naquela a renovação se dá ao termo dos doze anos ou quando o membro atinge sessenta e oito anos. (Ibid., p. 16)

Quanto à qualificação dos membros, Zamora afirma que o artigo 3.2 da Lei de 1951 dispõe que os juízes constitucionais devem possuir a aptidão para exercer suas funções ou ter obtido, através de exames aplicados pelo Estado, a aptidão para exercer as altas funções administrativas, ou distinguir-se pelo seu conhecimento no campo do Direito Público e ter experiência na vida pública. Excetuando-se os juízes que deverão ter exercido atividades por ao menos três anos em um dos cinco tribunais federais. Essas exigências buscam garantir uma homogeneidade e uma continuidade nos trabalhos exercidos na jurisdição constitucional. (2007, p. 13-14)

Compete ao Tribunal Constitucional o controle abstrato e concreto da constitucionalidade das normas de forma concentrada. (TAVARES FILHO, 2009, p. 10). Ele só atua se for provocado- princípio do pedido. Essa característica diferencia a jurisdição constitucional de outras atividades de cunho apenas político, é vedada à Corte Constitucional tomar iniciativa. O princípio do pedido é pressuposto e característica da Corte Constitucional na sua função de guardar a Constituição, de maneira a restringir sua supremacia. No que tange ao pedido de desistência do suscitante, ele não é capaz de encerrar por si só a extinção do feito. (MENDES, 2014, p. 103-104) É importante lembrar que o interesse no controle de constitucionalidade é público, pois se discute a validade ou não de disposição legislativa, e não interesse particular e individual do suscitante.

No controle abstrato das normas, a suscitação é realizada pelo Governo Federal, Estadual ou um terço dos membros do parlamento federal. O objetivo é verificar se há harmonia entre o disposto no direito federal e estadual e as normas constitucionais. (BULOS, 2014, p. 198; MENDES, 2006, p. 37-38; FAVOREU, 2004,

p. 67). Até 2008 exigia-se um terço do parlamento, mas uma alteração constitucional reduziu para um quarto dos membros. O Governo Federal é representado pelo Ministro titular da pasta sobre o assunto. (MENDES, 2014, p. 128-129). Não há prazo para realizar a suscitação do controle abstrato, apenas exige-se, em regra, que a norma questionada esteja em vigor. As exceções são os controles preventivos que serão abaixo tratados e o controle de certas normas revogadas. (Ibid., p. 104-142). A limitação dos legitimados para suscitar a Corte é justificada pela necessidade de evitar a sobrecarga de ações no Tribunal e limitar sua atuação para causas mais relevantes. (Ibid., p. 126-127)

Considera-se direito federal, de forma não exaustiva, as leis federais de qualquer espécie, tanto pré quanto pós-constitucionais; normas gerais de direito internacional público incorporadas pelo sistema federal; as leis de aprovação de tratados; leis formais, como lei orçamentária; regulamento do Governo Federal, de Ministério Federal, Delegatório da União ou autarquias; atos normativos referentes ao estado de necessidade ou a situação de defesa; o direito consuetudinário vigente em todo território nacional; acordos trabalhistas de eficácia ampla e geral. As constituições estaduais, as leis formais estaduais, as resoluções das assembleias legislativas, o direito consuetudinário estadual são tidos como direito estadual (MENDES, 2014, p. 138-140)

Para a ação direta ser proposta é necessária a demonstração de dúvida ou controvérsia acerca da congruência, material e formal, do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou o direito federal. (MENDES, 2014, p.101). A configuração da dúvida ou da controvérsia é pressuposto de admissibilidade da suscitação de controle abstrato. Devem existir discussões e entendimentos diversos acerca da constitucionalidade de uma lei. A dúvida significa insegurança sobre a validade de uma lei, não a negação da sua validade e nem uma simples hesitação sobre a mesma. Já na controvérsia existe divergência de entendimentos. Não é obrigatório que na controvérsia figure o legitimado para a proposição do controle abstrato. (Ibid., p. 130-132) A finalidade dessa demonstração é evitar que questões com consequências só teóricas ou mesmo irrelevantes sejam suscitadas à Corte Constitucional. “Presentes esses pressupostos, estará, então, demonstrado que há interesse público ou necessidade pública de controle” (Ibid., p. 133)

O interessante é que inclusive dispositivos constitucionais podem ser questionados acerca da forma e do conteúdo. Favoreu, para exemplificar, cita o controle realizado pelo Tribunal Constitucional da lei constitucional de 27 de junho de 1968 que alterava o artigo da Lei Fundamental. (2004, 67) Então, pode ser objeto de controle abstrato o direito constitucional secundário, já que a possibilidade de controle do direito constitucional primário não é pacífica. (MENDES, 2014, p. 138) Essa característica é bastante polêmica, por criar diferenças hierárquicas entre disposições constitucionais de acordo com o poder que a emitiu, se foi a assembleia ou o poder constituinte.

[...] autores como Loewenstein e Barthélemy, advogam a tese da indistinção entre Poder Constituinte Originário e de Reforma, já que o exercício, em democracias, é igual – isto é, escolha popular de representantes eleitos. Nesses termos, a soberania popular seria contínua e permanente, e com isso sua externalização seria sempre atual e os representantes do povo exerceriam, no momento de modificação da Constituição o mesmo papel que desempenharam na feitura da Constituição. (FERNANDES, 2011, p. 131)

O objetivo do controle abstrato de constitucionalidade não é apenas anular lei incompatível, mas também confirmar sua compatibilidade e, conseqüente, obrigação de ser aplicada pelas autoridades públicas. (FAVOREU, 2004, p. 68) Quando a Corte examina a norma questionada, ela não se restringe aos argumentos da suscitação, mas analisa a norma como um todo. (MENDES, 2014, p. 145-146)

O paradigma do controle abstrato é, em tese, a Lei Fundamental. Nesta estão incluídas, além dos dispositivos da constituição escrita, os princípios constantes no seu texto e derivados do mesmo (princípio da democracia, do Estado de Direito, federativo), o preâmbulo da constituição, os dispositivos da Constituição de Weimar incorporados pela Lei Fundamental. Já os parâmetros supra positivos, apesar de reconhecida a sua existência, não se reconhece a sua utilização pela Corte como paradigma. (MENDES, 2014, p. 146-152) Quando o controle do direito estadual tem como paradigma o direito federal, busca-se a defesa da ordem federal. (Ibid., p. 153)

No controle concreto das normas, um tribunal, ao reputar que uma lei é inconstitucional, deve suspender o processo litigioso e suscitar o Tribunal Constitucional sobre a questão. Esse tipo de controle também pode ser suscitado no caso de divergência interpretativa entre os tribunais estaduais ou destes com a

própria Corte Constitucional. (BULOS, 2014, p. 199). Então, no controle concreto a suscitação cabe a um Tribunal e não as partes. O objeto de discussão será lei publicada após a Lei Fundamental e dissídios jurisprudenciais. (MENDES, 2006, p.38) O Tribunal que decide se é necessária a remessa ao Tribunal Constitucional, independente do desejo expressado pelas partes. (FAVOREU, 2004, p. 68)

Foi em 1956 que se autorizou a remessa por todos os tribunais, antes cabia apenas aos tribunais superiores, como isso os demais tribunais suscitavam a Corte Constitucional por intermédio dos Tribunais Superiores e estes realizavam uma filtragem, selecionando os recursos que seriam remetidos à Corte. Atualmente, essa filtragem é realizada pela própria Corte através de uma câmara formada por três membros. Favoreu levanta uma semelhança entre esse controle e o controle difuso: “a remessa é decidida pelo juiz independente das conclusões das partes”. (2004, p. 68)

Na Alemanha, instituiu-se ainda o recurso constitucional. Ele foi previsto pela lei de 12 de março de 1951 e constitucionalizado pela Revisão Constitucional de 1969, nos dizeres de Favoreu (2004, p. 65) Esse recurso é interposto por qualquer indivíduo diretamente o Tribunal Constitucional, depois de esgotadas as demais vias recursais, desde que sinta que seus direitos fundamentais foram violados pelo poder público. O recurso constitucional é o instrumento mais utilizado para suscitar o Tribunal Constitucional. Tal fato justifica-se pela importância da questão dos direitos fundamentais no sistema alemão. (FAVOREU, 2004, p. 37; TAVARES FILHO, 2009, p. 10)

A proteção dos direitos fundamentais é um destaque do sistema alemão, eles “formam uma ordem jurídica objetiva que deve ser interpretada [...] como um sistema coerente e completo de valores que visa à proteção da dignidade da pessoa humana e o seu livre desenvolvimento” (FAVOREU, 2004, p. 11)

Os direitos fundamentais na Alemanha não são considerados como simples direitos subjetivos a proteger os particulares dos atos estatais, eles têm viés objetivo, pois figuram como sistema de valor que se impõe aos poderes estatais (legislativo, judiciário e executivo). Por isso, podem ser discutidos nas relações entre os particulares, não sendo obrigatória a presença de ato estatal. Os direitos econômicos e sociais não estão incluídos nos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, apesar de constarem na Lei Fundamental, em razão da dificuldade de serem vistos como direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Já as

liberdades clássicas; como de expressão, religião, reunião, ensino, associação etc.; foram todas já interpretadas pela Corte Constitucional. Estes direitos fundamentais só podem ser limitados pela Lei Fundamental, enquanto outros podem ser restringidos também por lei ordinária. (FAVOREU, 2004, p. 73-75)

Para interposição do recurso constitucional é necessário demonstrar o exaurimento da via judicial e o respeito ao princípio da subsidiariedade. A recepção do mesmo pela Corte Constitucional é analisada por uma câmara formada por três membros, a qual pode recusá-lo em decisão unânime. Mendes afirma que “97% dos recursos são recusados por essas câmaras. Por outro lado, o recurso constitucional perfaz 95% do trabalho do Tribunal. Somente 2,7% dos recursos constitucionais têm êxito” (2006, p. 38). Os municípios e associações comunais também são legitimados para interpor o recurso constitucional contra lei que ofenda o direito de autoadministração. (Ibid., p. 38)

Como dito, o objeto desse recurso é a lesão dos direitos fundamentais do indivíduo pelos poderes públicos. O ato violador pode ser uma lei, mas também um ato administrativo, regulamentar ou individual, ou um ato jurisdicional. Favoreu leciona que o recurso constitucional tem duas funções. Permitir que os indivíduos suscitem o controle de constitucionalidade de uma lei em casos extremos. E admitir que o indivíduo recorra do julgamento de um Tribunal superior, contestando sua constitucionalidade. (FAVOREU, 2004, p. 65-66)

O problema é que a maioria dos recursos constitucionais figura na segunda hipótese: contra os julgamentos dos Tribunais Superiores. Favoreu afirma que o Tribunal Constitucional alemão tornou-se uma super Corte de Cassação, pois o recurso constitucional é utilizado principalmente no combate de decisões judiciais, figurando como uma terceira ou quarta instância. Deixa de se restringir apenas ao controle de constitucionalidade e preocupa-se em controlar a aplicação das leis. (2004, p. 38) A Corte Constitucional passa a influenciar todo o direito alemão, já que atua como uma jurisdição superior que uniformiza a interpretação das normas constitucionais que serão aplicadas pelos tribunais superiores. (Ibid., p. 66)

Segundo a jurisprudência do Tribunal, o recurso constitucional não representa um remédio adicional para os processos submetidos à jurisdição ordinária, mas instrumento constitucional extraordinário, que permite afastar ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo Poder Público. (MENDES, 2014, p. 32)

Outro aspecto interessante é que quando o recurso for contra ato administrativo ou jurisdicional, a Corte pode de ofício decidir sobre a inconstitucionalidade da lei aplicada nesses atos. (FAVOREU, 2004, p. 71) As decisões são tomadas por maioria dos presentes e o quórum para deliberação é de seis membros. No caso de empate, não é reconhecida à ofensa. (MENDES, 2014, p. 27) A decisão sobre o cabimento do recurso constitucional é dada por câmaras formadas por três membros. (Ibid., p. 25)

Quanto ao efeito das decisões da Corte Constitucional, a proferida no Recurso Constitucional anula a decisão ou ato administrativo. No controle abstrato ou concreto, ela tem efeito *ex tunc*, em regra. (TAVARES FILHO, 2009, p. 10) A declaração de inconstitucionalidade da lei tem, então, efeito retroativo. Ela também tem efeito *erga omnes*, devendo ser publicada no Diário Oficial. (FAVOREU, 2004, p. 68) Apenas 1970 admitiu-se a publicação do voto vencido. (MENDES, 2014, p. 27)

Defende-se que a publicação das decisões e a força de lei dada ao julgado (efeito *erga omnes*) não advém do modelo kelseniano, mas da própria tradição alemã, a qual antecede Kelsen, pois já em 1850, projeto de lei previa que decisão sobre inconstitucionalidade de uma lei deveria ser publicada por órgão oficial e que a publicação suspende a eficácia dessa lei- força de lei da decisão. (MENDES, 2014, p. 30)

Apesar da inconstitucionalidade da lei gerar a sua anulação, nota-se cada vez mais a adoção de medidas menos gravosas, pois como seus efeitos são retroativos e *erga omnes* afetam uma enormidade de atos de outrem. Em certos julgamentos, a Corte opta por modular os efeitos. Mesmo as anulações parciais são evitadas. Prefere-se realizar uma anulação parcial qualitativa, em que são excluídas formas de aplicação da lei. Em 1955, adotou-se a interpretação conforme a Constituição em que condiciona a aplicação da lei de acordo com a interpretação dada pelo juiz constitucional. Para a adoção desta técnica é necessário manter o sentido e a finalidade da lei. Há ainda a anulação diferida, na qual a lei torna-se inconstitucional, então a Corte não a anula, mas determina que seja modificada. (FAVOREU, 2004, p. 71-72)

O sistema alemão conta também com um controle preventivo de constitucionalidade. A lei que aprova tratado pode ter seu controle suscitado à Corte antes da sua promulgação. “Enfatiza o Tribunal o perigo de que se desenvolvam

obrigações internacionais que somente possam ser cumpridas em desobediência à Constituição”. (MENDES, 2014, p. 141) Outra hipótese é quando há a recusa na promulgação de uma lei e outro órgão, contrário a tal recusa, remete para análise da Corte. Esta verifica, inicialmente, a constitucionalidade da norma, para depois analisar a constitucionalidade dos motivos da recusa. A Corte também pode suspender a entrada em vigor de uma norma por despacho provisório até que profira decisão final. (FAVOREU, 2004, p. 66-67)

A Corte Constitucional alemã também atua como um tribunal eleitoral. Cabe ao parlamento julgar os poderes de seus próprios membros e declarar a perda de mandato dos mesmos, assim como o controle das eleições. Desta decisão e deste controle pode-se recorrer ao Tribunal Constitucional que atua como juízo de apelação. (FAVOREU, 2004, p. 63-73; MENDES, 2006, p. 38).

A Corte pode ainda julgar o Presidente da República por violação dolosa da Lei Fundamental ou de lei federal, assim como os magistrados federais. Declarar a perda de direitos fundamentais quando houver abuso de direito de liberdade de expressão, de propriedade e de asilo em desfavor da liberdade e da democracia. Este último pedido deve ser formulado pelo Governo Federal, pelo parlamento ou por um governo estadual. Decidir pela proibição de partidos por violação dos princípios da Lei Fundamental, por ameaça aos fundamentos democráticos ou por colocarem em risco a existência da República Federativa da Alemanha; sendo legítimos para requerer o Governo Federal, a Câmara de Deputados e o Senado. (FAVOREU, 2004, p. 63-64; MENDES, 2006, p. 38)

O Tribunal Constitucional é competente também para julgar conflito entre órgãos e conflitos federativos, não havendo outra via judicial cabível. No último caso, analisa conflito de competência entre a Federação e os Estados ou entre os Estados em si. Na hipótese de conflito entre órgãos deve existir uma discordância acerca da interpretação de uma norma constitucional e sua aplicação a um caso concreto determinado. São considerados órgãos constitucionais o Presidente da Federação, o Governo Federal, as duas câmaras. (FAVOREU, 2004, p. 64; MENDES, 2006, p.37)

Cabe também à Corte Constitucional verificar se uma lei integra ou não o direito federal, em miúdos, o processo denominado de qualificação da norma. Neste a Corte é suscitada por uma autoridade pública acerca da aplicação ou não de norma federal ou estadual anterior à Constituição; a inclusão de norma de direito internacional público na esfera do direito federal; e a derrogação por um Tribunal

Constitucional Estadual, através da interpretação da Lei Fundamental, de decisão da Corte Constitucional alemã ou de Corte Constitucional de outro Estado. (BULOS, 2014, p. 199; MENDES, 2006, p. 38; FAVOREU, 2004, p. 65)

Bulos ainda acrescenta uma característica curiosa do sistema alemão que ele denomina de *controle de prognoses legislativas*, que explica da seguinte forma:

o Tribunal Constitucional alemão procede à análise dos "fatos legislativos históricos" (historische Tatsache) , dos "fatos atuais" (gegenwärtige Tatsachen) e dos "eventos futuros" (zukünftige) . Desse modo, perquire os fatores estáveis e dinâmicos do litígio, verifica as tendências, indagando sobre a verdadeira intenção das partes envolvidas na demanda. É como se a Corte combinasse a racionalidade do ato de julgar com a intuição dos juízes. (BULOS, 2014, p. 199, aspas do autor)

O Tribunal Constitucional alemão influencia toda a ordem jurídica, pois há a possibilidade de lhe ser remetida qualquer decisão judicial ou administrativa que desrespeite sua interpretação. A Corte Constitucional pode verificar se os tribunais ordinários estão respeitando a sua interpretação dos dispositivos constitucionais, através dos recursos constitucionais. Isso gera unidade na interpretação constitucional, em especial dos direitos fundamentais. Influência também a ordem política, vez que soluciona conflitos entre órgãos e entre os Estados e a Federação buscando estabilizar conflitos e integrar os entes. Controla ainda as ações governamentais. (FAVOREU, 2004, p. 75-76)

### 3 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

Antes de tratar do Conselho Constitucional, far-se-á um apanhado das características do Direito Francês. Marques aponta algumas: concepção de direito ligada à realização de justiça; regra jurídica com alto grau de abstração e generalidade; primazia do direito substantivo sobre o processual; competência legislativa do parlamento e governamental; primado da lei; jurisdição ordinária em três níveis- 1ª e 2ª instância e tribunal supremo uniformizador da jurisprudência; existência de jurisdição administrativa, competente para controlar a legalidade dos atos da Administração Pública. (2001, p. 24-25)

O Conselho Constitucional não se trata de uma corte suprema que está acima do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação. O Conselho Constitucional foi criado pela Constituição Francesa de 1958- Quinta República, ele é composto por nove membros, além de contar com os ex-presidentes da República como membros natos. (BARROSO, 2012, p. 43) Ele é regido pelo título VII da Constituição, os seus artigos dispõem sobre as competências do Conselho, como a de controlar a constitucionalidade e a legitimidade das eleições presidenciais e parlamentares. Também disciplinado pela Lei Orgânica publicada em 1958<sup>7</sup>. (CERVANTES, 1999, p. 386)

Ele se manifestava previamente à promulgação de determinadas lei, contudo a reforma constitucional de 2008 promoveu grandes alterações, como a previsão do

---

<sup>7</sup> **Article 13**

*Le Conseil constitutionnel se réunit sur la convocation de son président ou en cas d'empêchement de celui-ci sur la convocation du plus âgé de ses membres.*

**Article 14**

*Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal.*

**Article 15**

*Un décret pris en conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel, détermine l'organisation du secrétariat général.*

**Article 16**

*Les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil constitutionnel sont inscrits au budget général. Le président est ordonnateur des dépenses.*

**Article 36**

*Le Conseil constitutionnel forme, en son sein, trois sections composées chacune de trois membres désignés par le sort. Il est procédé à des tirages au sort séparés entre les membres nommés par le Président de la République, entre les membres nommés par le président du Sénat et entre les membres nommés par le président de l'Assemblée nationale.*

*Chaque année, dans la première quinzaine d'octobre, le Conseil constitutionnel arrête une liste de dix rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes du conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la cour des comptes.*

*Les rapporteurs adjoints n'ont pas voix délibérative.*(FRANÇA, 1958a)

controle de constitucionalidade de leis já vigentes. (BARROSO, 2012, p. 43) O Sistema francês sempre atraiu muita atenção no cenário europeu, pois optou por adotar um Conselho Constitucional para realizar o controle da constitucionalidade antes da promulgação das leis, sendo muito forte nesse sistema a hostilidade à ideia de controle das leis e muito forte aceitação da teoria dos atos de governo<sup>8</sup>. (SAMPAIO, 2002, 300)

A teoria dos atos de governo que se desenvolveu na França excluía atos relacionais do Executivo e do Legislativo do controle jurisdicional, como os litígios envolvendo seus membros ou o contencioso das operações anteriores à eleição, os atos parlamentares com natureza não legislativa. (SAMPAIO, 2002, p. 304) O Conselho de Estado<sup>9</sup> não analisava o mérito da questão alegando o seu caráter político. (MEDAUAR, 1993, p. 69-70) Contudo, essa teoria foi sendo superada, em especial após decisão de 1875 do Conselho de Estado (processo nº 46707), na qual substituiu a noção de motivo político pela de atos mistos. (SAMPAIO, 2002, p. 304) Decidiu-se que um título concedido pelo Imperador não poderia ser revogado pelo príncipe.

Cabe ao Conselho Constitucional Francês julgar a constitucionalidade das leis. A Constituição francesa apenas previa um controle antes da entrada em vigor da lei. Essa característica diferenciava este modelo de controle dos demais existentes. Todavia, após a reforma constitucional de 2008, passou-se a prever um controle *a posteriori*, o qual apenas se efetivou em 2010. Ou seja, hoje, o Conselho Constitucional é provocado para fazer tanto o controle das leis antes, como após a sua entrada em vigor. Como o controle de constitucionalidade é mais rico em detalhes será tratado em item próprio.

O campo jurisdicional do Conselho Constitucional de atuação em atos *interna corporis*<sup>10</sup> é muito mais amplo que dos demais Tribunais Constitucionais

---

<sup>8</sup> Medauar diz: “Nas palavras de Virally ‘a existência de atos de governo, atestada pela doutrina tradicional, constitui surpreendente desafio à razão e ao direito, verdadeiro objeto de escândalo. Rebeldes a toda definição, os atos de governo escapariam a toda norma e a todo controle’.” (1993, p. 67)

<sup>9</sup> Segundo Medauar: “A teoria do ato de governo surgiu na França em decorrência de decisões do Conselho de Estado que rejeitavam apreciar determinados atos do Executivo com a seguinte fórmula: ‘atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa’.” (1993, p. 68-69)

<sup>10</sup> Sampaio apresenta uma tipologia dos atos *interna corporis* como: “o mérito das decisões ou deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, em matéria de organização e funcionamento, como a eleição dos integrantes da Mesa e comissões, a elaboração de Regimento” (2002, p. 309) O autor define ainda como “aqueles adotados por quem tenha competência, nos limites definidos pela

européus, pois ele é competente para examinar os regulamentos das Assembleias, como será visto neste capítulo. (SAMPAIO, 2002, p. 301) Apesar da competência alargada, deve-se frisar que o Conselho Constitucional Francês só pode intervir nos casos expressos, tendo sua competência natureza excepcional e estrita. (Ibid., p. 304)

Bulos ao descrever o Conselho Constitucional, ou melhor, o modelo francês de controle de constitucionalidade, afirma que nele predomina o controle concentrado de claro teor político e que o Conselho “assumiu a postura de um lúdimo Tribunal Constitucional”. (BULOS, 2014, p. 197) Todavia, como será visto neste capítulo, o código utilizado para decidir acerca da constitucionalidade ou não de uma lei é o jurídico, tendo o Conselho inclusive decidido que não era competente para realizar controles políticos agindo como uma terceira câmara, não cabe a ele adentrar no debate legislativo. Além disso, torna-se contraditório o ensinamento de Bulos, vez que ao mesmo tempo em que afirma ser claro o teor político do controle, defende que o Conselho assumiu uma postura de uma autêntico Tribunal Constitucional.

O autor ainda afirma que vigora o controle repressivo referente à repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento. Contudo, após a entrada em vigor do controle *a posteriori*- Questão Prioritária de Constitucionalidade- em 2010, essa corresponde a 78% de todas as decisões de controle de constitucionalidade. Ele também leciona que no decorrer do processo legislativo pode ser acionado pelo Presidente da República ou por qualquer das Casas Legislativas o controle preventivo. (Ibid., 198)

Entretanto, não é no decorrer do processo legislativo, mas apenas após finalizado todo o processo legislativo estando pendente apenas a promulgação da lei, além disso os legitimados para suscitar o controle são o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia, o Presidente do Senado, sessenta deputados e sessenta senadores. Contudo, no caso das leis orgânicas, em que o controle preventivo é obrigatório, cabe exclusivamente ao Primeiro Ministro a provocação ao Conselho Constitucional.

Bulos ainda ensina que pode ser objeto do controle de constitucionalidade preventivo as proposições legislativas ou de emendas que ainda não estejam em

---

Constituição ou pelas leis, destinados a produzir efeitos no âmbito do órgão, entidade ou setor de onde emanado” (Ibid., p. 309)

vigor. (2014, p. 198) Só que o controle das emendas, ou como se denominam na França- Leis Constitucionais, não é pacífico, o próprio Conselho emitiu decisão dúbia sobre o tema, como será estudado neste capítulo. Além do mais, podem ser objeto do controle os tratados e compromissos internacionais antes da sua ratificação, então não se restringe as proposições legislativas.

O Conselho tende a buscar formas de conciliar os interesses contrapostos quando se verificam colisões entre direitos fundamentais, cabendo inclusive analisar a discricionariedade do legislador e a oportunidade das medidas legislativas tomadas. (SAMPAIO, 2002, 300) Contudo, mesmo quando discute a discricionariedade legislativa, algo de conteúdo político, o código utilizado para o debate é o jurídico. (Ibid., p. 301)

Sampaio esclarece que quando o Conselho foi suscitado a tratar da nacionalização de empresas, verificou-se a substituição do discurso político por um baseado em argumentos juridicamente aceitáveis, como “a interpretação dos textos constitucionais, a conciliação de princípios jurídicos contraditórios, a definição e controle das características da prévia e justa indenização”. (2002, p. 301). Não cabe ao Conselho discutir se a nacionalização é adequada ou não ao sistema político francês, mas apenas analisa-la sob o prisma jurídico. (Ibid., p. 301)

O Conselho tem diversificado progressivamente novas técnicas de controle, tornando-as cada vez mais sofisticadas e inclusive sutis. Ele, apesar de poder invalidar uma lei na sua totalidade, o que hoje é raro, ou parcialmente; busca solucionar as desconformidades através de uma interpretação neutralizante, constrictiva ou diretiva quanto à forma de aplicação da lei discutida. (TURPIN, 2001, p. 627). o Conselho pode declarar que uma lei é constitucional se interpretada de certa forma, a importância desta técnica é que o Conselho determina a substância da lei, como os poderes públicos devem interpretá-la, o que é respeitado por estes na prática. (TROPER, 2011, p. 49)

As decisões do Conselho não são suscetíveis de recurso. Elas vinculam os poderes públicos e as jurisdições administrativas e judiciárias. Favoreu afirma que as decisões do Conselho são absolutamente respeitadas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário francês. (2004, p. 95) As decisões têm efeito *erga omnes*. (TAVARES FILHO, 2009, p. 9)

As decisões do Conselho não são susceptíveis de qualquer recurso e o órgão jurisdicional não se atém só ao dispositivo da decisão, mas também aos

motivos que lhe são o suporte necessário. Todavia, em matéria eleitoral e nas questões prioritárias de constitucionalidade, o Conselho admite recursos para a retificação de erro material. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e judiciais. Não há a possibilidade de inclusão de parecer divergente na decisão. Ademais, ao contrário das audiências, as deliberações e votações não são públicas.

No que tange a publicidade das decisões, elas são comunicadas às partes e publicadas no Jornal Oficial da República Francesa, na série Leis e Decretos. No caso das decisões de conformidade (DC), publica-se também o texto da consulta parlamentar, desde 1983, e as observações do Governo, desde 1995. Ademais, desde 1990, uma coletânea das decisões é publicada sob o patrocínio do Conselho. Ela inclui o texto completo das decisões, exceto as opiniões por não serem públicas, e também um quadro analítico traduzido para o inglês. Também publica, desde 1996, a revista trimestral Os novos Cadernos do Conselho Constitucional, anteriormente denominada de Cadernos do Conselho Constitucional e que era semestral. Além disso, as decisões estão disponíveis no sítio eletrônico do Conselho Constitucional, sendo que algumas são acompanhadas de um comentário do seu serviço jurídico.

Como será visto no decorrer deste estudo, várias são as atribuições do Conselho Constitucional, são-lhe submetidas matérias de naturezas diversas para deliberação. Por essa razão, suas decisões são identificadas por letras, de acordo com o tipo de matéria que lhe foi submetida, colocadas depois do número de registro da consulta, sendo que este sucede o seu ano de registro. Ou seja, a identificação da decisão é da seguinte forma: ano-registro TIPO.

As decisões distinguem-se nos seguintes tipos:

DC	(Decisões de conformidade)- Controle de constitucionalidade a priori
LP	(Leis do país de Nova Caledônia)- Controle de constitucionalidade a priori
QPC	(Questão Prioritária de Constitucionalidade)- Controle de constitucionalidade a posteriori
L	(Rebaixamento legislativo)- repartição das competências entre lei e regulamento
FNR	(inadmissibilidade)- repartição das competências entre lei e regulamento
LOM	repartição das competências entre o Estado e les collectivités d'outre-mer
AN	(Assembleia Nacional)- contencioso eleitoral (eleições parlamentares)
SEN	(Senado)- contencioso eleitoral (eleições parlamentares)
I	Regime de incompatibilidades dos membros do parlamento
D	Perda do mandato na sequência de uma inelegibilidade
PDR	Eleição do Presidente da República

Ao analisar dez por cento, no mínimo, das decisões proferidas pelo Conselho Constitucional entre os anos de 2010 a 2016, especificamente as DC e QPC. Essa análise teve por finalidade extrair algumas características comuns. Saliente-se que essa amostra aleatória simples não pode ser considerada representativa, em razão da sua fração de amostragem. Todavia, isso não interfere no presente estudo, vez que não pretende estimar parâmetros do Universo.

Preliminarmente à análise das decisões em si de conformidade (DC), é necessário fazer alguns apontamentos. O primeiro referente à celeridade e ao cumprimento do prazo estabelecido em lei. O Conselho tem apenas um mês para deliberar a contar da data da submissão, e em todas as decisões analisadas o prazo não foi ultrapassado, pelo contrário, tiveram deliberações que ocorreram após seis dias da submissão.

O segundo demonstra a organização e a transparência do Conselho Constitucional. No seu sítio eletrônico, ao lado do texto da decisão, ficam links que dão acesso a documentos relacionados à mesma. Tal como o comunicado à imprensa, o projeto de lei, a suscitação, as observações do Governo, os comentários do serviço jurídico, as referências doutrinárias; e, em alguns casos, até a versão da decisão em espanhol, inglês e alemão.

Outra observação extraída da análise é que as decisões seguem um modelo bem determinado, o qual foi verificado em todas as decisões analisadas. O modelo favorece a prolação de uma decisão bastante objetiva e clara, visto ser muito ordenado, sistemático. Além disso, a utilização de um mesmo formato facilita tanto a transcrição da deliberação do Conselho quanto a leitura e o entendimento da decisão.

Todas iniciam especificando que o Conselho foi provocado dentro das condições previstas no artigo 61 da Constituição da República Francesa (CRF), sendo que no caso das leis orgânicas cita-se também o artigo 46 da CRF. Esse artigo é citado, em razão de reforçar a obrigatoriedade da submissão daquelas leis antes da sua promulgação. No mesmo parágrafo, informa a data da submissão e quem foi a autoridade responsável pela mesma. Se for suscitado por 60 deputados e/ou 60 senadores, consta também o nome desses. Saliente-se que pode ocorrer de uma mesma lei ser suscitada por esses dois grupos, o que é bastante comum.

Após, apenas cita, sem transcrever trechos ou a íntegra, as disposições legislativas que foram levadas em conta pelo Conselho, cada uma em uma linha individual, sempre constando no início dessas a Constituição da República Francesa e a Portaria nº58-1067, depois as demais correlatas à lei objeto da suscitação. Posteriormente, em regra, consta que levou em conta as observações do Governo, que não são transcritas na decisão, mas estão disponíveis no sítio eletrônico por serem públicas. Podem constar também que foram levadas em conta a defesa apresentada, as novas observações do Governo e também decisões já proferidas pelo Conselho. Salienta, por fim, que a deliberação foi tomada após ouvir após ouvir o relator. A opinião deste não é pública.

O corpo da decisão tem todos os parágrafos numerados de forma contínua, sendo eles sempre iniciam com “considerando que”. Ou seja, não há relatório dos fatos, apenas considerandos. Nestes, há a transcrição de trechos de dispositivos legais. Trata os artigos da lei suscitados separadamente, destacando-os com a utilização da caixa alta, não recebem a numeração dos parágrafos e nenhuma outra. Se for tratar de uma questão, ela não será numerada e nem destacada.

Já a decisão em si é esquematizada em artigos. Isso é uma exigência legal. Em regra, quando uma parte da lei é conforme a Constituição e outra não, dispõe os artigos declarados contrários antes dos que foram declarados em conformidade. A decisão é extremamente sucinta. Essas características tornam extremamente

objetivas e claras as deliberações do Conselho, não possibilitando interpretações dúbias.

Marques leciona que a objetividade na redação das sentenças é uma característica não só do Conselho de Constitucionalidade, mas de toda a jurisdição francesa, elas são tendencialmente curtas e concisas. Também, como regra, os parágrafos começam com o considerando. Aponta ainda a pouca menção à jurisprudência e às citações doutrinárias. (2013, p. 74-75)

Nas conclusões o Conselho Constitucional pode determinar alteração na redação de algum artigo da lei suscitada, para manter a lógica do restante do texto, em razão de artigos declarados em não conformidade e que, por isso não serão promulgados, mas jamais com fim de torna-los constitucional.

Em seguida, consta a data da reunião de deliberação do Conselho e os membros que estavam presentes, sem revelar os votos deste, visto que não são públicos, bem como a data da publicação. Assim, extrai qualquer pessoalidade da decisão, reforçando que foi tomada pelo Conselho como um todo, não informando nem mesmo quantos pareceres foram contrários e se houveram.

Neste item tratar-se-á das características extraídas das decisões referentes às questões prioritárias de constitucionalidade. Elas, assim como as decisões de conformidade seguem um modelo bem determinado, o qual foi verificado em todas as decisões analisadas. Também ficam links que dão acesso a documentos relacionados à mesma, inclusive o vídeo da audiência pública. E, da mesma forma, em todas as decisões analisadas o prazo de três meses estabelecido em lei não foi ultrapassado.

No início consta a data em que foi submetida à questão ao Conselho, se a mesma foi remetida pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação, o número da decisão de remessa deste, e no caso de ter sido remetido pelo Tribunal, a Câmara responsável. Afirma que a submissão cumpriu as condições previstas pelo art. 61-1 da CRF. Consta o nome da parte que interpôs a questão ao órgão jurisdicional e diz que o objetivo é verificar se o dispositivo contestado está em conformidade com os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Nos parágrafos seguintes, segue o mesmo esquema da DC, apenas cita as disposições legislativas que foram levadas em conta pelo Conselho, sempre constando no início dessas a CRF e a Portaria nº58-1067, depois as demais correlatas ao objeto da suscitação e o regulamento de 2010 referente à QPC.

Posteriormente, apenas constam as observações que foram levadas em conta, sendo que em todas as decisões analisadas figuraram as do Primeiro-Ministro. Todavia, podem constar as de outras autoridades, como, por exemplo, as do presidente da Assembleia Nacional, e também das partes. Também considera os documentos produzidos e anexados ao processo. Salaria que a deliberação foi tomada após ouvir as partes interessadas ou seu representante e uma pessoa designada pelo Primeiro-Ministro em audiência pública, informando a data desta. E também após ouvir o relator.

Depois adentra nos considerandos, com a mesma formatação da DC, contudo ficam em caixa alta, os princípios que serão tratados. A decisão em si também é esquematizada em artigos. Nela pode constar que a declaração de inconstitucionalidade terá as condições de seus efeitos fixadas em um considerando, informando o número do mesmo. Menciona que a decisão será publicada no Jornal Oficial da República Francesa e notificada nos termos do artigo 23-11 da Portaria de 1958. Ou seja, serão notificadas as partes e comunicado ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação. Não há ingerência na atuação do Poder legislativo, não se sugere nada, apenas se pronuncia acerca da conformidade ou não com a constituição. Em seguida, consta a data da reunião de deliberação do Conselho e os membros que estavam presentes, sem revelar os votos deste, visto que não são públicos. Após, a data em que se tornou pública e a data em que foi publicada no Jornal Oficial. Quando há colisão de direitos fundamentais, o Conselho Constitucional considera os seguintes pontos:

a qualidade e o conteúdo dos argumentos apresentados pelos que atacam e pelos que defendem a constitucionalidade da lei, os motivos mais ou menos políticos da demanda, a própria jurisprudência do Conselho que lhe impõe uma certa coerência, circunstâncias políticas gerais e particulares do assunto, os trabalhos doutrinários e a experiência de outros países, a antecipação das reações das partes à sua arbitragem, a complexidade ou a especificidade do objeto tratado pela lei, a evolução da sociedade, a sua organização, de suas técnicas e costumes, dentre outros” (SAMPAIO, 2002, p. 735)

Os critérios utilizados pelo Conselho são variáveis, pois depende dos princípios em colisão, então não se pode afirmar que o Conselho analisa todos os pontos arrolados acima em todos os casos que lhe são suscitados. (SAMPAIO, 2002, p. 735) Bulos leciona que na França, a inconstitucionalidade traduz-se em um simples termo de censura. (2014, p. 139) Mas como bem exposto por Sampaio e

Favoreu, o Conselho decide utilizando o código jurídico e a sua decisão tem autoridade da coisa julgada, sendo efetivamente respeitada pelos poderes públicos franceses. Talvez, antes das reformas de 1971, poder-se-ia falar em uma simples censura, vez que, como será estudado posteriormente, o Conselho era tido como um órgão com função de salvaguardar as competências do Executivo em face do legislador. Mas hoje tal reducionismo não serve para definir o Conselho Constitucional Francês.

As regras de organização e funcionamento do Conselho são determinadas por lei orgânica e pelo regimento interno. O Conselho “tem o controle da edição dessas regras”. (FAVOREU, 2014, p. 94) As audiências seguem o ritmo dos requerimentos que lhes são submetidos. A instrução de cada caso é confiada a um membro do Conselho designado pelo presidente como relator, salvo em matéria eleitoral. Nesta, a instrução é atribuída a uma das três seções compostas de três membros escolhidos por sorteio, sendo que cada um deverá ter sido nomeado por uma autoridade diferente.

O processo perante o Conselho respeita o contraditório e é escrito, sendo que na Questão Prioritária de Constitucionalidade, as partes também são ouvidas em audiência pública. Já no contencioso eleitoral, as partes podem solicitar uma audiência. O Conselho reúne-se mediante a convocação pelo seu presidente ou em caso de impedimento deste, pela convocação pelo membro mais antigo. As decisões são proferidas, em respeito à regra do quórum, estando presentes pelo menos sete membros, salvo no caso de força maior devidamente constado em ata.

A organização da Secretaria Geral é determinada por Decreto do Conselho de Ministros mediante proposição do Conselho Constitucional. Em resumo, cabe ao Secretário-Geral, o qual é nomeado pelo Presidente da República, a direção dos serviços do Conselho. Estes serviços estão divididos em quatro. Um referente ao serviço jurídico, que também fica responsável pelo registro dos processos. Outro ao serviço administrativo e financeiro encarregado da gestão do Conselho. Um responsável pelo serviço de documentação. E, por fim, o serviço de relações exteriores encarregado das publicações do Conselho, de suas relações com todas as jurisdições, universidades e instituições francesas, assim como das relações internacionais.

O Conselho Constitucional goza de autonomia financeira, sendo que os créditos necessários para o seu funcionamento são inscritos no orçamento geral. Em

miúdos, o seu orçamento é elaborado e inscrito em dotação referente aos poderes públicos constante no projeto de lei de finanças. O presidente do Conselho é o ordenador de despesas.

Nos processos em andamento no Conselho, Bulos leciona que os “advogados têm direito à sustentação oral de, no máximo, 15 minutos. As decisões são tomadas por consenso e em sessão fechada. Cada magistrado tem direito a apresentar sua avaliação do caso por um período de cinco minutos.” (2014, p. 198) Não podem ser declarados os votos dos membros. Bulos também afirma que se evita a formação de um governo de juizes com poderes para reescrever as leis. (Ibid., 198) Esse ensinamento de Bulos será verificado quando forem analisadas as decisões do Conselho sobre a questão da homoparentalidade.

Contudo, isso não significa que sua análise da constitucionalidade restrinja-se ao aspecto formal e que não provoque alterações no campo jurídico francês. Ora, a jurisprudência do Conselho Constitucional provocou uma grande transformação na ciência do Direito na França, pois a distinção clássica que se fazia entre o direito público e o privado não é mais adequada, vez que o direito constitucional retomou aos moldes de direito fundamental, então há um “embasamento comum a todos os ramos do direito”. (FAVOREU, 2004, p. 101) Ela foi fundamental no processo de constitucionalização dos direitos na França, sendo que no país o código civil figurava quase como uma verdadeira Constituição Francesa em face de sua estabilidade muito superior do que a vivenciada pelo constitucionalismo no país.

A transformação jurídica do Conselho encontra obstáculos segundo Favoreu, um deles é o próprio sistema francês de controle, pois apesar de forçar o legislador a ter uma preocupação imediata e efetiva com o respeito às normas constitucionais, tendo em vista o caráter preventivo, as decisões proferidas pelo juiz ordinário, por estar fora do controle, poderia não aplicar as normas constitucionais. (FAVOREU, 2004, p. 101) Contudo, mesmo antes da implantação do controle posterior de constitucionalidade, as decisões do Conselho já vinculavam todos os poderes públicos, inclusive o judiciário. E, após a implementação, tal obstáculo foi totalmente removido.

Favoreu aponta ainda outros efeitos da atuação do Conselho no campo do direito e da política. Ele afirma que foi decisiva na pacificação da vida política, pois as paixões eram quase extirpadas após as decisões do Conselho. (2004, p. 102) Isso demonstra que a atuação do Conselho busca o reconhecimento das partes,

sendo que mesmo a *perdedora* reconhece-a como um ato de justiça e não de violência. Além disso, como lecionado por Favoreu, a oposição vê no Conselho a proteção contra as arbitrariedades da maioria, pois não permite que ela ultrapasse os limites fixados pela Constituição. (Ibid., 102) Troper aponta que desde 1986 a esquerda e a direita vêm se alternando no poder e o Conselho Constitucional já declarou inconstitucional leis defendidas pelos dois lados, o que reforçou a sua imagem de imparcialidade. (2011, p. 49)

Em 1988, pode-se dizer que a política, através da ação do Conselho constitucional, foi “ligada pelo direito”. (JOUANJAN, 2008, p. 5) A atuação do Conselho provocou uma mudança profunda na forma de discussão das proposições legislativas, sendo que muitos projetos são rejeitados pelo fato de serem considerados em desconformidade com a Constituição. Nota-se que os argumentos utilizados são mais jurídicos que políticos no debate legislativo.

Neste capítulo serão estudados os antecedentes do Conselho Constitucional, o constitucionalismo na França, as evoluções na atuação do Conselho, as reformas constitucionais e as principais decisões do Conselho, além de discutir sua composição, suas competências, e o efeito das suas decisões.

### **3.1 OS ANTECEDENTES DO CONSELHO CONSTITUCIONAL E O CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS**

Na França havia uma tendência pelo não estabelecimento de um controle judicial da constitucionalidade, os motivos desta tendência têm suas raízes na Revolução Francesa. Eles são basicamente a desconfiança com relação aos órgãos judiciais, pela sua atuação nas Monarquias dos Luíses, nas quais sempre excediam as suas funções. Por isso, os revolucionários optaram por eliminar a possibilidade dos juízes excederem sua função, impedindo que intervissem no legislativo e no Executivo. Por causa dessa desconfiança, os franceses identificavam o princípio da soberania nacional com o da soberania do parlamento, a lei era tida como expressão autêntica da soberania popular, pois o parlamento era composto por representantes eleitos diretamente pelo povo, sendo reprovável que um órgão cujos membros não foram escolhidos pelo povo pudesse anular a vontade soberana deste, expressa na lei. (CERVANTES, 1999, p. 371-372)

Sieyès já tratava do Terceiro Estado, antes da Revolução, o qual era formado pela burguesia, que não dispunha de privilégios e influência na vida política francesa, apesar de ser responsável pela produção da riqueza do país. (FERNANDES, 2011, p. 1140) Os juízes europeus, em especial os franceses, estavam impregnados com valores tradicionais anti-igualitários e feudais que paralisaram as reformas que poderiam até barrar as ideias revolucionárias na França, o que inclusive pode ter inclusive as moderadas, que o rei e sua corte estavam dispostos a aceitar. Talvez, tais reformas evitariam a revolução francesa. Então, a ideia de um controle judicial sempre foi visto com desconfiança e como antagônica à soberania popular. A teoria constitucional fundou-se na soberania do parlamento, por ser ele eleito pelos cidadãos e por representar a nação. A lei era fonte de legitimação dos poderes, cabendo ao juiz limitar-se a sua aplicação. (HIGHTON, 2016, p. 115)

Na Revolução Francesa ocorreu a grande tentativa de reformar o sistema judicial, pois as funções judiciais eram tidas como cargos patrimoniais. Assim, intentava-se ligar a justiça diretamente ao Estado, suprimindo as jurisdições não estatais, como a eclesiástica, ou condicionando-as a permissão e supervisão do Estado, como os tribunais mercantis. A intenção era incluir na esfera da cidadania o aparelho judicial, ou elegendo os juízes ou subordinando-os à vontade popular expressa nas leis. Esta última posição que se consolidou, transformou os juízes em servidores públicos profissionalizados, “gozando de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Tratava-se de um novo processo de profissionalização, que cooperava para o isolamento de uma corporação profissional dentro do Estado.” (LOPES, 2006, p.368-369)

Os Tribunais Superiores do *Ancien Régime* contribuíram para as arbitrariedades ordenadas pelos Luíses nesse período. Por isso, gerou a desconfiança em relação aos juízes e o fortalecimento da ideia da vontade geral como poder supremo, traduzida pela Assembleia Nacional. Tanto que em 1790 foi editada lei vetando os tribunais de intervir direta ou indiretamente no Legislativo. (SAMPAIO, 2002, p. 32) A lei n. 16, de 24 de agosto de 1790, acerca da organização judicial, dispunha no seu artigo 10 que “os tribunais não podem participar nem direta e nem indiretamente do exercício do poder legislativo; nem suspender a execução dos decretos do corpo legislativo” (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 33-34; tradução nossa)

A vontade soberana do povo foi afirmada na Constituição francesa de 1791- definiu-se que a nação tinha direito imprescritível de alterar a Constituição, sendo prescrito um processo de mudança mais rigoroso. (SAMPAIO, 2002, p. 386). Da Constituinte de 1791 até a Constituição do Ano III de 1795, cabia aos cidadãos a fiscalização da atuação da Constituição. (Ibid., p. 32) A Constituição de 1795 previa a eleição de Assembleia exclusiva para revisão nove anos após a aprovação da proposta, vedando-se a participação de membros do legislativo. (Ibid., p. 386-387)

Na França a desconfiança era generalizada, viam-se os juízes como uma classe privilegiada, sempre ilesa as opressões das velhas monarquias. E o pensamento de Rousseau- da lei como resultado da vontade do povo e que não poderia ser anulada ou não aplicada pelos juízes- tinha muita influência. Assim, o poder de controle as leis excederia as funções próprias dos juízes. Ao pensamento de Rousseau somou-se o de Montesquieu, do juiz como simples boca da lei, cuja função se restringia a aplicação automática da lei, ausente qualquer ato criativo, em respeito à vontade suprema da legislação popular. Surge o Estado de Direito Legislativo, cujo único critério para averiguação da validade do direito era o princípio da legalidade. A validade estava na autoridade que a confeccionou, não na sua capacidade de ser justa. (HIGHTON, 2016, p. 115)

Na Constituinte de 1795, Sieyès propôs a ideia de um *jurie constitutionnaire*, este seria competente para julgar as violações à Constituição, cabendo à Assembleia designar os membros do *jurie*. (BARROSO, 2012, p. 80) Os suscitantes seriam as Casas Legislativas, o Conselho dos anciãos, o Conselho dos quinhentos ou os cidadãos. Cabia a este júri não apenas julgar as violações realizadas pela legislatura, mas também o papel de adequar a Constituição as novas realidades, devendo apresentar a cada dez anos um relatório com as reformas constitucionais necessárias. Esse júri integraria o Poder Legislativo, o que representaria para Siéyès uma representação verdadeira do poder supremo. (SAMPAIO, 2002, p. 32-33)

Contudo, esta ideia foi rejeitada<sup>11</sup>. (BARROSO, 2012, p. 80) Era muito forte a ideia de soberania nacional, exteriorizada pela soberania do parlamento, que as ideias de controlar a constitucionalidade não conseguiram ser exitosas. (SAMPAIO, 2002, p. 33) No Constitucionalismo francês o protagonista sempre era o Legislativo,

---

<sup>11</sup> *Celui-ci fut repoussé à l'unanimité par la Convention au motif que 'ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et qu'en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait'*. (TURPIN, 2001, p. 623)

por representar a vontade nacional, sendo assim o poder mais confiável para guardar os direitos, especialmente em comparação como Judiciário. Este último poder era visto como corrupto e associado ao Antigo Regime. O pensamento de contrato social firmado por Rousseau também exerceu grande influência para a lei ser tida como expressão da vontade geral do povo. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.57)

A ideia do parlamento como expressão da vontade popular tem raiz no jacobinismo francês que tinha como dogma o princípio da representação da vontade nacional. Nasce, assim, o princípio da soberania parlamentar e a imagem do juiz como simples executor das leis da assembleia e impedido de interpretá-las. Em caso de dúvidas, deveria o juiz consultar a Assembleia Nacional (*référé législatif*), cabia ao legislativo a interpretação das leis. É forte a teoria de Montesquieu do “juiz como a boca que pronuncia a palavra da lei” (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 33-34; tradução nossa). Robespierre afirmava que a palavra jurisprudência deveria ser banida da língua francesa, vez que não poderia haver vontade acima da do legislador. (Ibid., p. 34)

O resultado foi um culto exagerado à lei que culminou no legalismo formalista, no qual o juiz devia ser apenas um aplicador mecânico da lei elaborada pelo legislador. Os direitos fundamentais estavam restritos aos limites fixados nas leis que lhes consagraram. E esses direitos nasceram na Revolução francesa, como “conquistas históricas nas lutas pelas liberdades travadas entre indivíduos e Estado”. (CHEHAB, 2012, p. 8)

Souza Neto e Sarmento lecionam que o constitucionalismo moderno na França iniciou-se com a Revolução Francesa, pois representou um rompimento com o regime anterior- Antigo Regime, os revolucionários buscavam um Estado novo baseado no “ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade”. (2012, p. 57) A ruptura seria obtida através da teoria do poder constituinte como expressão da soberania da Nação, com isso a instituição de uma constituinte permitiria romper com o ordenamento anterior e todas as limitações existentes, ele criaria novos poderes e órgãos a ele vinculados- os poderes constituídos. Exprime-se a concepção iluminista de conformação racional do futuro. A Constituição é vista como um instrumento escrito e não um conjunto de tradições como no sistema inglês, ela rompe com o passado e dirige o futuro do Estado, baseando-se nos valores individuais universais. Como cita Souza Neto e Sarmento, o artigo 16 da Declaração

dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressava bem a base liberal da ideia de Constituição, pois somente considerava que uma sociedade tinha uma Constituição, caso estivesse assegurado os direitos e a separação de poderes (Ibid., p. 57)

Já Estay leciona que a Revolução Francesa introduziu a ideia de a soberania ser exercida e manifestada na lei, estando as demais fontes do direito subordinadas a ela. Então, não se preocupava em limitar o poder por meio do Direito como no constitucionalismo. A ideia revolucionária é da lei como manifestação do novo Estado, assim sendo impossível falar em limitação, mas sim em autolimitação. O autor defende que as coisas não mudaram muito, pois o sistema de Direito continua estruturado piramidalmente, apenas modificando seu cume, deixando de ser a lei e passando a ser a constituição. (ESTAY, 2005, p. 58).

Na constituição de 1799-Ano VIII- previa-se o *Sénat Conservateur*, cuja nomeação dos membros era influenciada por Napoleão. (BARROSO, 2012, p. 80) O Senado Conservador pode ser considerado como o primeiro antecedente do controle de constitucionalidade, cabia a ele anular os atos que lhe eram remetidos pelo Governo e pelo Tribunal como inconstitucionais. Os particulares não podiam recorrer ao mesmo alegando inconstitucionalidade da lei. (CERVANTES, 1999, p. 372-373)

Apenas as Constituições do Ano VIII de 1799 e a de 1852 demonstraram alguma influência das ideias de Siéyès, vez que atribuíam ao Senado o controle de constitucionalidade. (SAMPAIO, 2002, p. 33) A Constituição de 1852 trazia a figura do Senado Imperial como guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas, sendo que todas as leis antes de promulgadas teriam sua constitucionalidade analisada por este Senado. Apesar das previsões constitucionais, a atuação destes órgãos foi nula. O Senado Conservador não anulou qualquer lei e o Senado Imperial não conseguiu aumentar o prestígio da Instituição, pois a experiência anterior ofuscou sua existência pelo falta de credibilidade do primeiro. (CERVANTES, 1999, p. 372-373)

Na prática, o Senado Conservador continuou apenas ratificando os atos de Napoleão. E o Imperial, apesar de ser apontado como o guardião do pacto fundamental pela Segunda República, sofreu com a repulsa da ideia de um órgão controlador da vontade geral, sendo que esta ideia reafirmou-se e intensificou-se na Terceira República. (SAMPAIO, 2002, p. 33) Ressalte-se que a ideia era tão forte no

Direito Francês que perdurou até 1837 o instituto do *référé* legislativo, assim toda vez que houvesse divergências acerca da interpretação de uma lei, o legislativo deveria ser suscitado para emitir um decreto interpretativo a ser seguido pelo Judiciário. (Ibid., p. 32) Na Terceira República que durou de 1870 a 1940<sup>12</sup> não se previu órgão com competência para realizar o controle e os juízes também não assumiram essa função. (CERVANTES, 1999, p. 373)

Apesar de não haver qualquer previsão, houve muitas tentativas de implantação de um sistema baseado no modelo norte-americano, em 1902, Larnaude iniciou a discussão e Lambert deu força a mesma, reforçando a corrente doutrinária favorável a esta opção, apesar de alertar para o risco de um governo de juízes. Hauriou defendia que não havia tal risco no sistema francês, vez que havia também um regime administrativo. Favoreu afirma que a existência desse regime, em miúdos da dualidade de jurisdição, foi um dos motivos do fracasso dessa tentativa de adoção. (FAVOREU, 2004, p. 18-19) A opção pelo modelo norte-americano não levou em consideração a qualidade dos mesmos, mas sim o fato de que no estadunidense o juiz recusava aplicar a lei em um caso concreto não ferindo assim a separação de poderes, enquanto no Europeu anulava-se a lei, ou seja, o juiz legiferava. (Ibid., 2004, p. 25)

Mesmo após a revolução francesa e nas constituições que se seguiram ainda hoje não cabe aos juízes declararem a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou administrativo. Eles eram considerados apenas agentes de um serviço público. (CERVANTES, 1999, p. 372) Toda essa descrença no judiciário foi essencial para o nascimento da Escola da Exegese na França, para ela a interpretação jurídica deveria ser passiva e mecânica, o juiz ao aplicar o Código Napoleônico deveria respeitar a vontade do legislador, “como fundamento último da objetividade do direito”. (FERNANDES, 2011, p. 150). Deve-se levar em consideração que o Direito Comum francês, base do Código de Napoleão, representou uma unidade jurídico-político-cultural que se estendia além das fronteiras físicas. No processo de unificação foram extraídos os usos e costumes de toda a extensão do Estado francês, resultando no Direito Comum francês. (HÄBERLE, 1993, p. 28)

---

<sup>12</sup> A Constituição da República Parlamentar de 1875 era formada por três leis: as leis de 24 de fevereiro (organização do Senado, ou seja, do Legislativo), de 25 de fevereiro (organização dos poderes públicos, isto é, do Executivo) e de 16 de julho (relações entre os poderes Legislativo e Executivo). (SIQUEIRA, 2016, p. 175)

Na Constituição da Quarta República- 1946<sup>13</sup>- criou-se o Comitê Constitucional, o qual poderia decidir sobre a constitucionalidade das leis. Ele examinava as leis votadas pela Assembleia para averiguar se implicavam em uma revisão constitucional. Depois da promulgação da lei, o Comitê poderia ser suscitado em requerimento conjunto do Presidente da República e do Presidente do Conselho da República, este último com a aprovação pela maioria absoluta dos seus membros. O Comitê examinaria a lei, em um primeiro momento buscaria conciliar os entendimentos da Assembleia Nacional e do Conselho da República, e não sendo possível, decidiria em cinco dias, ou em dois em caso de urgência. Se o Comitê considerasse que a lei constitui uma revisão à Constituição, ele reenviava à Assembleia Nacional para nova deliberação. Caso o parlamento mantivesse o primeiro entendimento, a lei não poderia ser promulgada até que a Constituição fosse reformada.

Os membros do Comitê eram os Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, além de três membros indicados por este último órgão e sete membros indicados pela Assembleia Nacional. Barroso define a função deste Comitê como a de decidir se a lei aprovada pela Assembleia Nacional exigia revisão constitucional. (BARROSO, 2012, p. 80) Cervantes defende que o Comitê não realizava um controle de constitucionalidade da lei verdadeiramente,

---

<sup>13</sup> **Article 91**

Le Comité constitutionnel est présidé par le président de la République.

Il comprend le président de l'Assemblée nationale, le président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes et, choisis en dehors de ses membres, trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République.

Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution.

**Article 92**

Dans le délai de promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du président de la République et du président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant.

Le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République et, s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de sa saisine. Ce délai est ramené à deux jours en cas d'urgence.

Il n'est pas compétent pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution.

**Article 93**

La loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération.

Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'article 90.

Si la loi est jugée conforme aux dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution, elle est promulguée dans le délai prévu à l'article 36, celui-ci étant prolongé de la durée des délais prévus à l'article 92 ci-dessus. (FRANÇA, 1946)

pois sua atuação consistia mais em buscar a conformidade da Constituição à lei e não o inverso. O Comitê limitava-se a observar se a lei respeitava as competências e os procedimentos constitucionais, não analisava as questões relacionadas às garantias individuais. No preâmbulo da Constituição estavam previstos os direitos do homem e do cidadão, mas o Comitê não tinha competência para verificar a conformidade da lei com ele. (1999, p. 373)

Turpin leciona que a existência desse comitê serviu apenas para criar uma ilusão, esse órgão político cabia apenas o controle formal, atuava mais como um conciliador do que como um juiz, um árbitro entre os poderes públicos. O Comitê mantinha as escolhas da classe política, não era um protetor dos cidadãos contra as ingerências políticas. Não caberia a ele anular uma lei, mas apenas reenviar aos seus prolores para nova deliberação. A única atuação do Comitê, em 16 de junho de 1948, resultou em um acordo entre as duas câmaras. (2001, p. 624) Então, enquanto no pós-guerra, verificou-se, na Europa, um grande esforço no sentido de institucionalizar os tribunais constitucionais com a função de verificar a compatibilidade das leis à Constituição, em especial nas constituições austríaca, alemã e italiana, a Constituição da IV República francesa- 1946- limitou-se a um mero gesto. (HIGHTON, 2016, p. 116)

### ***3.2 O CONSELHO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO***

O Conselho Constitucional francês que é o órgão que controla a constitucionalidade das leis só foi criado pela Constituição de 1958- a Constituição da Quinta República ainda em vigor. Esta República nasceu “como reação às falhas do sistema parlamentar da Terceira e Quarta República”. (TROPER, 2011, p. 37) Estas Repúblicas anteriores foram marcadas por uma grande instabilidade; um ministério não durava mais que seis meses, gerando uma descontinuidade das políticas públicas e uma preocupação maior com táticas políticas do que questões importantes; o Executivo quase não tinha poder normativo independente do parlamento; os sistemas multipartidários impediam a formação de uma maioria estável no parlamento, hoje há dois blocos principais, a esquerda e a direita, possibilitando a formação de uma maioria. Outro fator determinante para a instauração da Quinta República foi o fim da guerra na Argélia, intentava-se acabar

realmente com esta e ainda evitar uma guerra civil. O general De Gaulle foi o grande responsável pela confecção da Constituição de 1958. Ela foi aprovada em referendo por 80% dos eleitores. Contudo, desde sua entrada em vigor vem sendo reformada, buscando moldar-se aos fatores legais e políticos do sistema francês. (Ibid., p. 37-38)

O Conselho Constitucional foi visto, quando da sua criação, pelos constitucionalistas franceses como um defensor do Executivo, em razão das suas atribuições e, principalmente, pela forma de designação dos seus membros e pelo seu funcionamento. (CERVANTES, 1999, p. 374) Na sua formulação inicial, o Conselho destinava-se a preservar do Poder Legislativo, as competências do Poder Executivo, mantendo-o forte. Suas principais funções eram o controle dos regimentos da Assembleia e do Senado, para impedir que excedesse nos seus poderes atribuídos pela Constituição; de Tribunal Eleitoral- eleições presidenciais, parlamentares e referendos; e delimitar as competências legislativas e regulamentares. (BARROSO, 2005, p. 18) A criação do Conselho rompeu com radicalmente com uma longa tradição francesa de hostilidade a qualquer forma de controle, mas suas competências iniciais foram bastante modestas. (TURPIN, 2001, p. 624)

Em razão do princípio jacobino, que foi um produto da revolução francesa, era repelida a ideia de um controle judicial das leis. A separação dos poderes também justificava o caráter atentatório do controle, ideia fortalecida pelo princípio da soberania do parlamento, este significava que o legislativo está acima dos demais poderes estatais por ser composto por representantes do povo. Assim qualquer intervenção de outro poder constitucional que busque limitar a autonomia do legislativo- órgão supremo do Estado- era considerada inadmissível. Então, apenas seria aceito um controle realizado pelo próprio órgão. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 34) Até a segunda guerra era impensável a ideia do judiciário controlar o legislativo, isso em toda a Europa. Apenas com as atrocidades da segunda guerra, percebeu-se que a lei era falível e o parlamento também poderia ser opressor. Surge a necessidade de limitar o poder legislativo. O que gera a expansão da ideia de controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional em toda a Europa. (HIGHTON, 2016, p. 115/116)

Antes da Constituição de 1958, o constitucionalismo francês era avesso à ideia de uma jurisdição constitucional. Essa constituição promoveu uma mudança

substancial com a instituição de um controle de constitucionalidade, mesmo que inicialmente só preventivo. Desde os anos setenta é crescente o grau de importância do Conselho Constitucional Francês. Como diz Souza Neto e Sarmento “atualmente existe na França jurisdição constitucional, que vem ganhando importância cada vez maior no sistema político francês” (2013, p. 121) Com isso e pelo exposto, parece não coerente concordar com Bulos de que “as origens do Conselho Constitucional, previsto na Carta de 1958, remontam à juria constitucional de Sieyès e ao Senado Conservador de Napoleão”. (BULOS, 2014, p. 198)

A ideia de um controle de constitucionalidade era rechaçada pelo receio de formação de um governo de juízes. Por isso, preferia-se confiar no Legislativo ao Judiciário para a guarda da constituição. Tinha-se a concepção de um legislador virtuoso que não lesaria os direitos individuais por ser justo e por representar a vontade do povo e da nação. Então, além da supremacia da lei, tinha-se a desconfiança dos juízes instaurada no período antecedente à Revolução, pois atuavam na maioria das vezes em favor de interesses próprios, dessa maneira era tido como corrupto. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.22)

Troper ensina que ideia de um reexame jurisdicional da legislação era estranha às concepções francesas de vontade geral e democracia. Mas em 1958 tornou-se necessário seu estabelecimento, o qual foi realizado de maneira tímida, pois a autoridade constitucional decidia apenas conflitos de competência entre leis e regulamentos, e controvérsias resultantes das eleições. (2011, p. 47)

A França viveu várias turbulências políticas que geraram mudanças nos regimes, o que ocasionava em diversas vezes a elaboração de uma nova constituição. Pela instabilidade constitucional, o Código Civil exerceu o papel de norma fundamental, principal. Havia na França o entendimento de que caberia ao código civil disciplinar a vida social, através de normas com as seguintes características: racionalidade, universalidade e estabilidade. As regras também tinham que ser compatíveis ao ideal liberal-burguês e assegurando à autonomia da vontade e o direito de propriedade. O Código de Napoleão de 1804 acolhia essa concepção. A Constituição, na prática, era encarada como uma proclamação política que servia para inspirar o legislador, mas não uma norma jurídica em si, com força normativa. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.57)

O argumento da supremacia do Código Civil- do Direito Civil- baseia-se na estabilidade deste código nos séculos XIX e XX em comparação com os regimes

constitucionais vigentes no mesmo período. O Código Civil napoleônico marcou o direito francês, em razão de unificar a sociedade francesa e ordená-la. Assim, o Código Civil constituiu, sob o prisma sociológico, uma Constituição, por unificar a Nação e identificar-se com ela. Os diversos projetos de Código Civil no período revolucionário, em especial no projeto de 1793, já tinha como principal preocupação a unificação da República. O regime político mais centralizado da França coincidiu com a adoção de um Código Civil único, aplicável universalmente em todo território do país. Há uma identificação do código com a Nação, por isso ele foi consagrado nos anos oitenta como um lugar de memória da nação. Contudo, apesar de sua importância, não é correto afirmar que ele constitui juridicamente uma verdadeira constituição na França, vez que está subordinado à Constituição, ainda mais após as mudanças implementadas após a criação do Conselho Constitucional Francês. (CABRILLAC, 2013, p. 293-298) “*La dimensión simbólicamente adquirida por un código no modifica para nada su autoridad jurídica*”. (Ibid., p. 301)

Com isso, nota-se a profunda mudança implementada pela criação do Conselho Constitucional, pois mesmo que a finalidade da sua criação fosse a proteção das competências do Executivo, ao estabelecer que deve controlar os regimentos da Assembleia e do Senado, para impedir que excedesse nos seus poderes atribuídos pela Constituição, quebra-se o paradigma anterior do Código Civil como a norma principal e da Constituição como uma simples proclamação política, passa o conteúdo constitucional ter certa influência no sistema jurídico e este sistema obrigado a se conformar com o disposto na Constituição. Cabia controlar também as eleições presidenciais e parlamentares, bem como os referendos e as delimitações de competências legislativas e regulamentares. Ou seja, verificar se as disposições constitucionais que os regulam estão sendo respeitadas. O Conselho Constitucional firmou que a Constituição tem “superioridade hierárquico-normativa relativamente às outras do ordenamento jurídico”. (CERQUEIRA; SILVA, 2015, p. 152)

As mudanças foram introduzidas pelo Conselho Constitucional e sofridas por ele. Como afirma Troper, o Conselho não foi projetado para reexaminar a constitucionalidade de leis, seus poderes eram limitados. “A Constituição não lhe deu o *status* ou a função de um tribunal, um papel que, não obstante, adquiriu por seus próprios esforços”. (2011, p. 47)

Muitos avanços foram implementados, após a Constituição de 1958, através de reformas constitucionais e das decisões do Conselho Constitucional, assim como ocorreu e ocorre nos demais sistemas adotantes do modelo europeu. A primeira grande mudança foi promovida no plano jurisprudencial, trata-se da Decisão nº 71-44 DC de 16 de julho de 1971. O objeto desta era verificar se a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação, tendo o Conselho decidido pela violação e conseqüente não conformidade com a Constituição. Mas a importância desta decisão está no seu reconhecimento da força normativa do preâmbulo da Constituição, o qual fazia referência a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946. Por conseqüência, reconhece-se que os direitos fundamentais previstos neles incorporam-se à Constituição de 1958, por sua referência a eles no seu preâmbulo e por este último ter reconhecida a sua força normativa. (BARROSO, 2005, p. 18-19)

Então, os direitos previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no preâmbulo da Constituição de 1946 figuram, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Ou seja, fazem parte das normas constitucionais de referência e podem ser invocadas no âmbito do controle de constitucionalidade. (FAVOREU, 2004, p. 97-98) Assim, já em 1971 reconheceu-se o valor positivo do preâmbulo da Constituição, bem como firmou a ideia de bloco de constitucionalidade. Isso significa que a Constituição não se limita às normas inseridas no bojo da Constituição, mas inclui outros textos normativos com natureza constitucional, tal como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Essa decisão gerou um grande avanço também por ter consagrado o papel do Conselho como garantidor dos direitos e liberdades e ter reforçado o prestígio deste. (DECAUX, 2010, p. 469/470)

Antes dessa decisão, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 era considerada apenas uma fonte de inspiração, cabendo ao Conselho de Estado extrair dela os princípios gerais de direito. O exame da violação pelo legislador da declaração não é de competência do Conselho Constitucional. O preâmbulo da Constituição de 1946 foi aplicado pela primeira vez em janeiro de 1975 e depois de forma regular. Nele constam princípios fundamentais reconhecidos pela República (liberdade de associação, liberdade de ensino) e novos direitos, os

quais são corriqueiramente denominados de princípios políticos, econômicos e sociais, como o direito à saúde, à moradia, à greve. (FAVOREU, 2004, p. 97)

Hoje, o preâmbulo da Constituição francesa em vigor- 1958- é composto, além da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e dos princípios contidos no preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, pela Carta de Meio Ambiente de 2004. Esta foi acrescentada pela revisão constitucional de primeiro de março de 2005 (DECAUX, 2010, p. 478). O Conselho Constitucional reconheceu o valor constitucional do preâmbulo da Constituição de 1958, bem como de todas essas normas que ele abarca. (APCHAIN, 2012, p. 1)

A decisão de 1971 que introduziu a ideia de bloco de constitucionalidade. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 29) Para Estay, a importância dessas decisões está no reconhecimento no âmbito europeu continental de forma clara que as constituições não são autossuficientes, não sendo possível reunir todo o direito constitucional em um único texto. Esse fato já era aceito na tradição anglo-americana, mas só com a ideia de bloco de constitucionalidade (princípios e regras de valor constitucional) trazida pela decisão do Conselho Constitucional essa concepção foi introduzida no sistema europeu. (ESTAY, 2005, p. 56) Fernandes defende que a decisão do Conselho é considerada pela doutrina estrangeira como “o *leading case* que marcou a definição do bloco de constitucionalidade como tema constitucional.” (2011, p. 1117) Uma grande mudança implementada por essa decisão foi que o Conselho deixa de ser um defensor das competências do Executivo em face do Legislativo, transformando-se em um guardião das liberdades constitucionais (CERVANTES, 1999, p. 374) O Conselho passa a exercer um papel inclusive de fiscal do Executivo. (TROPÉ, 2011, p. 49)

Barroso define a constitucionalização do Direito como “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. (BARROSO, 2005, p. 12) Ele, ao tratar do processo de constitucionalização, afirma que o marco inicial deste foi a decisão do caso Lüth na Alemanha, vez que o Tribunal Constitucional sustentou que os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva- proteção individual- e também uma objetiva. Ou seja, ocorre uma instituição de valores objetivos, sendo que a proteção de certos direitos e valores são de interesse geral da sociedade, assim a interpretação de todas as normas, sejam de natureza pública ou privada, deve ser

condicionada por essas normas constitucionais e vincular os entes públicos. (Ibid., p. 15)

Favoreu defende que o processo de constitucionalização do Direito na França só pode se desenvolver após o reconhecimento da aplicabilidade dos direitos expressos na Declaração de 1789, do preâmbulo da Constituição de 1946 e dos direitos fundamentais dispostos na legislação francesa. As normas constitucionais apenas poderão ter um efeito expansivo sobre todos os ramos do direito no momento que começou a explorar o conjunto de regras que podem ser aplicado aos indivíduos ou utilizado por eles. A decisão do Conselho de 1971 implementou as condições necessárias para o desenvolvimento do processo de constitucionalização em todas as suas dimensões. Contudo, isso não significa que seu início foi essa decisão, ele já se encontrava parcialmente iniciado. (2001, p. 34) Com a decisão de 1971, há um salto, pois não se reconhece só a força normativa das normas constitucionais, mas inclusive do seu preâmbulo.

A ideia de um bloco de constitucionalidade transforma qualitativamente o controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional ao ampliar as normas de referência, abarca muitos direitos e liberdades fundamentais expressos na Declaração de 1789 e no preâmbulo da Constituição de 1946. Assim, a expansão do Direito Constitucional nos ramos do direito privado é favorecida. Para exemplificar, o Conselho Constitucional já reconheceu o valor constitucional do direito de propriedade, definindo as condições de nacionalização pelo Poder Público; também da reparação por culpa; do direito à vida privada. Contudo, muitos direitos previstos nos artigos do Código Civil não tiveram consagrado o seu valor constitucional, como o da liberdade contratual. Por isso, cumpre fazer uma ressalva, o Conselho reconhece o valor constitucional de um princípio, não de um texto do código. (CABRILLAC, 2013, p. 299)

A Reforma Constitucional de 29 de outubro de 1974 foi outra mudança importante, pois antes apenas as quatro maiores autoridades poderiam suscitar o Conselho Constitucional para realizar o controle de constitucionalidade a priori das leis- o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado; com a reforma passaram a ser legítimos também sessenta Deputados ou sessenta Senadores. Com a ampliação do direito de provocações, o grande número de suscitações fez com que o controle de constitucionalidade transformasse-se na função principal do Conselho, o que para

Barroso tornou-o mais próximo da figura da corte constitucional. (BARROSO, 2005, p. 19) Todavia, mesmo após essa reforma, a Constituição continuava não prevendo a possibilidade de provocação por parte dos cidadãos.

Mas como defende Favoreu, o processo de constitucionalização não está vinculado ao acesso dos indivíduos à jurisdição constitucional. O essencial neste processo é o desenvolvimento da justiça constitucional com importância dada as normas constitucionais, e depois dos mecanismos de difusão dessas normas na ordem jurídica. (2001, p. 33) Todavia, ao aumentar o número de legitimados para suscitar o Conselho, como observado por Favoreu, torna-se o processo de constitucionalização mais rápido do que se não houvesse a ampliação, pois quanto mais decisões como a de 1971, maior a evolução do processo. Então, a reforma de 1974 acelerou o processo. (Ibid., p. 34) Apesar de um início tímido, o Conselho tornou-se verdadeiramente independente, um censor das leis, um protetor dos direitos fundamentais, cuja atuação é determinante na constitucionalização do Direito na França. (TURPIN, 2001, p. 625)

Toda a transformação experimentada pelo Conselho nos anos setenta não seria possível só com a decisão de 1971, era imprescindível a reforma de 1974, pois possibilitou que a minoria parlamentar pudesse suscitar o Conselho, ou seja, o direito de provocação foi estendido à oposição parlamentar. Isso resultou no crescimento da importância do controle de constitucionalidade e do Conselho no sistema político. A saída do poder de Charles de Gaulle também refletiu na mudança no papel do Conselho prevista inicialmente no texto constitucional. Ele coordenou a redação da Constituição que fundou a V República, sendo considerado constrangedor informá-lo sobre a forma de aplicar as normas constitucionais. (JOUANJAN, 2008, p. 2-3)

Apesar, de Barroso afirmar que o processo de constitucionalização do Direito na França foi tardio, sendo que a Constituição Francesa “não previu controle de constitucionalidade [...]. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional”. (2005, p. 19) Favoreu defende posição contrária, pois alega que foi instaurado um sistema de justiça constitucional com a criação do Conselho Constitucional, algo que não era cogitável após 1789. Ainda vai além ao afirmar que o sistema constitucional francês “é um dos elementos mais originais e mais importantes de sua organização política e constitucional, é também um dos mais apreciados pela opinião pública”. (2004, p. 93) Jouanjan leciona que as

atuações do Conselho Constitucional, em especial após 1970, desenvolveram o processo de Constitucionalização do Direito, pois o direito passa “a ser entendido a partir da Constituição”. (2008, p. 5)

Com a produção de jurisprudência neste período, foi possível aprimorar o estudo do direito constitucional, pois na França o estudo jurídico baseia-se mais no comentário dos julgados do que das leis, então ele aproxima-se dos outros ramos. As mudanças no Conselho impulsionava uma nova forma de pensar o direito constitucional, reforçando sua importância nas Universidades de Direito e nas revistas jurídica, e também de estudá-lo. Não era mais suficiente apenas analisar o sistema político, ou utilizar o método sistêmico no seu estudo, pois era necessário um estudo mais aprofundado dos dispositivos constitucionais e da aplicação destes. Muda a maneira de compreender o direito constitucional, como os métodos aplicáveis, porque o direito constitucional também passa a estar munido de sanções. Louis Favoreu foi o principal doutrinador responsável por essa mudança paradigmática. (JOUANJAN, 2008, p. 3-4)

Em 1981 foi eleito Presidente da República François Mitterrand e a formação na Assembleia de uma maioria socialista. Com a subida da esquerda ao poder vivenciou-se um período conturbado político e juridicamente. Vários questionamentos foram suscitados ao Conselho Constitucional Francês, sendo complicada a sua atuação, pois a esquerda alegava que este dificultava as reformas, enquanto a direita cobrava a defesa das instituições e tradições francesas. Claro que essas posições são repetidas estando a direita ou a esquerda no poder, sendo que o detentor do mesmo sempre irá criticar o Conselho por barrar suas reformas, enquanto a oposição criticará quando o Conselho não for contrário, alegando que as instituições devem ser protegidas pelo mesmo. Ao analisar a atuação do Conselho naquele período, “mesmo os partidos políticos, à exceção do Partido Comunista, terminaram por reconhecer o relevante papel de amortecedor político nas alternâncias sucessivas”. (SAMPAIO, 2002, p. 551) Por óbvio, que este reconhecimento dos partidos políticos não significa que há uma veneração à atuação do Conselho. (Ibid., p. 551)

A abundância da atuação do Conselho gerou um maior alcance das suas decisões. Em 2001, segundo Favoreu, 95% da jurisprudência referente ao controle de constitucionalidade foi proferida depois de 1974, sendo que 82% desta após o final dos anos 80. Nota-se um desenvolvimento da argumentação utilizada nas

decisões do Conselho e que as suscitações além de terem aumentado também foram majoradas as motivações. (2001, p. 34) Nos anos 80 também houve uma transformação na ciência do direito, “o direito constitucional jurisprudencial transformou-se no objeto ordinário e natural do constitucionalista quando, antes de 1971-1974, eram poucos os estudiosos que lhe davam alguma atenção”. (JOUANJAN, 2008, p. 5)

Ainda assim, alegava-se que era insuficiente a tutela dos direitos e liberdades, tinha-se uma urgência na implementação de uma nova reforma no controle de constitucionalidade. Era necessário possibilitar a intervenção do cidadão, bem como prever a possibilidade de questionar-se a inconstitucionalidade de uma lei já promulgada, visto que nem todas são objeto de um controle prévio. Ademais, novos temas foram inseridos no debate francês, como a impregnação da Constituição na ordem jurídica; a força normativa das normas constitucionais e o uso da técnica de interpretação conforme a Constituição. Entretanto, esse anseio sofreu forte resistência da doutrina mais conservadora, visto que acreditavam que uma nova reforma seria uma ameaça ao sistema já existente e que significaria uma usurpação pelo Conselho Constitucional dos poderes do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação. (BARROSO, 2005, p. 19)

Bulos leciona que nos projetos de lei constitucional de 1990 e 1993 reivindicou-se a previsão de um controle de constitucionalidade difuso. (2014, p. 198) Em 2008, uma nova reforma constitucional, incluiu o artigo 61-1 à Constituição, o qual prevê um controle de constitucionalidade de leis já promulgadas. Com isso, assegurou-se ao litigante, no decorrer de uma ação judicial, a possibilidade de suscitar que a lei aplicada ao seu caso fere os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Tal suscitação não é feita diretamente ao Conselho Constitucional, o exame da questão é solicitado pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação. As modificações implementadas pela reforma de 2008 serão estudadas de forma detida no título referente à Questão Prioritária de Constitucionalidade.

### **3.3 A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS**

O Conselho Constitucional é composto por nove membros, eles são nomeados para um mandato de nove anos, sendo três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do

Senado. (FAVOREU, 2004, p. 93-94) O artigo 56<sup>14</sup> da Constituição Francesa dispõe que as nomeações feitas por estas duas últimas autoridades serão submetidas à consulta da comissão permanente da assembleia envolvida. Não é exigida qualquer qualificação profissional ou faixa etária para se tornar um membro. Favoreu leciona também que um terço dos membros é renovada a cada três anos. (2004, p. 94) A não exigência dos membros serem advogados formados ou estudiosos do direito justifica-se, em razão do Conselho ter sido projetado para funcionar como um mediador dos conflitos entre autoridades constitucionais concorrentes. (TROPER, 2011, p. 47-48)

Assim, o Presidente da República e o presidente de cada uma das assembleias nomeiam, cada um, um membro a cada três anos. Para ser possível esta renovação, a Portaria nº 58-1067<sup>15</sup>- lei orgânica do Conselho Constitucional determinou que o primeiro Conselho Constitucional fosse composto por três membros nomeados por três anos; outros três, por seis anos; e o restante, por nove anos. Ademais, que cada autoridade ficaria responsável pela nomeação de um membro de cada série. Favoreu afirma que essa renovação parcial assegura “certa continuidade e também uma diversidade de origens” (2004, p. 94) Ele mesmo ressalta que como nas demais jurisdições constitucionais, também no Conselho, os membros possuem concepções políticas semelhantes as das autoridades nomeantes. (Ibid., p. 94) Tavares Filho também levanta essa questão, ele afirma que como os critérios de nomeação são políticos, há “uma vinculação político-ideológica entre os membros do Conselho e as autoridades nomeantes”. (2009, p. 8)

Troper defende que apesar da forma de designação dos membros, as decisões do Conselho não têm um viés políticos, pois os membros, pela sua

---

<sup>14</sup> **Article 56**

*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.* (FRANÇA, 1958)

<sup>15</sup> **Article 2**

*Le premier Conseil constitutionnel comprend trois membres désignés pour trois ans, trois membres désignés pour six ans et trois membres désignés pour neuf ans. Le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignent chacun un membre de chaque série.* (FRANÇA, 1958a)

formação, decidem sobre bases puramente legais. Por mais que não haja uma exigência constitucional acerca da formação dos escolhidos para membros, a maioria é de ex-políticos que também são advogados competentes ou de alto servidores civis ou acadêmicos. O autor, contudo, concorda com Tavares Filho, ao afirmar que “ao fazer essas nomeações, as autoridades nomeantes não são cegas às preferências políticas dos candidatos”. (2011, p. 48)

Contudo duas variantes devem ser consideradas, primeiro Favoreu informa que a maioria dos membros é jurista de formação ou de profissão, sendo que 80% dos nomeados após 1959 preenchem os requisitos para serem juízes judiciários ou administrativos. (2004, p. 94) Então, são analisados também critérios pessoais dos nomeados, não cabendo afirmar que são exclusivamente políticos. Outro fato, é que depois de nomeados, os membros gozam de total independência, pois não podem ser destituídos, somente pelo próprio Conselho e em casos excepcionais, e o mandato não é renovável. Ou seja, livra-os das tentações, vez que o mandato durará apenas os nove anos, não podendo ser novamente nomeado. (FAVOREU, 2004, p. 94)

Pode-se acrescentar aos membros do Conselho, os membros de direito que correspondem aos antigos Presidentes da República. Favoreu afirma que apenas houve a participação de membros de direito nas sessões do Conselho de 1959 a 1962, depois o conselho passou a contar apenas com os nove membros nomeados. (2004, p. 93) A previsão dos membros de Direito comporem o Conselho é muito criticada. Ela tinha uma razão de ser quando da criação do Conselho, mas depois das modificações sofridas nos anos setenta, torna-se incoerente e prejudicial à credibilidade do órgão. Laurent Fabius, atual Presidente do Conselho Constitucional nomeado pelo Presidente da República François Hollande, com mandato iniciado em março de 2016, já declarou publicamente o seu desejo em suprimir o direito dos ex-presidentes serem membros do Conselho- membros de direito. Ele fez uma ressalva quanto ao direito de Valéry Giscard d'Estaing, o único membro de direito presente no Conselho Constitucional atualmente. (NADAU, 2016; CONSELHO CONSTITUCIONAL, 2016)

Ele é o único membro de direito, pois Jacques Chirac não integra por motivos de saúde e Nicolas Sarkozy, em razão das suas contas de campanha terem sido rejeitadas pelo Conselho. Ademais, François Hollande já anunciou que não irá ser membro do Conselho quando deixar a presidência da República. Ele prometeu

em 2012 a supressão do referido parágrafo através de uma reforma constitucional, mas por receio do projeto não alcançar a maioria dos 3/5 dos parlamentares reunidos no Congresso, recuou em 2013. (NADAU, 2016)

O projeto de reforma do disposto no parágrafo segundo do artigo 56 da Constituição não saiu do papel, mas o Presidente do Conselho pretende retomá-lo, alegando que seria lógico pela notável ênfase atual do caráter jurisdicional do Conselho. Assim, os membros do Conselho ficariam restritos aos nove nomeados. Ele ainda explica que originalmente o Conselho foi projetado para defender o Executivo do potencial risco de invasão das suas competências pelo legislativo, mas que as mudanças sofridas pelo mesmo tornaram-no um verdadeiro Tribunal Constitucional. (NADAU, 2016) Tavares Filho aponta que no caso dos membros de direito ou natos, como ele prefere denominá-los, não há mandato, pois são membros com vitaliciedade. (2009, p. 8)

Com relação ao mandato dos membros nomeados, deve-se fazer uma ressalva constante na Portaria nº 58-1067<sup>16</sup>, o membro designado em substituição, ao término do cumprimento do restante do mandato do substituído e se tiver ocupado a função em substituição por menos de três anos, pode ser nomeado como membro do Conselho Constitucional. Ora, como leciona Tavares Filho, o mandato de um membro também pode se dar pela sua morte, suspensão dos direitos políticos e civis, incapacidade física permanente, demissão de ofício pelo próprio Conselho Constitucional ou mesmo renúncia. (2009, p. 9) Neste último caso, a Portaria nº 58-1067<sup>17</sup> determina que o membro pode renunciar por carta dirigida ao Conselho, sendo que a nomeação de um substituto deve ocorrer no prazo máximo de um mês da renúncia.

O Presidente da República que nomeia o presidente do Conselho entre os membros nomeados e os de direito. Favoreu afirma que na prática “o Presidente da República confia sempre a presidência do Conselho a um dos membros que ele nomeia no início do seu mandato”. (2004, p. 94) Cervantes afirma que “*esta facultad*

---

<sup>16</sup> **Article 12**

*Les membres du Conseil constitutionnel désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. A l'expiration de ce mandat, ils peuvent être nommés comme membre du Conseil constitutionnel s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de trois ans.*(FRANÇA, 1958a)

<sup>17</sup> **Article 9**

*Un membre du Conseil constitutionnel peut démissionner par une lettre adressée au Conseil. La nomination du remplaçant intervient au plus tard dans le mois de la démission. Celle-ci prend effet de la nomination du remplaçant.* (FRANÇA, 1958a)

*cobra importancia al establecer la Constitución que el Presidente del Consejo tiene preponderância en caso de división de opiniones.”* (CERVANTES, 1999, p. 388) A lógica desta disposição está no fato de que o objetivo inicial da criação do Conselho era a proteção das competências do Executivo, por isso determinou-se que caberia ao Presidente da República esta importante nomeação, vez que o artigo 56, citado acima, dispõe que o Presidente do Conselho tem voto de qualidade no caso de empate. “Não há a previsão de mandato do presidente, sendo a tradição que este tem a duração de nove anos” (TAVARES FILHO, 2009, p. 8)

A Portaria nº 58-1067<sup>18</sup> dispõe ainda que os membros nomeados, antes de tomarem posse, prestam juramento perante o Presidente da República, jurando desempenhar bem e fielmente suas funções, sendo imparciais em respeito à Constituição e mantendo o sigilo das deliberações e dos votos e não tomando qualquer posição pública, ou fazendo qualquer consulta sobre as questões de competência do Conselho. Ou seja, de questões que são ou podem ser objeto de suas decisões. Para garantir a independência e a dignidade de suas funções, um Decreto do Conselho de Ministros define as que lhes são obrigações.

Em respeito a esta determinação foi publicado o Decreto nº 59-1292<sup>19</sup> que trata das obrigações do Conselho Constitucional, estabelecendo como obrigação

---

<sup>18</sup> **Article 3**

*Avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République.*

*Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et 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.*

*Acte est dressé de la prestation de serment.*

**Article 7**

*Un décret pris en conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel, définit les obligations imposées aux membres du Conseil, afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. Ces obligations doivent notamment comprendre l'interdiction pour les membres du Conseil constitutionnel, pendant la durée de leurs fonctions, de prendre aucune position publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil, ou de consulter sur les mêmes questions.* (FRANÇA, 1958a)

<sup>19</sup> **Article 1**

*Les membres du Conseil constitutionnel ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions.*

**Article 2**

*Les membres du Conseil constitutionnel s'interdisent en particulier pendant la durée de leurs fonctions:*

*De prendre aucune position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil ;*

*D'occuper au sein d'un parti ou groupement politique tout poste de responsabilité ou de direction et, de façon plus générale, d'y exercer une activité inconciliable avec les dispositions de l'article 1er ci-dessus ;*

geral a abstenção de atos que possam comprometer a independência e dignidade da sua função de membro do Conselho Constitucional. Ele traz algumas abstenções cabíveis aos membros do Conselho enquanto durarem suas funções. Pela própria redação desse decreto verifica-se que o rol não é exaustivo: utilização de conceitos vagos ou indeterminados. É vedada a tomada de qualquer posição pública ou consulta sobre matérias que tenham sido ou que sejam susceptíveis a ser objeto de decisões do Conselho; a menção à sua qualidade de membro do Conselho em documento susceptível de ser publicado e relativo a uma atividade pública ou privada; ocupar posto de direção ou de responsabilidade em um partido ou grupo político.

A Constituição francesa<sup>20</sup> e a Lei Orgânica<sup>21</sup> do Conselho Constitucional também listam algumas incompatibilidades com a função de membro do Conselho. Entre essas está a vedação de exercer a função de Ministro, de Defensor de Direitos, de membro do Parlamento (e de qualquer mandato eleitoral), do Governo ou do Conselho Econômico, Social e Ambiental. Na realidade, é vedado ao membro exercer qualquer função pública e atividade profissional ou assalariada, bem como com o exercício da profissão de advogado. Ele não pode também ser nomeado para

---

*De laisser mentionner leur qualité de membre du Conseil constitutionnel dans tout document susceptible d'être publié et relatif à toute activité publique ou privée. (FRANCE, 1959)*

<sup>20</sup> **Article 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. (FRANÇA, 1958)*

<sup>21</sup> **Article 4**

**Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, ainsi qu'avec celles de Défenseur des droits. Elles sont également incompatibles avec l'exercice de tout mandat électoral.**

*Les membres du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, le Défenseur des droits ou les titulaires d'un mandat électoral nommés au Conseil constitutionnel sont réputés avoir opté pour ces dernières fonctions s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire dans les huit jours suivant la publication de leur nomination.*

*Les membres du Conseil constitutionnel nommés à des fonctions gouvernementales ou aux fonctions de Défenseur des droits, désignés comme membres du Conseil économique, social et environnemental ou qui acquièrent un mandat électoral sont remplacés dans leurs fonctions.*

**L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée.**

**Les membres du Conseil constitutionnel peuvent toutefois se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.**

**Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat.**

**Article 5**

**Pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix. (FRANÇA, 1958a) (Grifos nossos)**

qualquer cargo público, e caso seja funcionário público, não poderá receber promoção por mérito, ou como diria Tavares Filho, discricionárias (2009, p. 9). É permitido aos membros executar trabalhos científicos, literários ou artísticos. As vedações e obrigações são impostas a todos os membros do Conselho, inclusive os de direito.

Tavares Filho leciona que os as incompatibilidades referentes aos parlamentares sujeitam-se também os membros do Conselho. (2009, p. 9) O membro que pretenda disputar um mandato eletivo deve solicitar uma licença pelo período da campanha eleitoral. Os membros têm a obrigação de informar ao presidente as alterações que possam ocorrer em suas atividades externas ao Conselho. Caso o membro descumpra suas obrigações gerais, cabe ao Conselho pronunciar-se, assim faz-se um escrutínio secreto, incluindo os membros de direito, e a decisão será tomada de acordo com a maioria simples dos membros presentes.

Caso se constate que um membro exerce uma atividade ou aceitou uma função, ou um mandato eletivo incompatíveis com sua qualidade de membro, o Conselho Constitucional, se necessário, demitirá de ofício o mesmo. A mesma regra aplica-se ao membro do Conselho Constitucional com uma deficiência física permanente que o impeça definitivamente de desempenhar as suas funções, nos termos da Portaria nº 58-1067<sup>22</sup>. O Decreto nº 59-1292<sup>23</sup> determina que nesses casos o Conselho deve notificar imediatamente a sua decisão de demitir de ofício um de seus membros ao Presidente da República, bem como à autoridade que o nomeou para fornecer um substituto para a função.

Atualmente, o Conselho Constitucional tem como presidente Laurent Fabius, desde março de 2016, ele é formado pela tradicional Escola Normal Superior de Paris e pela Escola Nacional de Administração, Pós-graduado pelo Instituto de

---

<sup>22</sup> **Article 10**

*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.*

**Article 11**

*Les règles posées à l'article 10 ci-dessus sont applicables aux membres du Conseil constitutionnel qu'une incapacité physique permanente empêche définitivement d'exercer leurs fonctions. (FRANÇA, 1958a)*

<sup>23</sup> **Article 8**

*Lorsqu'en application des articles 10 et 11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel a constaté la démission d'office de l'un de ses membres, il notifie immédiatement sa décision au Président de la République ainsi qu'à l'autorité à qui il appartient de pourvoir au remplacement de l'intéressé.(FRANÇA, 1959)*

Estudos Políticos de Paris, atuou no Conselho de Estado; foi deputado; Presidente da Assembleia Nacional; deputado no Parlamento Europeu; Ministro da Indústria e de Pesquisa; Ministro de Economia, Finanças e Indústria; Ministro de Assuntos Estrangeiros; Ministro de Assuntos Estrangeiros e de Desenvolvimento Internacional; e Presidente da Conferência sobre o clima de Paris (COP21). O único membro de direito é Valéry Giscard D'Estaing, formado pela Escola Politécnica e pela Escola Nacional de Administração, ele ocupou importantes cargos políticos na França, é Presidente da Convenção Europeia desde 2001, Presidente do Comitê Consultivo Internacional da agência Fitch desde 2002, membro da Academia Real Espanhola de Economia e Finanças desde 1995 e membro da Academia Francesa desde 2003. (CONSELHO CONSTITUCIONAL, 2016)

Os outros membros do Conselho são exatamente quatro homens e quatro mulheres, o que demonstra a preocupação do órgão em firmar a igualdade de gênero. No primeiro Conselho Constitucional Francês não havia nenhum membro do gênero feminino. Ocupam ainda os assentos do Conselho: Michel Charasse, licenciado em Direito e pós-graduado pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris; Claire Bazy Malaurie, diplomada pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris, Mestre em Direito, Licenciada em russo e diplomada em língua russa, ex-aluna da Escola Nacional de Administração; Nicole Maestracci, diplomada em Estudos Superiores de Direito Privado e na Escola Nacional de Magistratura; Nicole Belloubet, diplomada em Estudos Avançados de Direito Público e em Estudos Avançados de História do Direito, doutora em Direito Público pela Universidade de Paris; Lionel Jospin, formado em estudos literários gerais, diplomado no Instituto de Estudos Políticos de Paris e na Escola Nacional de Administração; Jean-Jacques Hyst, diplomado em Estudos Superiores de Direito Público; Michel Pinault, licenciado em Direito, diplomado na Escola de Altos Estudos Comerciais, ex-aluno da Escola Nacional de Administração; e Corinne Luquiens, diplomada pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris e diplomado em Estudos Superiores de Direito Público. (CONSELHO CONSTITUCIONAL, 2016)

### 3.4 AS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

Tavares Filho ao tratar das atribuições do Conselho Constitucional Francês delimita-as em controle de constitucionalidade preventivo das leis, regulamentos Parlamentares e tratados internacionais; controle das eleições; competência consultiva para tomada de medidas de exceção pelo Presidente da República; julgamento da repartição de competências legislativas, de competências entre o Estado e as comunidades ultramarinas (Polinésia Francesa, Saint-Barthélemy e Saint-Martin); julgamento de matérias eleitorais. (2009, p. 9)

No presente trabalho optou-se por classificadas em dois grandes grupos as atribuições do Conselho Constitucional. Um referente à sua competência jurisdicional, o qual pode ser subdividido em contencioso normativo e contencioso eleitoral e referendário. E outro acerca da sua competência consultiva. Ou seja, não cabe ao Conselho Constitucional francês apenas o controle de constitucionalidade das leis, essa é apenas uma das suas atribuições.

#### 3.4.1 A competência consultiva

Compete ao Conselho Constitucional francês exercer função consultiva, ela está limitada ao disposto no artigo 16<sup>24</sup> da Constituição e ao disposto na Lei Orgânica<sup>25</sup> relativa ao Conselho Constitucional, não podendo haver extrapolações

---

#### <sup>24</sup> Article 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.*

*Il en informe la Nation par un message.*

*Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.*

*Le Parlement se réunit de plein droit.*

*L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.*

*Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée (grifo nosso). (FRANÇA, 1958)*

#### <sup>25</sup> Article 52

*Lorsqu'il est consulté par le Président de la République dans les cas prévus au premier alinéa de l'article 16 de la Constitution, Le Conseil constitutionnel se réunit immédiatement.*

no exercício desta função. (ARSAC, 2006, p. 783) Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou o cumprimento dos seus compromissos internacionais estão ameaçados de uma maneira grave e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República tomará as medidas necessárias depois de consultar o Conselho Constitucional. Saliente-se que neste caso também serão consultados o Primeiro-Ministro e os presidentes das assembleias.

O Conselho pode ser provocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores, após 30 dias do exercício dos poderes excepcionais, como fim de examinar se as condições enunciadas permanecem. Ele deve se pronunciar com a maior brevidade possível por um parecer público. Ao fim de 60 dias desse exercício e a qualquer momento para além desse período, ele procede automaticamente esse exame e pronuncia-se sobre as condições.

Quando consultado pelo Presidente, o Conselho deve se reunir imediatamente. Ele emite um parecer motivado e público sobre o exame das condições. O Presidente da República notifica o Conselho Constitucional das medidas que se propõe tomar, sendo que o Conselho elabora seu parecer sem demora. Também exerce a função consultiva quando é provocado sobre a organização do escrutínio para a eleição do Presidente da República e para o referendo. O Conselho também formula as observações sobre as eleições parlamentares e presidenciais passadas, assim como sobre os próximos atos eleitorais, a fim de propor às autoridades públicas todas as medidas susceptíveis de melhoramento no encadeamento dessas eleições.

---

**Article 53**

*Il émet un avis sur la réunion des conditions exigées par le texte visé à l'article précédent. Cet avis est motivé et publié.*

**Article 54**

*Le Président de la République avise le Conseil constitutionnel des mesures qu'il se propose de prendre.*

*Le Conseil constitutionnel lui donne sans délai son avis.*(FRANÇA, 1958a)

### 3.4.2 O contencioso eleitoral e referendário

A Constituição Francesa<sup>26</sup> determina que cabe ao Conselho Constitucional velar pela regularidade da eleição do Presidente da República e das operações de referendo, ele examinará as denúncias e anunciará os resultados. O Conselho Constitucional intervém nas eleições à Presidência da República no momento da sua preparação, no desenrolar do pleito e na proclamação dos resultados. (FAVOREU, 2004, p. 95)

Já nas eleições dos deputados e senadores, o Conselho atuará quando houver reclamações apontando irregularidades na campanha eleitoral ou no próprio escrutínio. Cabe aos candidatos e aos eleitores o requerimento ao Conselho. (FAVOREU, 2004, p. 95) No caso de contestação sobre a regularidade da eleição de deputados e de senadores, ele é o juízo que analisa a mesma. Estão incluídas no juízo de regularidade da eleição do parlamentar, a elegibilidade deste e a análise de incompatibilidade existente ou susceptível de ocorrer. A Lei Orgânica<sup>27</sup> do Conselho

---

<sup>26</sup> **Article 58**

*Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin.*

**Article 59**

*Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.*

**Article 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.*(FRANÇA, 1958)

<sup>27</sup> **Article 32**

*Le ministre de l'intérieur communique sans délai à l'assemblée intéressée les noms des personnes proclamées élues.*

*Les procès-verbaux des commissions chargées du recensement, auxquels le représentant de l'Etat joint l'expédition de l'acte de naissance et le bulletin n° 2 du casier judiciaire des élus et de leurs remplaçants, sont tenus à la disposition des personnes inscrites sur les listes électorales ou les listes électorales consulaires et des personnes ayant fait une déclaration de candidature, pendant un délai de dix jours.*

*Passé ce délai, les procès-verbaux et leurs annexes sont déposés aux archives départementales, à celles de la collectivité ou du service de l'Etat concerné. Ils ne peuvent être communiqués qu'au Conseil constitutionnel, sur demande de ce Conseil.*

**Article 33**

*L'élection d'un député ou d'un sénateur peut être contestée devant le Conseil constitutionnel jusqu'au dixième jour qui suit la proclamation des résultats de l'élection, au plus tard à dix-huit heures.*

*Le droit de contester une élection appartient à toutes les personnes inscrites sur les listes électorales ou les listes électorales consulaires de la circonscription dans laquelle il a été procédé à l'élection ainsi qu'aux personnes qui ont fait acte de candidature.*

**Article 34**

*Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que par une requête écrite adressée au secrétariat général du Conseil ou au représentant de l'Etat.*

*Le représentant de l'Etat avise, par voie électronique, le secrétaire général et assure la transmission de la requête dont il a été saisi.*

também disciplina sobre a matéria, ela determina que o Conselho pode ser provocado até o décimo dia após a proclamação dos resultados das eleições, no máximo até às 18 horas, por todas as pessoas cadastradas como eleitores na lista eleitoral da circunscrição do eleito. Os pedidos devem conter o nome completo e a qualificação do requerente, o nome do eleito cuja eleição é contestada e as razões que baseiam a anulação.

Cabe ao Ministro do Interior comunicar sem demora à assembleia interessada os nomes das pessoas proclamadas eleitas. No caso de contestação, cabe ao representante do Estado notificar, por via eletrônica, o Secretário-Geral e garantir a transmissão do requerimento que lhe foi submetido. Este notifica a assembleia interessada. O requerimento não tem efeito suspensivo e é isento de todas as taxas de envio, de selo, e de registro. O Conselho, sem prévia instrução, pode rejeitar, por decisão fundamentada, os requerimentos inadmissíveis ou cujas objeções não afetam o resultado da eleição. Essa decisão é imediatamente notificada à assembleia interessada. Quando reconhecer o requerimento, o Conselho pode anular a eleição contestada e proclamar o candidato que estará regularmente eleito. Caso a instrução demonstrar que o candidato se enquadrou em um dos casos prescritos pelo artigo LO 136-1 do Código Eleitoral, o Conselho pode pronunciar a sua inelegibilidade conforme esse artigo. E, se o candidato já tiver sido declarado eleito, anular a sua eleição.

O Conselho pode adiar a eleição no caso de uma pessoa que anunciou publicamente sua decisão de ser candidata falecer ou se tornar incapacitada, de acordo com os prazos fixados no art. 7 da CRF. Também declara adiada se antes do primeiro turno um dos candidatos falecer ou se tornar impedido. Ele pode ainda reconhecer a força maior que impeça a realização de nova eleição entre 20 a 35 dias após a vacância ou a declaração, de caráter definitivo, do Conselho Constitucional do impedimento do Presidente. Os efeitos das decisões em matéria de contencioso eleitoral variam desde a anulação de votos, das próprias operações

---

*Le secrétaire général du Conseil donne sans délai avis à l'assemblée intéressée des requêtes dont il a été saisi ou avisé.*

**Article 35**

*Les requêtes doivent contenir le nom, les prénoms et qualité du requérant, le nom des élus dont l'élection est attaquée, les moyens d'annulation invoqués.*

*Le requérant doit annexer à la requête les pièces produites au soutien de ses moyens. Le Conseil peut lui accorder exceptionnellement un délai pour la production d'une partie de ces pièces.*

*La requête n'a pas d'effet suspensif. Elle est dispensée de tous frais de timbre ou d'enregistrement. (FRANÇA, 1958a)*

eleitorais, até a declaração de inelegibilidade de um candidato e a anulação de sua eleição.

O eleitor tem o direito de contestar a legalidade da eleição presidencial e das operações referendárias ao presidente do escritório de votação. As reclamações são transmitidas ao Conselho Constitucional para revisão e para proclamação de uma decisão final. Apenas representantes do Estado e os candidatos podem, sob certas condições, provocá-lo diretamente. O Conselho Constitucional intervém nos referendos no momento da sua preparação, no desenrolar do mesmo e na proclamação dos resultados. (FAVOREU, 2004, p. 95)

As operações de referendo são regidas pelo artigo 11 da Constituição e pela Portaria nº 58-1067<sup>28</sup>. O Conselho Constitucional é consultado pelo Governo sobre a organização das operações de referendo. Ele pode fazer observações concernentes à lista das organizações habilitadas a utilizar os meios oficiais de propaganda. Também examina e decide definitivamente todas as reclamações referentes. Caso, ele constate a existência de irregularidades na condução da operação, ele deve apreciar a natureza e a gravidade das irregularidades, pronunciando a sua anulação total ou parcial. Cabe ao Conselho Constitucional também proclamar o resultado do referendo.

O referendo também pode ser organizado por iniciativa de um quinto dos membros do Parlamento, apoiado por um décimo dos eleitores inscritos nas listas eleitorais. Esta iniciativa assume a forma de uma proposição de lei e não pode ter

---

<sup>28</sup> **Article 46**

*Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet.*

**Article 47**

*Le Conseil constitutionnel peut présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande.*

*Article 48 En savoir plus sur cet article...*

*Le Conseil constitutionnel peut désigner un ou plusieurs délégués choisis, avec l'accord des ministres compétents, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif et chargés de suivre sur place les opérations.*

**Article 49**

*Le Conseil constitutionnel assure directement la surveillance du recensement général.*

**Article 50**

*Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations.*

*Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle.*

**Article 51**

*Le Conseil constitutionnel proclame les résultats du référendum. Mention de la proclamation est faite dans le décret portant promulgation de la loi adoptée par le peuple.(FRANÇA,1958a)*

por objeto a revogação de uma disposição legislativa promulgada há menos de um ano.

Sampaio questiona o disposto no artigo 11<sup>29</sup> da Constituição Francesa, pois para o autor caracteriza-se uma hipótese de processo concorrente de revisão, pois poderia o Presidente da República proceder a uma revisão constitucional baseando-se neste artigo. Ademais, o Conselho Constitucional havia declinado sua competência, sob o argumento de que o referendo é expressão da soberania nacional. (2002, p. 392)

O artigo dispõe que o Presidente da República pode submeter a referendo todo projeto de lei sobre a organização dos poderes públicos, as reformas relativas à política econômica, social e ambiental da nação e aos serviços públicos, além de autorizar a ratificação de tratado que afete o funcionamento das instituições. Contudo, a Lei Constitucional 2008-724 alterou o artigo 11, acrescentando quatro novos parágrafos. Declara-se a natureza de projeto de lei dessa proposição, alguns requisitos que devem ser respeitados e que a Lei Orgânica deverá prever outras condições, bem como aqueles referentes ao controle do Conselho Constitucional. Com isso, desnatura-se o questionamento de Sampaio, o qual foi formulado em 2002.

---

<sup>29</sup> **Article 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 tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.*

*Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.*

***Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.***

***Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.***

***Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum.***

***Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin.***

*Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet ou **de la proposition** de loi, le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation. (FRANÇA, 1958) (Os trechos grifados foram introduzidos pela Lei Constitucional n. 2008-724)*

A Lei Orgânica que trata da aplicação do artigo 11 da Constituição foi promulgada em 2013- Lei Orgânica n. 2013-1114. O seu artigo primeiro<sup>30</sup> já trata da transmissão da proposição ao Conselho Constitucional. Esta lei, com as modificações implementadas em 2015, acrescenta e altera o Regulamento nº 58-1067. Acrescenta os artigos 45-1<sup>31</sup>, 45-2<sup>32</sup>.

### 3.4.3 O contencioso normativo

O contencioso normativo do Conselho Constitucional não se restringe ao controle de constitucionalidade das leis, abrange também o juízo da repartição de competências entre a lei e o regulamento, cabendo inclusive ao Conselho modificar o *status* de uma disposição de legislativa para regulamentar, em razão da natureza de seu conteúdo. Também, verificar se as condições de apresentação dos projetos de lei atendem as condições fixadas por lei orgânica. E exerce o juízo de repartição das competências entre o Estado e as *collectivités d'outre-mer* (Polinésia Francesa, Saint Barthélemy e Saint Martin).

Não está expressa a competência do Conselho para julgar os conflitos entre os poderes públicos nacionais, mas, por intermédio de outros procedimentos ele acaba assumindo essa função. Ele assegura que a divisão de competências normativas e orçamentárias entre o Poder Executivo e Legislativo seja respeitada nos parâmetros exigidos pela constituinte, mantendo o equilíbrio entre as atribuições dos dois poderes. Ele realiza tal controle através da análise dos regulamentos do

---

#### <sup>30</sup> Article 1

*Une proposition de loi présentée par des membres du Parlement en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution est déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat en vue de sa transmission au Conseil constitutionnel.*

*La proposition de loi est transmise au Conseil constitutionnel par le président de l'assemblée saisie. Aucune signature ne peut plus être ajoutée ou retirée. (FRANÇA, 2013)*

<sup>31</sup> *Lorsqu'une proposition de loi lui est transmise par le président d'une assemblée en vue du contrôle prévu au quatrième alinéa de l'article 11 de la Constitution, le Conseil constitutionnel en avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et le président de l'autre assemblée. (FRANÇA, 2013)*

<sup>32</sup> *Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi :*

*1° Que la proposition de loi est présentée par au moins un cinquième des membres du Parlement, ce cinquième étant calculé sur le nombre des sièges effectivement pourvus à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel, arrondi au chiffre immédiatement supérieur en cas de fraction;*

*2° Que son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ;*

*3° Et qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution. (FRANÇA, 2013)*

Parlamento com a Constituição e também das leis orgânicas e ordinárias. (FAVOREU, 2004, p. 95-96)

Quanto à competência para verificar a repartição de competência entre a lei e o regulamento, a mesma está disposta na Constituição<sup>33</sup> e na Portaria nº 58-1067<sup>34</sup>. O Conselho Constitucional pode ser consultado pelo presidente da assembleia interessada ou pelo Primeiro-Ministro sobre a repartição, em razão de uma matéria discutida. Todavia, caso o objeto seja uma disposição legislativa em vigor, somente o Primeiro-Ministro pode provocar o Conselho, em função da natureza regulamentar daquela. O Conselho constata, mediante uma declaração motivada, o caráter legislativo ou regulamentar das disposições que lhe foram submetidas. Ele deve se pronunciar no prazo de um mês, sendo que esse prazo pode ser reduzido para oito dias quando o Governo declara urgência.

Está incluído, na repartição de competências entre a lei e o regulamento, o exame da inadmissibilidade. Se durante o processo legislativo uma proposta ou uma emenda não é do domínio da lei ou é contrária à delegação prevista no artigo 38, o

---

<sup>33</sup> **Article 37**

(...)

*Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.*

**Article 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.* (FRANÇA, 1958)

<sup>34</sup> **Article 24**

*Dans les cas prévus à l'article 37 (alinéa 2) de la Constitution, le Conseil constitutionnel est saisi par le premier ministre.*

**Article 25**

*Le Conseil constitutionnel se prononce dans le délai d'un mois. Ce délai est réduit à huit jours quand le Gouvernement déclare l'urgence.*

**Article 26**

*Le Conseil constitutionnel constate, par une déclaration motivée, le caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui ont été soumises.*

**Article 27**

*Au cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 41 de la Constitution, la discussion de la proposition de loi ou de l'amendement auquel le Gouvernement a apposé l'irrecevabilité est immédiatement suspendue.*

*L'autorité qui saisit le Conseil constitutionnel en avise aussitôt l'autorité qui a également compétence à cet effet selon l'article 41 de la Constitution.*

**Article 28**

*Le Conseil se prononce dans le délai de huit jours par une déclaration motivée.*

**Article 29**

*La déclaration est notifiée au président de l'assemblée intéressée et au premier ministre.* (FRANÇA, 1958a)

Governo ou o presidente da assembleia submetida pode opor a inadmissibilidade. Todavia, se houver desacordo entre o Governo e o presidente da assembleia interessada, o Conselho Constitucional, a pedido de um ou de outro, delibera dentro do prazo de oito dias. A discussão da proposição de lei ou de emenda que o Governo suscitou a inadmissibilidade é imediatamente suspensa. O Conselho se pronuncia através de uma declaração motivada, sendo que esta é notificada ao presidente da assembleia interessada e ao Primeiro-Ministro.

Após a reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, foi acrescentado o parágrafo quarto ao artigo 39<sup>35</sup> da Constituição francesa. Este parágrafo que trata da possibilidade do Conselho ser chamado para verificar se as condições de apresentação dos projetos de lei atendem as condições fixadas pela lei orgânica. A Constituição Francesa dispõe que a iniciativa das leis pertence concorrentemente ao Primeiro-Ministro e aos membros do parlamento. Além disso, que os projetos de lei são discutidos no Conselho de Ministros após parecer do Conselho de Estado e apresentados em uma das duas assembleias. Os projetos de lei de finanças e de lei de financiamento da seguridade social são submetidos primeiramente à Assembleia Nacional. Já os projetos cujo principal objeto é a organização das coletividades territoriais são submetidos primeiro ao Senado.

A apresentação dos projetos de lei perante a Assembleia Nacional ou o Senado deve cumprir os requisitos fixados pela lei orgânica. Com isso, os projetos de lei não podem ser inscritos na ordem do dia se a Conferência dos Presidentes da primeira assembleia consultada constatar que as regras fixadas pela lei orgânica foram desrespeitadas. Assim, em caso de desacordo entre a Conferência dos

---

**35 Article 39**

*L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.*

*Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.*

*La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.*

*Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.*

*Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.*(FRANÇA, 1958)

Presidentes e o Governo, o presidente da assembleia interessada ou o Primeiro-Ministro podem provocar o Conselho Constitucional, o qual deliberará no prazo de oito dias. A Portaria nº 58-1067<sup>36</sup> determina que a decisão do Conselho Constitucional seja motivada e notificada aos Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado e ao Primeiro-Ministro. Ela também é publicada no Jornal Oficial.

Já a repartição de competências entre o Estado e as *collectivités d'outre-mer* busca respeitar o equilíbrio entre estes, mas não significa imposições, pois a França é um Estado unitário e não uma Federação. Apesar disso, o Conselho Constitucional é bastante suscitado sobre o tema. (FAVOREU, 2004, p. 96) A Constituição<sup>37</sup> Francesa também discorre sobre essa competência do Conselho.

As *collectivités d'outre-mer* terão um estatuto com os interesses específicos de cada uma no seio da República Francesa. O estatuto é definido por lei orgânica

---

<sup>36</sup> **Article 26-1**

*Le Conseil constitutionnel, saisi conformément au quatrième alinéa de l'article 39 de la Constitution, avise immédiatement le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.*

*La décision du Conseil constitutionnel est motivée et notifiée aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et au Premier ministre. Elle est publiée au Journal officiel.* (FRANÇA, 1958a)

<sup>37</sup> **Article 74**

*Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.*

*Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :*

- *les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;*
- *les compétences de cette collectivité; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique;*
- *les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;*
- *les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.*

*La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :*

- *le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;*
- *l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité;*
- *des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;*
- *la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.*

*Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.* (FRANÇA, 1958)

que estabelece, em suma, as condições de aplicabilidade das suas leis e regulamentos; as competências daquelas; as regras de organização e funcionamento das instituições da *Collectivité*; o regime eleitoral da sua Assembleia Deliberativa; as condições em que as suas instituições são consultadas sobre os projetos e proposições de lei e os projetos de diploma ou de decreto que comportem as disposições particulares à *collectivité*; bem como a ratificação ou aprovação dos compromissos internacionais celebrados em matéria de sua competência. A Assembléia Deliberativa pode alterar uma lei promulgada após a entrada em vigor do estatuto da *collectivité*, quando o Conselho Constitucional, consultado particularmente pelas autoridades da *collectivité*, constatar que a lei está intervindo no domínio da competência dessa.

#### **3.4.3.1 O Controle de constitucionalidade a priori**

Como já dito acima, a Constituição Francesa apenas previa a possibilidade de um controle de constitucionalidade antes da entrada em vigor da lei, ou seja, um controle *a priori*. Este foi instituído pelo art. 61 da Constituição. Podem ser objeto do controle preventivo de constitucionalidade os regulamentos parlamentares, os tratados, as leis orgânicas e as leis ordinárias. (FAVOREU, 2004, p. 96) O controle *a priori* busca purificar as leis dos vícios de inconstitucionalidade antes que estas comecem a vigorar, esse controle objetiva a perfeição da norma. Esse controle é obrigatório para certos tipos de normas, sendo facultativo em outros. (SAMPAIO, 2002, p. 49) Ele deve ser suscitado ao Conselho em um lapso temporal de 15 dias que corresponde ao intervalo entre a aprovação pelo Parlamento e a sua promulgação pelo Presidente. (TROPER, 2011, P. 48)

Ou seja, é obrigatória a submissão ao Conselho Constitucional, para este se pronunciar sobre a conformidade com a Constituição; das leis orgânicas, antes de sua promulgação, esta obrigatoriedade também consta no artigo 46 da Constituição; das propostas de lei mencionadas no artigo 11, antes de submetidas ao referendo; e dos regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação. Também podem ser objeto dessa forma de controle preventivo, os tratados e compromissos internacionais antes das suas ratificações ou aprovações. (FAVOREU, 2004, p. 97)

Os legitimados para suscitar o controle preventivo são apenas autoridades políticas. (FAVOREU, 2004, p. 96) Antes da Reforma Constitucional de 1974, o

Conselho somente poderia ser provocado pelas quatro maiores autoridades: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o presidente da Assembleia Nacional e o presidente do Senado. Esta prerrogativa foi ampliada, incluindo-se os 60 deputados ou 60 senadores. As leis orgânicas aprovadas pelo parlamento serão transmitidas pelo Primeiro-Ministro, sendo que no ofício de transmissão indica, se for o caso, a urgência. Já os regulamentos e as suas alterações adotados por uma ou outra assembleia são transmitidos pelo presidente desta.

Se a lei for submetida por iniciativa dos parlamentares, deve haver um total de pelo menos sessenta assinaturas de deputados ou senadores, mesmo que a consulta tenha sido feita através de um ou de vários ofícios. Nesse caso, cabe ao Conselho notificar imediatamente sobre essa submissão o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado, sendo que estes últimos informam aos membros das assembleias.

O controle de constitucionalidade é obrigatório antes da entrada em vigor das leis orgânicas, sendo legitimado exclusivo para suscitar o Primeiro Ministro. A explicação para essa obrigatoriedade justifica-se pelo fato do texto constitucional exigir sua aplicação as matérias importantes tratadas nas leis orgânicas também denominadas de leis institucionais. (TROPER, 2011, p. 38)

Já as leis ordinárias, que “regulam algumas matérias substantivamente constitucionais, como o sistema eleitoral ou o financiamento de partidos políticos” (TROPER, 2011, p. 38). Podem suscitar o Conselho para controlar a sua constitucionalidade antes da promulgação todos os legitimados previstos constitucionalmente- as quatro maiores autoridades, sessenta deputados ou sessenta senadores. Houve um crescimento muito expressivo no número de provocação após a reforma de 1974, a qual acrescentou aos legitimados os deputados e senadores. (FAVOREU, 2004, p. 97)

A competência para examinar os regulamentos da Assembleia, consiste em analisar as resoluções adotadas pelas casas legislativas que tratam da organização, das funções internas, dos processos de deliberação, dos membros. Para a análise o Conselho utiliza como paradigmas da fiscalização a Constituição, as leis orgânicas e as medidas legislativas referentes. (SAMPAIO, 2002, p. 301) Não cabe ao Conselho adentrar no debate legislativo.

A atuação do Conselho nesse exame é bastante efusiva, qualquer tentativa da Assembleia Nacional ou do Senado utilizar o regulamento para o reconhecimento

de poderes não atribuídos pela Constituição ou a ampliação de poderes atribuídos, certamente será reprovada pelo Conselho. Sampaio exemplifica com as negativas às normas que dispunham sobre a extensão dos poderes da Comissão de Inquérito e de Controle, a imposição de novas obrigações ao governo, de limitação o tempo de fala do governa e a capacidade de designar ministro para responder questão parlamentar. Ou seja, o Conselho resguarda as prerrogativas governamentais, assim como preservar os direitos dos parlamentares, como “a liberdade de os parlamentares constituírem grupos, o caráter pessoal do voto, bem como o direito de depositar subemendas.” (2002, p. 302)

Apesar desta competência do Conselho resultar em uma interferência no funcionamento do parlamento, deve-se salientar que as violações aos regimentos emitidos pelo parlamento não podem ser objeto de discussão, por entenderem que não têm valor constitucional. As disposições regimentais podem ser alteradas inclusive por costume, então ficam fora do controle jurisdicional. Assim, consegue-se fugir do controle do Conselho. (SAMPAIO, 2002, p. 304)

O Conselho também pode ser chamado para realizar este controle antes da ratificação ou aprovação de um compromisso internacional, conforme disposto no artigo 54 da Constituição. Este atribui às mesmas autoridades a prerrogativa de provocar o Conselho. Prevê ainda que no caso do Conselho declarar que o compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o mesmo só pode ocorrer após a revisão da Constituição. Contudo, em razão da dificuldade de reformar à Constituição, isso significa que há poucas chances do compromisso internacional ser ratificado. (FAVOREU, 2004, p. 96)

Sampaio faz um esclarecimento muito pertinente sobre a análise pelo Conselho dos Tratados internacionais:

[...] quando o Presidente da República transmite ao Conselho a questão do protocolo da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, relativa à abolição da pena de morte, o debate não é mais formulado em linguagem política, a favor ou contra a pena de morte, mas estritamente jurídica: o protocolo atenta contra o artigo 3º da Constituição, no pertinente às condições essenciais do exercício da soberania nacional? (SAMPAIO, 2002, p. 301)

A apreciação da conformidade com a Constituição é feita sobre a relatoria de um membro do Conselho dentro do prazo fixado. A declaração do Conselho deve

ser motivada e publicada no Jornal Oficial. Ela pode surtir os seguintes efeitos: encerra a suspensão do prazo para promulgação, caso declare a constitucionalidade da disposição; a lei não pode ser promulgada, se declarar que tem uma disposição contrária à Constituição e inseparável do texto daquela; promulgar a lei com exceção desta disposição, ou solicitar às Câmaras uma releitura, se não constatar que a disposição acima referida é inseparável; e, no caso em que declarar que o regulamento parlamentar que lhe foi transmitido contém uma disposição contrária à Constituição, esta disposição não pode ser aplicada pela Assembleia que a tenha votado.

As decisões do Conselho referentes ao controle a priori quando determinam a anulação são “sempre estritamente cumpridas pelos poderes públicos” (FAVOREU, 2004, p. 98). Quando são rejeitadas costuma ser por inadmissibilidade, estas são muito raras e não exigem comentários; ou rejeitam pela lei estar em conformidade, assim as leis podem ser promulgadas. Há ainda as decisões de conformidade com reservas, em que o Conselho tem preferido adaptar as disposições contestadas, “através de uma interpretação construtiva, neutralizante ou diretiva”. (Ibid., p. 98) Em ambos os casos de controle a priori previstos, o Conselho Constitucional deve pronunciar-se no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se houver urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Ademais, a submissão de uma lei ao Conselho suspende o prazo da sua promulgação.

Desde 1999, o Conselho Constitucional pode examinar a conformidade com a Constituição das leis da Nova Caledônia (Lei Orgânica nº 99-209 ). A lei do país que for objeto de nova deliberação do congresso pode ser submetida ao Conselho Constitucional pelo Alto-Comissário, o Governo, o presidente do Congresso, o presidente de uma assembleia de província ou dezoito membros do Congresso, sendo que quando submetida por estes últimos, deverão constar em um ou em vários ofícios encaminhados ao Conselho, pelo menos dezoito assinaturas dos membros do congresso.

O Conselho pronuncia-se em três meses da consulta, e sua decisão é publicada no Jornal Oficial da República Francesa e no Jornal Oficial de Nova Caledônia. Caso constate que a lei do país contém uma disposição contrária à Constituição e inseparável de resto do corpo da lei, essa não pode ser promulgada. Todavia, se não constatar que é inseparável, apenas a disposição que não poderá ser promulgada. Neste último caso, o Governo pode solicitar, em dez dias da

publicação da decisão do Conselho Constitucional no Jornal Oficial da Nova Caledônia, uma nova deliberação do Congresso sobre essa disposição, com o fim de assegurar a conformidade com a Constituição.

O Alto-Comissário é a autoridade que promulga a lei do país, essas têm força de lei dentro da sua área de domínio e não são passíveis de recurso após a sua promulgação. Todavia, podem ser objeto de uma Questão Prioritária de Constitucionalidade, ou seja, do controle de constitucionalidade a priori. Entretanto, se suas disposições ultrapassarem a sua área de atuação terão caráter regulamentar. O Conselho de Estado que é suscitado para se pronunciar sobre a natureza jurídica de uma disposição da lei do país, tendo um prazo de três meses para se pronunciar. Ele pode ser provocado pelo presidente do Congresso, pelo presidente do governo, pela presidente de uma assembleia de província ou pelo Alto-Comissário. A autoridade que provoca deve avisar imediatamente as outras autoridades citadas.

O artigo 62 da Constituição Francesa elenca alguns efeitos das decisões do Conselho. Ele determina que se o Conselho, no exercício do seu controle *a priori*, declarar uma disposição inconstitucional, esta não poderá ser promulgada e nem aplicada. Ou seja, o caso das decisões de conformidade (DC) relativas às leis orgânicas ou ordinárias, não se pode falar em revogação, visto que estas ainda não foram promulgadas. No que tange, a não aplicação, essa se refere aos regulamentos de uma assembleia parlamentar. Ainda, se insere nesse controle, a decisão sobre a conformidade de um compromisso internacional, nesse caso a decisão autoriza a ratificação ou determina que só possa ocorrer após uma revisão constitucional.

Discute-se na França se pode ser objeto de controle de constitucionalidade as leis constitucionais. Boa parte da doutrina defende que há um núcleo duro que não podem ser derogados sob qualquer hipótese, o qual se refere aos direitos e liberdades intangíveis e também a certos valores- forma republicana, separação dos poderes, pluralismo, dignidade humana etc. Este núcleo não pode ser revisado, então mesmo a Constituição sendo revisável, é equivoco concluir que todas as suas disposições o são. (SAMPAIO, 2002, p.390-391)

O Conselho Constitucional Francês, ao manifestar-se sobre a matéria, emitiu uma decisão dúbia, pois ao mesmo tempo em que afirma que o Constituinte pode trazer novas disposições, pois é soberano, alega que há limitações formais impostas

pelo artigo 89 da Constituição Francesa . O grande problema é que o quinto parágrafo do artigo 89 dispõe que a forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão, mas qual o sentido exato dessa vedação? Seria a república no sentido estrito, ou seja, contrária à monarquia? Ou os seus valores e princípios que estariam protegidos- separação dos poderes, responsabilidade governamental, igualdade, laicização? Sampaio ainda esclarece que os limites materiais implícitos também podem estar abarcados, “como a soberania nacional, a nacionalidade, a unidade do estado, referidos não tanto à esfera constitucional, mas a uma supraconstitucionalidade”. (2002, p. 392)

Não foi localizada qualquer decisão do Conselho Constitucional que sane os questionamentos sobre o sentido exato da vedação. Apenas que tratam sobre o revisável. Na decisão nº 99-410 DC declarou que a derrogação não pode ser implícita e nas decisões nº 2003-478 e nº 2004-503 definiu-se que o parlamento pode ser autorizado a derrogar o princípio da igualdade perante a lei desde que em caráter experimental, com duração limitada, com posterior generalização, e definindo o objeto e as condições de aplicação, sendo vedado ignorar as outras exigências de valor constitucional. Contudo, pode-se inferir destas últimas que o sentido adotado pelo Conselho abarca os princípios e valores constitucionais.

#### **3.4.3.2 A Questão Prioritária de Constitucionalidade**

Como já tratado no início deste capítulo, o Conselho passou por uma grande revolução, transformando totalmente a forma de atuação, de concepção sobre a sua função no Estado Democrático de Direito Francês, e na própria maneira como é visto e influencia todos os poderes estatais, inclusive alterando o modo de agir deles. Com certeza, as maiores transformações foram implementadas nos anos setenta, pois foram responsáveis por transformar o Conselho, antes tido como guardião das competências do Executivo, em um verdadeiro Tribunal Constitucional. Nesta época, o processo de constitucionalização do Direito na França deu um grande salto, alterando o modo que o Direito Constitucional assumiu na ciência jurídica francesa.

Contudo, a revolução promovida pela reforma constitucional de 2008 foi de importância singular também, pois o Conselho, além de ser competente para realizar o controle de constitucionalidade preventivo, passou a ter competência para realizar

o controle das leis já promulgadas. (BULOS, 2014, p. 198) A Lei Constitucional n. 2008-724- Lei de Modernização das Instituições da V República- trouxe uma grande inovação ao permitir essa nova modalidade de fiscalização de constitucionalidade. (BARROSO, 2012, p. 80) Assim, passou-se a prever a possibilidade de durante o curso de um processo em uma jurisdição poder-se alegar que uma disposição legal viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, sendo a questão submetida ao Conselho Constitucional para o controle da sua constitucionalidade.

Favoreu lecionava sobre um controle *a posteriori* existente antes mesmo da reforma de 2008. Apesar da constitucionalidade das leis já promulgadas não poderia ser questionada ao Conselho Constitucional e nem perante as jurisdições administrativas ou judiciárias. Contudo, a exceção estaria disciplinada no artigo 37<sup>38</sup> da Constituição:

Há todavia uma exceção, limitada mas incontestável, a esse princípio: em virtude do artigo 37, alínea 2, da Constituição, os textos de caráter legislativo podem ser delegados no todo ou em parte, à Corte Constitucional. Essa competência do Conselho Constitucional está ligada ao sistema de divisão das competências entre lei e regulamento, estabelecido pelos artigos 34 e 37 da Constituição: teoricamente, entretanto, algumas matérias são reservadas ao legislativo e outras dependem do poder regulamentar; assim, quando a lei, por erro, rege uma matéria regulamentar, o poder regulamentar pode intervir nessa mesma matéria por decreto, com a condição de ter previamente mostrado o erro cometido ao legislador. É o procedimento conhecido como delegatório. (FAVOREU, 2004, p. 99)

Então, o Conselho Constitucional analisa a lei já promulgada para verificar se ela respeita o disposto na Constituição no que tange a repartição de competências entre as leis e os regulamentos. Caso o Conselho declare que a lei tem caráter regulamentar, poderá a mesma ser modificada por Decreto. Quando as leis forem anteriores cabe ao Conselho de Estado ser consultado antes da emissão de decreto.

O art. 61.1<sup>39</sup> acrescentado pela reforma constitucional de 2008 permite que o Conselho de Estado e a Corte de Cassação suscitem o Conselho Constitucional

---

<sup>38</sup> **Article 37**

*Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.* (FRANÇA, 1958)

<sup>39</sup> **Article 61-1**

para se manifestar sobre a constitucionalidade de lei que, alegadamente, viola direitos e liberdades garantidos constitucionalmente. (BARROSO, 2012, p. 80) O termo *direitos fundamentais* originou-se na França no século XVIII em pleno movimento político-cultural responsável pela confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, depois que houve a dissipação no pensamento jurídico alemão. (FERNANDES, 2011, p. 240) O Conselho Constitucional declarou que o princípio da proibição de retrocesso aplica-se aos direitos de liberdade, não sendo vedada a revogação de lei que proteja liberdades fundamentais sem a sua substituição por outra que disponha de garantias semelhantes ou equivalentes à revogada. (Ibid., p. 1267)

Como visto na parte referente à constitucionalização dos direitos na França, a decisão de 1971 criou a ideia de bloco de constitucionalidade, declarando o valor constitucional do preâmbulo da Constituição de 1946 e da Declaração de 1789. Apesar dessa decisão ter firmado o valor constitucional, deixou dúvidas acerca do sentido preciso dos princípios fundamentais, com isso criou-se uma abertura para a criação jurisprudencial, limitando-se a mesma pela coerência com as leis francesas. Em regra, o Conselho não consagra os direitos não escritos que não sejam as liberdades clássicas e busca fundamentar as decisões em dispositivo já existente, ao invés de reconhecer novos direitos fundamentais. Agiu desta forma, ao reconhecer o direito à moradia, baseando-se no interesse nacional. (SAMPAIO, 2002, p. 712-713)

O Conselho criou ainda a figura dos princípios de valor constitucional, enumerando-os: “princípio de ir e vir, princípio da continuidade da vida nacional, o princípio da separação dos poderes, o princípio da continuidade do serviço público e o princípio da proteção à saúde e segurança das pessoas e bens”. (SAMPAIO, 2002, p. 713). Contudo, o Conselho não conceitua ou fundamenta a ideia em si de princípios de valor constitucional, parte da doutrina afirma que se tratam dos direitos existentes no texto constitucional. (Ibid., p. 713)

Antes da reforma implementada pela reforma de 2008, o Conselho havia decidido que caberia ao legislador o função de conciliar as liberdades à ordem

---

*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.* (FRANÇA, 1958)

pública- decisão 85-187<sup>40</sup> DC. Sampaio afirma que o Conselho determinou que cabe ao legislador fixar as normas sobre as garantias fundamentais ao exercício das liberdades públicas. (2002, p. 735) O Conselho Constitucional já reconheceu a possibilidade de limitar direitos de valor constitucional, desde que seja para proteger a ordem pública ou o interesse geral, como nas decisões 89-254 e 85-187 DC. Entre estes, Sampaio arrola os seguintes: o direito à propriedade; à liberdade individual e à liberdade de ir e vir; à liberdade de ensino, à liberdade de comunicação do pensamento e opinião; à liberdade de associação; o direito de greve. (Ibid., p. 737-738)

Na reforma de 2008 estava disposta a necessidade de regulamentação da nova competência do Conselho por meio de lei orgânica. Esta foi editada apenas no final de 2009- Lei Orgânica 2009-1523. (BARROSO, 2012, p. 80) Essa lei orgânica apenas foi promulgada em 10 de Dezembro de 2009, provavelmente em razão da resistência sofrida por sua implantação. A Lei Orgânica foi responsável pela qualificação dessa questão de constitucionalidade como prioritária. Isso significa que quando ela é posta em um tribunal, a mesma deverá ser abordada sem demora e sua tramitação terá prioridade em relação aos outros controles exercidos pelo Conselho. Assim, somente em 2010 foi suscitada a primeira questão prioritária ao Conselho Constitucional Francês.

A importância da inserção do controle de constitucionalidade das leis em vigor é demonstrada pelo número de suscitações em relação ao controle de constitucionalidade *a priori*. Para demonstrar confeccionou-se o presente quadro comparativo, através de dados extraídos das estatísticas da quantidade de suscitações realizadas ao Conselho. (CONSELHO CONSTITUCIONAL, 2017), Através dele, verifica-se que após a implementação da questão prioritária de constitucionalidade (2010), o número de suscitações referentes ao controle *a posteriori* é quase quatro vezes maior que ao controle *a priori*. O controle posterior representa 78% dos processos de controle de constitucionalidade.

---

<sup>40</sup> 3. *Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré.* (FRANÇA, 1985)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (au 30 juin)	Somatório
Loi ordinaire	15	15	12	15	19	13	5	94
Loi organique (suscitação obrigatória)	9	6	4	6	3	4	6	38
Traité			1					1
Règlement des assemblées (suscitação obrigatória)		2		1	2	1		6
SOUS TOTAL DC	24	23	17	22	24	18	11	139
Loi du pays				1	1	1	1	4
Question prioritaire de constitutionnalité	64	110	74	66	67	68	58	507

Então o controle *a posteriori* na França é denominado de questão prioritária de constitucionalidade- *question prioritaire de constitutionnalité*. (BARROSO, 2012, p. 80) Ela dispõe que a inconstitucionalidade da lei por violação dos direitos e liberdades fundamentais garantidos constitucionalmente deve ser arguida pelas partes na esfera do processo judicial ou administrativo. O juiz administrativo ou judicial encaminhará a questão à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, estes que vão suscitar o Conselho Constitucional. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.72)

Os pressupostos para suscitar uma questão prioritária são definidos por Souza Neto e Sarmento como: ser a lei questionada aplicável ao litígio; não tenha sido essa lei objeto de decisão anterior do Conselho, salvo demonstre que houve relevante mudança que justifica a reanálise da sua constitucionalidade pelo Conselho; e que a questão tenha caráter sério. A decisão do Conselho sobre a questão tem eficácia geral. (2012, p. 72)

No que tange ao trâmite de suscitação da Questão Prioritária de Constitucionalidade, ele é disposto na Portaria n. 58-1067. Nos órgãos jurisdicionais sob a alçada do Conselho de Estado e o Tribunal de Cassação, a alegação de que um dispositivo legal viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição deve ser apresentada em documento distinto, escrito e motivado, sob pena de inadmissibilidade. A alegação pode ser suscitada pela primeira vez no caso de recurso, não pode ser conhecida de ofício. O órgão jurisdicional delibera, sem demora, por uma decisão motivada, sobre a transmissão da QPC ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, ela só é realizada se cumprida às condições exigidas.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> **Article 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.*

Uma das condições é de que o dispositivo contestado seja aplicável ao litígio, ao processo, ou seja, o fundamento da acusação. Ele não pode já ter sido declarado conforme a Constituição por decisão do Conselho Constitucional, salvo no caso de mudanças nas circunstâncias. A questão não pode ser desprovida de um caráter sério. Quando a questão é transmitida, fica o órgão jurisdicional suspenso de decidir até o recebimento da decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, ou, se houver sido provocado, do Conselho Constitucional. Todavia, a instrução do processo não é suspensa e podem ser tomadas as medidas provisórias ou conservatórias necessárias. Entretanto, quando uma pessoa está privada da sua liberdade por causa do processo ou o objeto desse é uma medida privativa de liberdade, não há aquela suspensão. Além disso, o órgão jurisdicional pode igualmente deliberar sem esperar a decisão sobre a questão prioritária de constitucionalidade se a lei ou o regulamento prevê prazo determinado ou urgência.<sup>42</sup>

---

*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.*

**Article 23-2**

*La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

*1° La disposition contestée est applicable au litige ou 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.*

*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'Etat ou à la Cour de cassation.*

*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. (FRANÇA, 1958a)*

<sup>42</sup> **Article 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.*

O Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação pronuncia-se, dentro de um prazo de três meses do recebimento da transmissão, sobre a remessa da QPC ao Conselho Constitucional. Aqueles procedem à remessa após verificar o cumprimento das condições já citadas no item anterior. Quando o Conselho Constitucional é provocado, ficam eles suspensos de decidir até o pronunciamento daquele. Todavia, não haverá suspensão se o objeto do processo for privação de liberdade e a lei preveja que o Tribunal de Cassação delibere em um prazo determinado. Também não se suspende no caso de haver urgência na decisão.<sup>43</sup>

A decisão fundamentada do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação de provocar o Conselho Constitucional é transmitida com as alegações e conclusões das partes. A decisão é comunicada ao órgão jurisdicional que transmitiu a QPC e notificada às partes dentro de oito dias do seu pronunciamento. O Conselho Constitucional recebe uma cópia da decisão que decidir pela não

---

*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.*

*En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.*

*Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. (FRANÇA, 1958a)*

<sup>43</sup> **Article 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.*

**Article 23-5**

*Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.*

*En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi 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 le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.*

*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.*

*Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer. (FRANÇA, 1958a)*

submissão de uma QPC. Ademais, caso o Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação não se pronunciem dentro dos prazos previstos, a questão é transmitida ao Conselho Constitucional<sup>44</sup>.

O Conselho Constitucional deve avisar imediatamente ao Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado, para que estes possam lhe encaminhar as suas observações sobre a QPC que lhe foi submetida. Quando um dispositivo de uma lei do país da Nova Caledônia for objeto da QPC, é informado também ao presidente do governo da Nova Caledônia, o presidente do congresso e os presidentes das assembleias de província.<sup>45</sup>

Após a suscitação do Conselho, a extinção, por qualquer motivo, do processo originário, não produz qualquer efeito no exame da questão. Ele delibera no prazo de três meses a contar da sua submissão. As partes são chamadas a apresentar suas observações, respeitando o contraditório. A audiência é pública,

---

<sup>44</sup> **Article 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. (FRANÇA, 1958a)*

<sup>45</sup> **Article 23-8**

*Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise.*

*Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.*

**Article 23-9**

*Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question.*

**Article 23-10**

*Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.*

**Article 23-11**

*La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée.*

*Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées.*

*La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. (FRANÇA, 1958a)*

salvo em casos excepcionais definidos por regimento interno do Conselho Constitucional. A decisão do Conselho é fundamentada. Ela é notificada às partes e comunicada ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, bem como, se for o caso, ao órgão jurisdicional em que a questão foi levantada.

O Conselho Constitucional comunica sua decisão também ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e aos presidentes da Assembleia Nacional e do Senado, bem como, no caso de disposição de lei do país de Nova Caledônia, as autoridades acima mencionadas. A decisão é publicada no Jornal Oficial e, se for o caso, no Jornal Oficial da Nova Caledônia.

Já, no exercício do seu controle *a posteriori*, quando declara uma disposição inconstitucional, esta é revogada a partir da publicação da decisão ou em data posterior fixada na decisão. O Conselho determina as condições e limites em que os efeitos produzidos por essa disposição são susceptíveis de questionamento. A questão prioritária de constitucionalidade ainda é regulada pela Decisão nº 2009-595 DC de 3 de dezembro de 2009.

É importante dentro da discussão sobre a questão prioritária de constitucionalidade, analisar os debates que ocorrem na doutrina francesa sobre um possível conflito deste instrumento com os mecanismos internacionais de tutela dos direitos e liberdades.

A soberania nacional na França é tida como a vontade do povo, sendo que a Constituição, por figurar como o contrato social firmado por todos os cidadãos, deve ser considerada a fonte de todo o direito positivo. Assim, há uma grande hesitação e receio na incorporação do direito comunitário ao sistema nacional. Contudo, tem sido gradativa a sua abertura ao sistema regional, mesmo que ainda existam algumas reservas. Pode-se afirmar que atualmente, instaurou-se uma nova dimensão acerca da confrontação entre o direito francês e o direito internacional, pois não prevalece mais a ideia de jurisdição soberana, a qual dá a última palavra, e de soberania política plena, em razão da existência do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos, além das políticas implementadas pela União Europeia, como a existência de uma moeda única.

No que tange ao sistema jurídico, após esgotar-se as vias de questionamento no âmbito interno, poderia ser submetida à questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso de afronta a Convenção Europeia, ou para a Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstrando violações aos direitos e

liberdades. Essa era a sistemática existente até 2010. Todavia, a revisão constitucional de 2008 promoveu mudanças na Constituição que resvalaram nessa sistemática do controle de convencionalidade.

A quinta República francesa- Constituição de 1958- apesar de consagrar muitos direitos e liberdades e criar o Conselho Constitucional francês, apenas previa a possibilidade deste exercer o controle de constitucionalidade da lei antes da sua entrada em vigor. Com isso, ao iniciar a vigência da lei já não poderia ser suscitado o controle de constitucionalidade. Neste último caso, caberia às partes processuais requerer, à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, a remessa da questão prejudicial a um dos tribunais europeus.

Contudo, em 2010, o Conselho Constitucional passou a exercer o controle de constitucionalidade a posteriori, o qual foi denominado de Questão Prioritária de Constitucionalidade. O objetivo deste é reforçar a proteção dos direitos e liberdades no Direito Francês. Assim, surge mais uma esfera a ser esgotada antes da suscitação da questão prejudicial. Por essa razão, vários doutrinadores franceses debatem a necessidade da instituição da questão prioritária, trançando similitudes, antagonismos e a complementariedade entre esta e o controle de convencionalidade em sentido amplo. A discussão encontra-se em voga, especialmente em razão do pouco tempo de exercício da questão prioritária de constitucionalidade.

Como parte da doutrina constitucional brasileira afirma que apenas pode ser realizado o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição nacional quando os tratados internacionais sobre Direitos Humanos tiverem natureza supralegal. Ou seja, quando os mesmos tiverem uma hierarquia superior à das leis, mas não pertençam ao bloco de constitucionalidade, o presente trabalho, por precaução, optou por iniciar sua pesquisa apurando a ideia de bloco de constitucionalidade na França e a natureza dos tratados no seu sistema nacional.

Com relação à natureza dos tratados internacionais no Sistema jurídico Francês, durante muito tempo, a jurisprudência interna da França hesitava em decidir pela prevalência de um tratado sobre uma lei posterior, equiparando a lei autorizadora da ratificação com uma lei ordinária, alegando, assim, que não poderia o juiz substituir a vontade do legislador. Contudo, está clara a vontade do Constituinte no art. 55 da Constituição francesa de conceder aos tratados a hierarquia supralegal. Essa hierarquia interna foi reconhecida pelo Corte de Cassação em 1975 e pelo Conselho de Estado em 1989. (DECAUX, 2010, p. 470).

Desta forma, os tratados devidamente ratificados, exceto os que compõem o bloco de constitucionalidade, têm valor infraconstitucional e supralegal.

O Sistema Francês é qualificado como nacionalismo jurídico, desde 1789 a Constituição Social é fundada na noção de soberania nacional, sendo a lei a expressão da vontade geral. (DECAUX, 2010, p. 467). Na vigência da Constituição de 1958, sob o governo liberal de Giscard d'Estaing, em meados de 1974, houve a modernização das instituições, caracterizada pela ascensão do juízo constitucional, a aparição da supranacionalidade europeia e pela supremacia do Direito Internacional do Homem. Nesta época, a soberania nacional já era tida como a vontade do povo e a Constituição como fonte de todo direito positivo. Nessa conjuntura, que o Direito Internacional foi recebido pela ordem interna. Com isso, tem-se um falso monismo francês, pois existe na realidade uma hierarquia, em que a fonte primeira é toda norma jurídica constante na Constituição, vez que é considerado o contrato social firmado entre todos os cidadãos. Já os tratados devidamente ratificados têm valor infraconstitucional e supralegal. (Ibid., p.469)

Como dito acima, havia uma hesitação e uma desconfiança em conceder hierarquia superior aos tratados em relação às leis internas, mesmo estando expresso na Constituição francesa a natureza supralegal dos tratados. Ademais, mesmo com o reconhecimento da Corte de Cassação e do Conselho de Estado, continuava havendo discordância por parte da comunidade deste tratamento, pois a concepção francesa clássica enxergava o direito interno e o direito internacional como dois mundos herméticos. Apenas com as recentes revisões constitucionais consagrou-se o direito comunitário como uma nova ordem jurídica. (DECAUX, 2010, p. 470).

Um título específico intitulado Das Comunidades europeias e da União Europeia foi introduzido pela revisão constitucional de 1992, em razão do Tratado de Maastricht. Posteriormente, a revisão de 04 de fevereiro de 2009 simplificou a denominação do Título XV para União Europeia. Hoje, o sistema francês é visto como um monismo em três níveis: o velho nacionalismo jurídico combinando-se com a europeização posta e uma crescente internacionalização. A ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1974 e a aceitação das petições individuais perante a Corte Europeia de Direitos do Homem em 1981, contribuíram para abrir gradualmente o sistema francês ao exterior, mesmo que ainda haja algumas reservas. (DECAUX, 2010, p. 470-471).

Com isso, abre-se uma nova dimensão acerca da confrontação entre o direito francês e o direito internacional, pois não prevalece mais a ideia de jurisdição soberana, a qual dá a última palavra, há agora os juízes que julgam os juízes, que estão em Luxemburgo ou Estrasburgo. Além disso, alguns autores afirmam que a interação entre os recursos internos e internacionais enriqueceu-se com a instituição da Questão prioritária de Constitucionalidade. (DECAUX, 2010, p. 471)

Contudo, ainda permanece como mais importante problema levantado acerca da integração entre o direito nacional e o direito europeu, a questão da soberania. Alega-se que a mesma seria afetada, pois os tratados ratificados não foram elaborados pelo Poder legislativo, o qual foi eleito pelo povo francês, mas por autoridades europeias que decidiram por voto majoritário, cabendo ao povo francês ficar obrigado por uma lei que não consentiram. A soberania também foi afetada pelo fato de alguns poderes serem transferidos para as autoridades europeias, como, por exemplo, o poder de produção e administração da moeda e os poderes policiais. (BERMANN; PICARD, 2011, p. 50-51)

Uma demonstração dessa preocupação com a relativização da soberania nacional pode ser verificada na decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 19 de novembro de 2004. Nesta, ele afirmou que a superioridade Constitucional na França é que permite o reconhecimento da primazia do direito comunitário. (DECAUX, 2010, p. 478). Ou seja, reconhece a primazia do direito comunitário, mas ao mesmo tempo firma a superioridade da Constituição, o que torna a decisão um tanto quanto contraditória. Mas a finalidade é respeitar a evolução implementada pelo sistema regional europeu, mas deixando claro que o povo francês ainda detém a soberania sobre o seu território.

Saliente-se que Conselho Constitucional francês pode ser também chamado para realizar o controle de constitucionalidade a priori antes da ratificação ou aprovação de um compromisso internacional, conforme disposto no artigo 54 da Constituição. Prevê ainda que no caso do Conselho declarar que o compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o mesmo só pode ocorrer após a revisão da Constituição.

Apesar de ser facultativa a suscitação do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais ao Conselho Constitucional, na prática o Presidente da República ou o Primeiro-ministro sempre suscitam o Conselho. Essa suscitação também pode ser solicitada pelo presidente do Senado, pelo presidente da

Assembleia, ou por requisição de sessenta deputados ou senadores, o que constitui uma garantia suplementar. (DECAUX, 2010, p. 479).

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia instituiu um mecanismo de cooperação entre o juízo nacional e o juízo da União Europeia, denominado de pedido de decisão a título prejudicial. Ele permite que a jurisdição nacional suscite a jurisdição da União Europeia, caso considere que um elemento do Direito da União Europeia, primário ou derivado, deve ser interpretado, através do pedido de decisão a título prejudicial em interpretação; ou validado, em razão do pedido de decisão prejudicial em apreciação de validade. (KAPRIELIAN, 2011, p. 75)

Quando a questão prejudicial for suscitada em um órgão jurisdicional, cujas decisões são irrecorríveis, é obrigatória a submissão dessa questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Nos outros casos, cabe à jurisdição nacional considerar se a submissão da questão ao Tribunal é necessária ao julgamento da causa.

Como demonstrado acima, é forte a concepção francesa de vontade geral e democracia, assim o reexame da legislação por via judicial parece incompatível com referido sistema. Contudo, ele torna-se necessário, em razão da existência de conflitos de competência em relação às matérias que seriam reguladas por lei ou por decretos. Inicialmente, não se projetou o reexame da constitucionalidade das leis. O Conselho Constitucional francês foi criado com poderes limitados, por isso não lhe era atribuído o status de tribunal, foi galgando-o através de seus esforços. (BERMANN; PICARD, 2011, p. 47)

Os dois caracterizam-se como dois mecanismos de proteção dos direitos e liberdades, ou seja, os dois mecanismos respondem a mesma lógica. Outra similitude é o monopólio da competência. O Conselho Constitucional Francês tem o monopólio acerca da discussão sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais; enquanto a Corte de Justiça da União Europeia tem o de apreciar a validade do direito da União Europeia. (APCHAIN, 2012, p. 3)

A questão prioritária, como o pedido de decisão a título prejudicial, só é exercida havendo um litígio. Para ambos serem recebidos supõe-se que o julgador verificou que se trata de uma questão pertinente.

Dentro do mecanismo da questão prejudicial, o juiz que levanta a incompatibilidade da lei com o Direito da União Europeia e decide pelo seu afastamento. Contudo, na questão prioritária de constitucionalidade, a partir do

momento que a parte-processual submete a questão perante um juízo, ele não pode interferir no desenrolar do processo da questão. Primeiro, os juízos administrativos ou judiciais que examinarão os requisitos de admissibilidade da QPC e decidirão sobre a sua transmissão para o Conselho Constitucional. Este é o responsável pelo julgamento da constitucionalidade da disposição legislativa em litígio suscitada pela parte-processual. Tanto na questão prioritária quanto na questão prejudicial, caberá aos juízes decidir sobre o envio a jurisdição que se pronunciará, o Conselho Constitucional, no primeiro caso, ou o Tribunal de Justiça da União Europeia. (APCHAIN, 2012, p. 3)

Também caberá aos juízes deixar de aplicar as disposições legislativas consideradas inconstitucionais, na primeira hipótese, assim como não convencionais, na segunda. No que tange aos efeitos da decisão, o Conselho Constitucional tem a função de proteger os direitos fundamentais dos requerentes. A decisão de inconstitucionalidade busca proteger os direitos da parte que suscitou a questão prioritária. Tal aspecto aproxima da atitude da Corte Europeia de Direitos Humanos que é sensível a efetividade dos recursos que lhes são submetidos. (APCHAIN, 2012, p. 4)

Contudo, há diferenças que demonstram que a questão prejudicial e a questão prioritária são dois mecanismos de proteção diferentes. A questão prioritária significa que ela deve ser tratada celeremente e antes de todas as outras, inclusive da questão de convencionalidade. A decisão de tornar prioritária aquela questão em relação a uma questão prejudicial, ou um controle de convencionalidade, foi tomada para não haver competitividade entre a questão prioritária e o controle de convencionalidade, mais conhecido e aplicado frequentemente. Teve a finalidade de reforçar a importância da Constituição. (APCHAIN, 2012, p. 4)

Uma diferença importante é quanto ao alcance das decisões, visto que as decisões do Conselho Constitucional e do Tribunal de Justiça da União Europeia, e da Corte Europeia de Direitos humanos, não terão o mesmo alcance. A declaração do Conselho tem efeito erga omnes, então vale para todos, pois a lei será revogada. Tal efeito é possível, visto que o controle de constitucionalidade é centralizado no Conselho, sendo o único órgão competente para julgar tal matéria. Já na questão prejudicial, o juízo não exclui o direito interno contrário ao direito comunitário que é o objeto do litígio que lhe foi submetido. Assim, é necessária a intervenção de outro

órgão para que a lei não convencional seja revogada e retirada do ordenamento jurídico. (APCHAIN, 2012, p. 4/5)

No caso do controle de convencionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, esta decide sobre o mérito, assim a decisão vale para as partes que submeteram a questão. Da mesma forma, no caso da questão prejudicial. Nesta última, a decisão do juízo fundamentada no afastamento da lei em benefício do direito da União Europeia pode ser revista em sede de recurso. O mesmo não é possível nos recursos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, visto que não pode intervir até que todos os recursos internos estejam esgotados. A Corte apenas intervém depois do pronunciamento da Corte de Cassação e do Conselho de Estado, bem como após a questão prioritária. Já na questão prioritária, a lei será julgada constitucional ou não pelo Conselho Constitucional, depois que o juízo originário irá decidir sobre o mérito da lide. (APCHAIN, 2012, p. 5)

Outra diferença é que a questão prejudicial posta no Tribunal de Justiça da União Europeia pode versar sobre qualquer questão relativa ao Direito da União Europeia e não apenas sobre disposições relativas aos Direitos Humanos. Já a questão prioritária deve tratar de disposições legislativas que são contrárias aos direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição. (APCHAIN, 2012, p. 5)

Ademais, por mais que ambos sirvam para a proteção dos Direitos Humanos, deve-se ressaltar que uma parte dos direitos e liberdades garantidos na Constituição não está presente na Convenção Europeia, vez que cabe ao sistema nacional uma proteção mais ampla. No mais, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como as questões prejudiciais, têm efeito relativo, o que não significa afirmar que não devem ser respeitadas pelos Estados-membros, partes da Convenção Europeia. (APCHAIN, 2012, p. 5)

O objetivo das suscitações também é diverso, pois o Conselho Constitucional emite uma decisão sobre a constitucionalidade de uma disposição legislativa não para os requerentes, mas graças aos requerentes. Ele é chamado para examinar o estado de direito, se a lei está em conformidade com a Constituição. Enquanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos parte da Convenção Europeia e aplica-a no caso particular, aos requerentes.

Para Hélène Apchain, a questão prioritária serve para postergar a possibilidade de litigar na Corte Europeia de Direitos Humanos, vez que não pode recorrer a esta Corte até esgotar todas as vias internas. Apesar de ser muito célere

o processamento da questão prioritária, ela pode prorrogar por mais seis meses a discussão interna. Como há o exame de admissibilidade pela Corte de Cassação ou pelo Conselho de Estado, torna-se possível, ainda, que estes permaneçam por três meses analisando e ao final decidam pela não admissibilidade. Contudo, ela aponta que o tempo de exame da questão prioritária é muito mais curto que do controle de convencionalidade clássico. Na realidade, a Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como o Tribunal de Justiça da União Europeia, demora a decidir, sendo mais lento o processamento do que nas jurisdições nacionais. (2012, p. 5)

A questão prioritária de constitucionalidade é um instrumento interno que visa o controle de constitucionalidade a posteriori dos dispositivos legais, a base da sua verificação é a existência ou não de violações aos direitos e liberdades elencados no seu bloco de constitucionalidade. Já a questão prejudicial, bem como as demais formas de controle de convencionalidade, está relacionada apenas ao respeito às normas comunitárias. Com isso, apenas nos casos em que fossem discutidos direitos e liberdades constantes tanto na Constituição quanto nas Convenções poderia haver alguma confusão acerca do instrumento a ser utilizado. Entretanto, como somente poderá ser suscitado o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos após o esgotamento de todos os recursos internos, tal confusão é ultrapassada.

Na realidade, há certa resistência por parte da doutrina em aceitar a questão prioritária de constitucionalidade, a qual entrou em vigor apenas em 2010. Assim, como qualquer mudança implementada nos sistemas jurídicos, esse mecanismo encontra-se em um processo de aceitação e interiorização na mentalidade dos juristas, o que faz com que sofra rejeições e críticas.

Com isso, é imprescindível o diálogo entre os julgadores internos e externos, ou seja, dos responsáveis pela questão prioritária quanto pelo controle de convencionalidade, de forma a obter a aceitação da questão prioritária como uma nova maneira de proteção eficaz dos direitos e liberdades. Assim, afastando a ideia de que seria um obstáculo às suscitações perante o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Deve-se embutir a ideia de complementariedade entre os sistemas e de subsidiariedade. Não há hierarquia, mas sim um trabalho conjunto de proteção aos direitos e liberdades, o qual determina ser necessário o esgotamento na esfera nacional, com fim de que não haja conflito entre os sistemas. Assim, cabe primeiro ao Estado decidir, visto que

também é este o responsável por garantir o respeito dos direitos e liberdades em seu território.

Ademais, como exposto, o julgamento da questão prioritária de constitucionalidade não ultrapassa seis meses, sendo que qualquer julgamento tanto no Tribunal de Justiça da União Europeia quanto na Corte Europeia de Direitos Humanos seria muito mais longo. Assim, mesmo que o objeto esteja amparado tanto pela Constituição quanto por uma Convenção Europeia, a existência da questão prioritária apenas tornará mais eficaz à proteção dos direitos e liberdade, não figurando como uma barreira para a utilização dos mecanismos de proteção comunitários.

### **3.5 ANÁLISE DA QUESTÃO HOMOPARENTAL PELO CONSELHO CONSTITUCIONAL**

O termo homoparental trata-se de um neologismo criado na França para designar uma situação familiar em que um dos pais assume-se homossexual. Esta formação familiar pode ser fruto da adoção de uma criança, de reprodução assistida, ou mesmo quando a criança é fruto de um relacionamento anterior. A discussão entrou em voga com a promulgação da Lei n. 99-944 de 15 de novembro de 1999, a qual instituiu o Pacto Civil de Solidariedade (PACS). Ele foi criado com fim de regularizar as uniões estáveis entre os casais homossexuais, apesar de prever também a possibilidade de sua realização por casais heterossexuais. Com a previsão legal das uniões homoafetivas, a discussão sobre a homoparentalidade ganhou mais destaque.

Os defensores da nova formação parental enxergaram no PACS o início de uma modernização do sistema jurídico francês, enquanto os opositores sentiram-se ameaçados com o avanço que poderia ser promovido por essa previsão legal. Assim, em 1999 acirraram-se as discussões acerca do direito à parentalidade pelos homossexuais. Ou seja, a discussão não permaneceu apenas no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas se proliferou em todo o campo do direito de família, em especial na questão da filiação por adoção.

O primeiro grande marco na legislação francesa de amparo aos casais homossexuais foi a lei n. 99-944. Ela instituiu o Pacto Civil de Solidariedade, modificando o Código Civil, o Código Geral de Impostos, o Código de Seguridade

Social, a lei de entrada e permanência de estrangeiros na França, entre outras. Provocou uma grande mudança em boa parte do Sistema Jurídico Francês. O Pacto é definido como um acordo entre duas pessoas mentalmente capazes, de sexo diferente ou igual, que desejam organizar sua vida em comum.

A legislação concede a união um carácter de estabilidade e continuidade entre duas pessoas que vivem como um casal. O objetivo imediato da lei afeta apenas a relação conjugal de duas pessoas, contudo representa uma sensibilização às reivindicações LGBTI. Com a promulgação desta, esperava-se uma mudança também no tratamento dado à questão homoparental. Todavia, verificava-se nas decisões judiciais uma recusa à dupla filiação homoparental. Para tanto, materializava essa recusa negando a adoção por casais não casados, afirmando que o código civil exigia tal requisito.

Restringia-se apenas aos casais heterossexuais a possibilidade, vez que apenas se previa a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, mas não o casamento. Este argumento era utilizado, vez que a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu no caso *Fretté e E. B.* contra a França que o fato de haver uma relação homossexual não pode por si só justificar a recusa. (FULCHIRON, 2012, p. 96)

Negava-se também a adoção do filho do parceiro, ou seja, de uma criança que era fruto de uma relação heterossexual anterior, fruto da adoção por apenas um dos parceiros, ou de um procedimento reprodutivo realizado em outro país. Na França é proibida a criação de uma dupla filiação incluindo o outro parceiro, pois alegam que haveria a transferência da autoridade parental e, conseqüentemente, a negação dos direitos do pai ou mãe biológicos. Recusava-se também a utilização da reprodução medicamente assistida por casais do mesmo sexo sob a justificativa de que na França tal procedimento é reservado apenas para casais formados por um homem e uma mulher. Todavia, Hugues Fulchiron afirma que esta previsão apenas fomentou o turismo reprodutivo. (2012, p. 96).

O Conselho Constitucional foi questionado sobre a conformidade dos art. 75 e 144 do Código Civil Francês aos direitos e liberdades constitucionais, sob o argumento de que a restrição do casamento à união entre homem e mulher violaria o direito de viver uma vida familiar normal aos casais homossexuais, aos quais é vedado o casamento.

Na decisão nº 2010-92 QPC, o Conselho decidiu que cabe ao legislador averiguar se as duas uniões devem ser reguladas de forma igual ou diferentes, não cabendo ao Conselho substituí-lo na sua competência de julgar a diferença das situações. O Conselho ainda frisou que o direito francês pode abarcar hipóteses de tratamento diferencial, desde que esteja previsto em lei. (FERREIRA, 2014, p. 124)

Desta forma, caberia apenas ao legislativo promover tratamento igualitário no campo do direito de família as uniões entre pessoas com mesmo sexo e as entre pessoas com sexos diferentes. Com isso, o judiciário não poderia proporcionar tal equiparação de tratamento no campo jurisprudencial, pois estaria usurpando competência do legislativo, poder que possui legitimidade para dispor sobre a (des) igualdade material.

Toda a discussão sofreu uma grande reviravolta com a Lei n. 2013-404, a qual autorizou o casamento entre pessoas de mesmo sexo. Ou seja, foi suprimida a condição inicial de sexos diferentes dos nubentes para a realização do casamento na França. Essa supressão não afeta apenas o instituto do casamento naquele país, provoca uma mudança profunda no direito de família. O projeto de lei já tinha como objeto permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo e também abrir a possibilidade de adoção também por pessoas do mesmo sexo casadas: adoção conjunta de uma criança pelos dois cônjuges ou a adoção do filho do cônjuge. A lei ainda trata da hipótese de conflito de leis aplicáveis aos casamentos celebrados entre pessoas estrangeiras ou uma pessoa estrangeira e um francês.

Foi realizado o controle de constitucionalidade desta lei antes da sua entrada em vigor- o controle preventivo- pelo Conselho Constitucional. Tal controle foi suscitado por deputados e senadores, os quais, em suma, alegaram que os artigos 14 e 22 foram adotados em procedimento contrário à Constituição, que os arts. 1º, 7º, 13, 14 e 21 são contrários à Constituição. Os deputados ainda contestaram a constitucionalidade do art. 19 e os senadores, dos arts. 8, 11 e 12. Estes últimos ainda questionaram o procedimento de adoção dos arts. 16 a 19. (FRANÇA, 2013)

Na decisão nº 2013-669<sup>46</sup> DC de 17 de maio de 2013 declarou-se que os artigos 16 a 18 foram adotados em procedimento conforme a Constituição. Além

---

<sup>46</sup> 15. *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi. . . Doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui*

disso, decidiu-se que os arts. 1º, 7º, 8º, 11 a 14, 19, 21 e 22 da lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo estão em conformidade com a Constituição. Em um dos considerandos da decisão, cita-se o art. 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual trata do princípio da igualdade.

Este princípio não impede o legislador de normatizar de forma diferente, situações diferentes ou em razão de interesse geral. Mas a regra geral extraída desde princípio é tratar da mesma forma as pessoas que se encontram na mesma situação. Para que não haja equívocos, é necessário esclarecer a presença da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no corpo da referida decisão, vez que sempre que se refere a tratado internacional logo se visualiza a ideia de controle de convencionalidade. Todavia, o objeto da presente discussão é o controle de constitucionalidade preventivo, realizado pelo Conselho, da lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No considerando 16<sup>47</sup>, afirma-se que o direito a uma vida familiar normal resulta do preâmbulo da Constituição de 1946, o qual dispõe que a Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias para o seu desenvolvimento. Já no considerando 22<sup>48</sup>, afirma que a abertura ao acesso ao instituto do casamento aos casais de pessoas com mesmo sexo demonstra que o legislador verificou que a diferença entre os casais formados por um homem e uma mulher e entre pessoas do mesmo sexo não justifica mais o impedimento.

Além disso, o Conselho Constitucional reiterou o posicionamento da decisão nº 2010-92 QPC, ou seja, o Conselho não pode substituir a apreciação do legislador, compete a este julgar a diferença das situações em matéria de casamento. A lei n. 2013-404, no seu artigo 13, altera o Código Civil francês, em específico seus artigos

---

*l'établit ; que si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ;*

**D É C I D E :**

*Article 1er.- Les articles 1er, 7, 8, 11 à 14, 19, 21 et 22 de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe sont conformes à la Constitution.*(FRANÇA, 2013)

<sup>47</sup> 16. *Considérant que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;*(FRANÇA, 2013)

<sup>48</sup> 22. *Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ;*(FRANÇA, 2013)

34, 75 e 371-1, pois substitui as palavras *pai e mãe* por *pais*, bem como *marido e mulher* por *cônjuge*. Além de acrescentar o art. 6-1<sup>49</sup>, o qual dispõe que o casamento e a filiação por adoção importam os mesmos efeitos, direitos e obrigações reconhecidos por lei, tanto para os cônjuges ou pais de sexo diferente ou igual.

Pode-se afirmar que as principais mudanças promovidas por esta lei no Código Civil francês foi a exclusão da necessidade de diferença de sexo para o casamento e a abertura da adoção por casais de mesmo sexo. Antes da lei, a diferença de sexo era uma condição fundamental para o casamento no direito francês, sendo que o não respeito deste requisito era causa de nulidade absoluta do casamento.

Por essa razão, a lei que autoriza o casamento entre pessoas de mesmo sexo sofre muitas críticas por parte dos doutrinadores franceses. Justifica-se que várias convenções internacionais ratificadas pela França determinam que a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar, como o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o artigo 12 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 23-2 do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos de 19 de dezembro de 1966. Assim, doutrinadores como Brunetti-Pons, defendem que deve ser realizado controle de convencionalidade para declarar que a lei em comento é contrária aos tratados ratificados, tornando-a sem eficácia. (BRUNETTI-PONS, 2014, p.113-114)

Nesse diapasão, assentou, na Decisão 2010-605 DC, que não cabe ao Conselho analisar a conformidade da lei com os dispositivos dos tratados internacionais nem no controle de constitucionalidade *a posteriori* das leis. (FRANÇA, 2016) Em miúdos, o Conselho Constitucional Francês recusou o exercício por ele do controle de convencionalidade. Em decisão de 15 de janeiro de 1975, o Conselho afirmou que o art. 61 não prevê que seja competente para examinar a conformidade de uma lei com um tratado ou acordo internacional.

Baseou essa decisão em dois argumentos. O primeiro jurídico, alegando que em uma interpretação estrita do artigo 61, verifica-se que o Conselho é competente apenas para se pronunciar sobre a conformidade das leis à Constituição, não conferindo ao mesmo um poder geral de apreciação e de decisão idêntica ao do

---

<sup>49</sup> Art. 6-1.-Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. (FRANÇA, 2013)

parlamento. O segundo seria prático, pois como o Conselho conta apenas com um mês para proferir suas decisões, como determinado pela Constituição francesa, seria muito difícil examinar em tão exíguo prazo o grande número de acordos internacionais ratificados pela França. (LAMOTHE, 2009)

O capítulo II da referida lei traz as disposições sobre a filiação por adoção. Este também foi analisado pelo Conselho Constitucional. Os deputados suscitantes alegam que a não alteração das regras sobre a presunção de paternidade, a procriação medicamente assistida e a gestação por barriga de aluguel, torna as disposições trazidas pela lei incoerentes, sendo que Declaração de 1789 impõe ao legislador a adoção de disposições suficientemente precisas e de fórmulas inequívocas.

Ademais, que a possibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo atenta contra o princípio da filiação binária fundada na alteridade sexual, proclamado pelas leis da República, assim como o direito constitucional de cada criança ter sua filiação estabelecida com um pai e uma mãe, sendo que a adoção por duas pessoas do mesmo sexo pode atentar contra o direito da criança de ter uma vida familiar normal. Fere ainda o princípio de melhor interesse da criança, além de violar as estipulações da Convenção Internacional relativa aos direitos da criança.

Justifica-se que quando a criança é adotada por duas pessoas de sexo diferente, apaga-se a filiação anterior garantindo a preservação do sigilo da adoção, assim a criança parece como um filho biológico. Já a adoção por duas pessoas do mesmo sexo surtiria um efeito contrário, pois ficaria clara, em razão da orientação sexual dos pais adotivos, a natureza adotiva da filiação. Com isso, haveria violação do direito à proteção da privacidade e a igualdade perante a lei.

O Conselho Constitucional francês decidiu que as regras de direito civil, em específico aquelas relativas à autoridade parental, ao casamento, ao regime matrimonial e à sucessão; não estão previstas diferenças entre homem e mulher relacionadas ao casamento, assim ao suprimir as designações pai e mãe e marido e mulher do código civil, não pode se falar que as regras são ininteligíveis. O Conselho decidiu que as dificuldades para adoção por casais do mesmo sexo incentivam fraudes à legislação francesa, como a utilização de procriação medicamente assistida e a gestação por barriga de aluguel.

Decide ainda que compete ao legislador fixar as regras relativas ao estado e a capacidade das pessoas, assim ele estimou que a identidade de sexo dos

adotantes não constitui um obstáculo para a filiação adotiva. Com isso, não cabe ao Conselho substituir essa apreciação, sob pena de invadir a competência do legislativo. Assim, a abertura para adoção para casais do mesmo sexo não é contrário às normas constitucionais.

A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que não é discriminatória a recusa da adoção de uma criança pela companheira de sua mãe, como na decisão de 15 de março de 2012, no Caso GAS e Dubois contra França, nº 25951/07. (CORPART, 2013, p. 184) Contudo, isso não significa que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem posicionamento contrário à adoção por casais formados por pessoas com mesmo sexo, apenas respeita o princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, a processo de adoção tem todo um rito a ser respeitado, levando em consideração o bem-estar da criança. Antes desta lei, a adoção por um casal homoafetivo, ou pelo parceiro que não tinha filiação biológica com a criança, dependia da boa vontade dos tribunais franceses. Desde a aprovação da lei permitindo o casamento gay, muitos casais realizaram o reconhecimento do filho pelo parceiro não biológico.

Em alguns casos, esse pedido ainda era recusado sob a alegação da existência de fraude, pois se utilizou da reprodução medicamente assistida em outro país por um dos parceiros, apesar de saber da proibição na França da sua utilização com fim de dupla filiação homoparental. Diante de um pedido de esclarecimento, o Tribunal de Cassação decidiu em 23 de Setembro de 2014 (Demande nº 1470007) que o uso da reprodução assistida, através de inseminação artificial, com doador anônimo e no estrangeiro não é um obstáculo para a adoção pela esposa da genitora da criança.

Ao analisar, as decisões do Conselho Constitucional tanto as anteriores como as posteriores a promulgação da Lei nº 2013-404, verifica-se a preocupação em não ingerir na competência do legislador. Assim, na decisão nº 2010-92 QPC, cujo objeto era a violação aos direitos e liberdades constitucionais, sob o argumento de que a restrição do casamento à união entre homem e mulher violaria o direito de viver uma vida familiar normal aos casais homossexuais, aos quais é vedado o casamento; o Conselho decidiu que cabe ao legislador averiguar se as duas uniões devem ser reguladas de forma igual ou diferentes, não cabendo ao Conselho substituí-lo na sua competência de julgar a diferença das situações.

O Conselho teve o mesmo posicionamento na decisão nº 2013-669 DC de 17 de maio de 2013, referente ao controle de constitucionalidade *a priori* da lei nº 2013-404, ou seja, decidiu que cabe apenas ao legislador verificar se a diferença existente entre os casais formados por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente justifica tratamento diferencial pela lei.

#### 4 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS É UMA VERDADEIRA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

O objeto do presente trabalho é verificar a veracidade da afirmação de Barroso de que “não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional”. (2005, p. 19) Ele afirma que o processo de constitucionalização da França foi tardio e que sua Constituição optou por uma fórmula diferenciada de controle- o controle prévio de algumas leis antes de entrarem em vigor. Assim, ele conclui que adotou uma forma de controle diferente do modelo europeu e do norte-americano. (Ibid., p. 19)

O próprio autor define a função jurisdicional como aquela destinada “a solucionar conflitos de interesses” (2012, p. 145), sendo que o controle de constitucionalidade nos moldes europeu corresponda uma atividade jurisdicional atípica, por não haver como pano de fundo um litígio, pois seu objeto é a própria lei e o interesse protegido não é o das partes, mas sim “do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição”. (Ibid., p. 145)

Por isso, neste capítulo será analisada de forma crítica essa separação entre modelo kelseniano e estadunidense, com fim de averiguar se há algum sistema que reflita fielmente as características primárias destes modelos, se estes modelos continuam puros, herméticos e completamente distintos. Essa análise será importante, pois a afirmação de Barroso tem como uma de suas bases a adoção de um sistema pela França que não se espelha em nenhum dos dois modelos existentes. Outro ponto que será discutido é se a jurisdição constitucional, para que assim seja considerada, deve cumprir certos requisitos obrigatórios e se há um padrão a ser seguido de acordo com a tradição adotada pelo sistema- *common law* ou *civil law*. Em miúdos, se todos os sistemas de uma mesma tradição devem seguir o modelo padrão para que tenham uma verdadeira jurisdição constitucional.

Essa posição de Barroso não corresponde a um desvio doutrinário, pois muitos autores têm posicionamento similar. Mendes ao lecionar que o Conselho Constitucional vem adotando postura que o aproxima de um órgão jurisdicional (2006, p. 28), está defendendo, mesmo que sutilmente, que não se trata de um órgão jurisdicional, pois só se pode aproximar de algo que lhe é diverso. Fernandes leciona que o Conselho Constitucional é “um órgão de cunho político, com

composição eminentemente política” (2011, p. 923). Ele leciona que o controle realizado pelo Conselho também é político. (Ibid., p. 927) Desta maneira é necessário verificar se realmente a forma de composição e nomeação dos membros do Conselho é totalmente diversa do previsto nos modelos e nos sistemas constitucionais.

Fernandes afirma que o controle de constitucionalidade no sistema francês não cabe ao Poder Judiciário. (2011, p. 923) Essa alegação também será trabalhada neste capítulo, com fim de demonstrar que um órgão não pertencente à estrutura do Poder Judiciário pode sim exercer uma função jurisdicional, como é o caso de grande parte dos Tribunais Constitucionais Europeus, os quais não pertencem ao Poder Judiciário, mas mesmo assim não se nega a sua natureza de jurisdição constitucional. O fato de um Tribunal Constitucional pertencer ao poder judiciário é uma exceção verificada na Alemanha, por isso, o simples fato do Conselho Constitucional não pertencer à estrutura do judiciário não é suficiente para alegar que se trata de um órgão com cunho político.

O autor afirma que a questão prioritária de constitucionalidade inserida no sistema francês “permite ao Conselho de Estado, bem como a Corte de Cassação a possibilidade de alegar a intitulada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'inconstitutionnalité*) perante o Conselho Constitucional”, assim tendo um “nítido viés kelseniano”.( FERNANDES, 2011, p. 923). Assim, tratar-se-á neste capítulo se o controle repressivo francês traz as características idealizadas por Kelsen, ou se segue uma tendência existente nos sistemas europeus de salvaguardar direitos constitucionais. Também como seria classificado nos parâmetros estabelecidos pela doutrina tradicional: seria incidental e abstrato, concreto e concentrado? Bulos afirma que o controle preventivo do Conselho é abstrato, sendo que o controle a *posteriori* é concreto. (BULOS, 2014, p. 198). Ou talvez, a classificação tradicional já estaria obsoleta por não acompanhar as transformações sofridas pelos sistemas constitucionais.

Barroso, em obras posteriores à implantação da questão prioritária de constitucionalidade no sistema constitucional francês, permanece com o mesmo posicionamento. Ele reafirma que “o modelo francês tem por traços fundamentais seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo o controle exercido pelo Conselho Constitucional”. (2012, p. 80). Em obra subsequente mantém a mesma postura, trata

dos avanços implementados nos anos setenta no sistema francês, mas repete o disposto na sua primeira obra citada:

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. (BARROSO, 2014, p. 208)

O próprio Favoreu afirmava que existia na doutrina francesa uma controvérsia sobre a natureza do Conselho Constitucional, se esse corresponderia a uma Corte Constitucional. Tal controvérsia era assentada na inexistência de um controle concentrado repressivo das leis. (2004, p. 12) Hoje, com a previsão da questão prioritária de constitucionalidade não há qualquer embargo a sua qualificação como Tribunal Constitucional. Favoreu já firmava sua qualidade de Tribunal Constitucional, antes mesmo desta previsão de controle posterior à promulgação das leis, baseando no fato de que suas decisões, assim como as das demais Cortes Constitucionais europeias, têm efeito *erga omnes* como previsto no modelo kelseniano. (Ibid., p. 12)

#### **4.1 OS MODELOS NÃO SÃO HERMÉTICOS**

Mendes defende que se dividiu em modelos o controle de constitucionalidade, pois eles se baseavam e se desenvolveram através de experiências históricas e concepções filosóficas diferentes. No estadunidense havia uma forte desconfiança em relação ao legislador, enquanto no Europeu era forte o receio ligado ao judiciário. Contudo, atualmente, continua-se a dividi-los em sistema difuso e concentrado ou norte-americano e europeu, apenas para fins didáticos, vez que há sistemas mistos que combinam os elementos dos diferentes modelos. Além disso, verifica-se que os sistemas adotantes dos dois modelos ao se desenvolverem mitigaram as diferenças antes existentes, há uma aproximação no plano fático. Mendes afirma que os modelos norte-americano e europeu têm, hoje, mais afinidades do que se poderia prever anteriormente. (2006, p.27; 41-42)

José Adércio Leite Sampaio é enfático ao afirmar que na prática não há um sistema puro, só concreto ou abstrato, ou concentrado ou difuso. Cita que a própria Suprema Corte norte-americana é competente para conhecer os conflitos entre os Estados e também acaba dando a última palavra em matéria constitucional. E nos sistemas com Tribunais Constitucionais, as instâncias ordinárias podem conhecer, mesmo que indiretamente, matéria constitucional. (SAMPAIO, 2002, p. 52) Diferenciavam-se os modelos pela existência de um caráter incidental ou principal de controle, pelos efeitos da decisão, pela argumentação utilizada, se a discussão estava o plano abstrato ou concreto. (MIGUEL, 2000, p. 153)

Highton aponta que a própria evolução foi responsável pelas modificações nos modelos. Eles não são mais puros, pois a porosidade inerente aos mesmos fez com que houvesse mudanças, transformações e também os tornasse suscetíveis a influências recíprocas. Ele faz uma ressalva que os sistemas não se desnaturam por isso, eles não deixam de ser o que são ou perdem suas características básicas, apenas alguns princípios podem se deslocar ou se tornar aplicável ao outro modelo antes tão distinto. (2016, p. 117)

Percebe-se que essa classificação refere-se às diferenças entre os modelos norte-americano e austríaco, diferenças que foram embasadas em uma rejeição do modelo norte-americano pelos países europeus, os quais preferiam optar pelo controle concentrado, pois seus sistemas jurídicos eram fundamentados na sacralização da lei e na ausência de unidade jurisdicional, além da crença da debilidade do juiz ordinário para assumir o controle de constitucionalidade. (ZAMORA, 2007, p. 6) Mezzetti afirma que a divisão clássica, busca opor a experiência norte-americana com a europeia, ressaltando que apenas esta última é dotada com sistema de justiça constitucional com a presença de juízes especializados. (2009, p. 288)

A progressiva convergência entre os modelos é constatável, não podendo ser negada. As próprias mudanças ocorridas dentro dos sistemas, independente do modelo adotado, são inerentes ao constitucionalismo e ao processo de constitucionalização. Assim, verifica-se uma diversidade de sistemas europeus, sendo que as diferenças entre estes sistemas europeus são, por vezes, superior às diferenças entre o modelo europeu e norte-americano. Por isso, alguns autores preferem abandonar essa separação tradicional- modelo kelseniano e modelo estadunidense- e optam, como F. Rubio Llorente, por classificar os sistemas pelo

seu interesse principal: assegurar a constitucionalidade das leis ou garantir a efetividade dos direitos fundamentais. (MEZZETTI, 2009, p. 282-283) O interesse seria superar a classificação em modelo norte-americano e europeu, substituindo-a pela baseada nas diferenças entre os sistemas concretos e abstratos de controle de constitucionalidade. (Ibid., p. 287)

Mezzetti leciona que o modelo baseado na lei tem como característica o controle abstrato de constitucionalidade, já que os argumentos são feitos em termos puramente abstratos, não se considerando a sua aplicação pela instância ordinária. Restringe-se a constitucionalidade da lei, sem ser necessário demonstrar a violação a algum direito, pois se busca a depuração da ordem jurídica com fim de preservar a autoridade da lei. Caracteriza-se também pela suscitação por via principal e pela existência de órgãos dotados de legitimidade prevista pela Constituição. Já o baseado nos direitos fundamentais tem origem no *judicial review* e caracteriza-se pelo controle concreto, o qual pode ser suscitado em ação própria ou por via de exceção perante o órgão competente para guardar os direitos fundamentais. Então, caracteriza-se pela previsão de instrumentos de garantia das liberdades- como o recurso de amparo. Não sendo competente o Tribunal para tratar de conflitos cujo único objeto seja a repartição de competências entre os órgãos políticos. Os sistemas europeus apontados como pertencentes a esta última classificação são o português, que combina o controle difuso e a existência de Tribunal Constitucional, alemão e espanhol, pois estes prevêm instrumentos de tutela dos direitos fundamentais. (2009, p. 283-284)

Contudo, mesmo essa nova classificação também não é suficiente, vez que em alguns sistemas não será possível apontar qual o interesse principal da sua justiça constitucional, pois estão previstos instrumentos de controle da constitucionalidade das leis, assim como de tutela dos direitos fundamentais. E estes últimos serão analisados sob o prisma da constitucionalidade da lei que supostamente viola direito fundamental, desta maneira não deixa de se caracterizar como uma depuração do ordenamento jurídico. Nessa mesma linha discorre Mezzetti:

*El objeto de la "controversia" es igualmente la constitucionalidad de la ley y em particular, a pesar del apelativo alemán de control concreto, la constitucionalidad abstracta. Efectivamente, la evaluación que tiene que efectuar la jurisdicción constitucional atañe la validez general de la norma legislativa y no su aplicación a un caso concreto. Sin embargo, la invocación de una cuestión prejudicial que, en todo caso, el juez ordinario levanta ex*

*officio o sobre instancia de las partes, y que, en práctica, significa que el juez considera inconstitucional la norma en objeto, atañe efectivamente un caso concreto y no el enunciado de la ley, pero una interpretación de la misma, es decir una norma de la cual derivan inmediatamente derechos y deberes por las partes del proceso.* (MEZZETTI, 2009, p. 284)

Miguel alega que independentemente dos procedimentos serem diferentes (concreto e incidental ou abstrato e principal), o raciocínio utilizado pode ser o mesmo nos dois sistemas. Para ilustrar, ele afirma que o raciocínio utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em uma decisão em um caso de aborto praticado por uma mulher não terá um caráter menos abstrato e universalista do que uma decisão do Tribunal Constitucional alemão ou espanhol sobre a descriminalização do aborto. Para o autor, o grau de abstração ou generalidade varia de acordo com a norma submetida ao controle de constitucionalidade. (2000, p. 153-155) Ele conclui que *“ni el sistema americano ni el europeo de control de constitucionalidad han terminado por realizar una tarea judicial típicamente aplicativa y de reducido alcance en la modificación del Derecho legislado”* (Ibid., p. 155)

A questão discutida não está tão apegada às denominações dadas aos modelos ou as formas de controle, mas sim discutir se podemos separar os sistemas constitucionais apenas em duas gavetas: europeu e norte-americano; abstrato e concreto; difuso e concentrado; incidental e principal. Ou seja, em modelos herméticos e estáticos, pois o próprio sistema norte-americano já não se enquadra perfeitamente no modelo norte-americano, ou mesmo o sistema austríaco vai de encontro com as ideias de Kelsen. O problema em optar por utilizar os modelos para estudar os sistemas é trata-lo de forma apartada do outro modelo. E isso apenas enfatiza as diferenças tanto repetidas pela doutrina, mas já não verificáveis na prática. Assim, favorece a manutenção de um estudo constitucional baseado em modelos herméticos, fechados para o exterior, imutáveis e imiscíveis entre si.

Com o tempo, os modelos constitucionais antes tão distintos estão se aproximando, então não encontra mais um modelo em seu estado puro, como afirma Dalla Via, em qualquer sistema constitucional. Ou seja, já não há um controle puramente difuso como o previsto no modelo norte-americano e nem um plenamente concentrado de competência de um órgão político especializado- Tribunais Constitucionais- como no modelo europeu continental. (DALLA VIA, 2016, p. 445) Essa mitigação das diferenças é mais percebido nos sistemas adotantes do

modelo europeu, os quais adotaram no pós segunda guerra o modelo kelseniano concentrado e que foi, em seguida, amenizando os efeitos anulatórios com efeitos *erga omnes*, ou seja, controles puramente abstratos, passando a prever instrumentos processuais ou recursivos centrados nos litígios concretos. (Ibid., p. 449)

Torna-se evidente a transformação das Supremas Cortes de tradição do *common law* em Tribunais Constitucionais especiais, como o mesmo nos sistemas da família romano-germânica. Os conflitos intersubjetivos estão sendo discutidos naturalmente nos Tribunais Constitucionais. No mais todas as Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais, hoje, tratam da interpretação e aplicação de atos tanto legislativos como administrativos, bem como julgam as violações aos direitos fundamentais. Essa convergência entre os modelos clássicos gera a superação da barreira antes posta entre eles, sendo necessária uma análise baseada em critérios verdadeiramente empíricos e não apenas doutrinários. (MEZZETTI, 2009, p. 282)

Miguel reconhece que a convergência entre os modelos já foi reconhecida há muito tempo na ciência política, mas que a tendência ainda no campo constitucional, pelo menos na Espanha, é abordar e fixar-se nas distinções existentes. (2000, p. 145)

O modelo norte-americano é caracterizado pela doutrina principalmente por ter um controle de constitucionalidade difuso. Essa forma de controle em que todos os juízes e tribunais são competentes para realiza-lo é a diferença fundamental apontada entre o modelo estadunidense e o europeu. Mas Cappelletti aponta que a última palavra, na prática, “através do sistema de impugnações acaba por competir às Cortes Superiores e, definitivamente, à *Supreme Court* federal (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição)”. (1999, p. 85) O *writ of certiorari* ocupando uma forma decisiva de suscitação, foi responsável por colocar a Suprema Corte dos Estados Unidos em uma posição central no sistema de controle de constitucionalidade, cabe a esta Corte selecionar quais questões constitucionais são mais relevantes e devem ser julgadas. (MENDES, 2006, p.42)

Então, há uma concentração, mesmo que muito mais ponderada do que no modelo europeu, mas que já é suficiente para mitigar a diferença entre difuso e concentrado. Como há a regra do *stare decisis*, o efeito da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, na prática, é o mesmo da decisão proferida pelos

Tribunais Constitucionais- efeito *erga omnes*- pois como já visto vincula todas as instâncias inferiores.

Mas como ensina Miguel, ainda subsiste uma importante diferença- no modelo europeu a norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional é retirada do ordenamento jurídico, gerando uma maior irreversibilidade dessas decisões. Contudo Miguel defende que essa diferença está mais no plano formal, pois no plano real verifica-se no modelo norte-americano que as decisões com cunho constitucional proferidas pela Suprema Corte têm um efeito vinculante muito forte em todos os órgãos estatais, inclusive no Poder Legislativo. Enquanto, no modelo europeu não há uma posição consolidada sobre a possibilidade de uma lei futura ter dispositivos similares ou iguais a uma norma retirada do ordenamento jurídico por decisão do Tribunal Constitucional. Isso, para Miguel, já demonstra que a decisão não gera efeitos tão irreversíveis como pregado no campo teórico. (MIGUEL, 2000, p. 150)

Outra aproximação do sistema norte-americano ao modelo europeu concentrado é que ao determinar que só os tribunais federais são competentes para decidir sobre a (in) constitucionalidade de uma norma federal, estar-se-á concentrando o controle de constitucionalidade dessas normas na esfera federal. Outro fator de mitigação da diferença com o modelo concentrado é a possibilidade do Poder Executivo recorrer “de decisão de inconstitucionalidade em processo no qual não foi parte”, o que “desmistifica o caráter pretensamente subjetivo desse processo”. (MENDES, 2006, p.42).

Verifica-se que nos sistemas adotantes do modelo europeu foram introduzidos procedimentos que tem ligação com controvérsias concretas. Na sua origem, o modelo kelseniano diferenciava-se por prever uma forma abstrata, enquanto o modelo norte-americano, uma forma concreta, então não se viam brechas que amenizassem as contraposições. No primeiro tinha-se a forma abstrata de controle de constitucionalidade, “*mediante el contraste directo entre el texto de la Constitución y el de la ley, había de ser un acto eminentemente aplicativo desde un punto de vista material o del contenido*”. (MIGUEL, 2000, p. 152) Tinha-se a ideia de que ele seria materialmente menos criativos do que o norte-americano, um mais aplicativo e o outro mais criativo- essa seria a contraposição. (Ibid., p. 153)

Favoreu já havia apontado para o dinamismo existente nos modelos de jurisdição constitucional, sobre a tendência de aproximação do modelo de controle

de constitucionalidade da lei para o de tutela dos direitos fundamentais. A justificativa dessa aproximação é a própria força normativa da Constituição e a força expansiva dos direitos fundamentais. Com isso, verifica-se a tendência à implementação de instrumentos de tutela dos direitos e um decréscimo da importância dos procedimentos limitados à discussão da (in) constitucionalidade. (MEZZETTI, 2009, p. 284)

Na Europa havia uma grande confiança nos legisladores, com a quebra dessa pelo vivenciado nos regimes nazifascistas, nasceu um interesse pelo modelo norte-americano, pois este já havia advertido sobre os perigos de instaurar-se uma tirania das maiorias, sendo necessário prever o controle dos atos legislativos de forma a proteger dos excessos. Nesse momento verifica-se uma aproximação entre os entendimentos do constitucionalismo americano e europeu. (HIGHTON, 2016, p. 117)

Miguel chega a afirmar que no critério da aplicação e criação do direito, os sistemas alemão e espanhol, e em menor medida o italiano, aproximam-se mais do modelo norte-americano até do que da proposta kelseniana. Nas sentenças interpretativas incluem-se critérios positivos de constitucionalidade, ao estabelecer quais os significados constitucionalmente válidos ou não, pois elas não se atêm apenas a anulação, mas analisam as alegações prévias. Há ainda as sentenças construtivas, as quais indicam as modificações necessárias para lei ser considerada constitucional, assim, além de controlar as ações do legislador, controla em menor escala as omissões. Há uma progressiva introdução de um sistema de precedentes, baseado no respeito das decisões dos Tribunais Constitucionais, nos sistemas constitucionais europeus, o que reduz a diferença com os sistemas baseados na tradição do *common law*. (2000, p. 149) O valor dado ao precedente aproxima-o da regra do *stare decisis* do sistema norte-americano. (HIGHTON, 2016, p. 152)

A concepção originária de um monopólio do controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais é rompida pela possibilidade das instâncias ordinárias poderem suscitá-los, pois estas instâncias começam a ter uma função muito importante no início do procedimento de controle, função esta não prevista no modelo kelseniano. Assim, “o sistema concentrado aproximasse do modelo difuso”. (MENDES, 2006, p.42) Essa assertiva de Mendes é questionável, vez que as instâncias ordinárias passam a ter legitimidade para suscitar os Tribunais Constitucionais e, em alguns casos, no máximo realizam um juízo de admissibilidade

antes da provocação. Todavia, tratar a suscitação por estas instâncias ou o seu juízo de admissibilidade como uma forma de controle difuso não parece ser correto. O mais coerente seria falar em uma aproximação do controle incidental, visto que as instâncias ordinárias suscitam o Tribunal, em razão de questionamentos surgidos em ações em andamento.

Outro fato, é que a proteção dos direitos fundamentais através de um instrumento individual é a ideia que mais se dissemina nos países adotantes dos dois modelos- controlar os poderes estatais, legitimando o indivíduo para suscitá-lo. (SAMPAIO, 2002, p. 40-41) As questões concretas individuais passam a ser objeto de análise dos Tribunais Constitucionais, ao serem criados procedimentos especiais para a tutela dos direitos e garantias individuais, como o recurso individual e de amparo- Alemanha e Espanha, respectivamente. Mendes afirma que “é possível que o processo concreto de controle de constitucionalidade seja o mais difundido” e que “na Itália, afirma-se que a amplitude do controle concreto torna quase dispensável o recurso constitucional”. (2006, p.42)

É tão clara a mitigação das diferenças entre os modelos, que na Alemanha e na Espanha os Tribunais Constitucionais passaram a atuar como Cortes Supremas, pois podem ser objeto dos recursos individuais os atos judiciais, ou seja, cabe reformar as decisões proferidas pelos tribunais ordinários. Atua nos moldes do modelo norte-americano. Na Áustria, também está previsto o recurso individual, mas não podem ser questionados os atos judiciais. Seu Tribunal Constitucional atua como uma Corte Superior Administrativa. (SAMPAIO, 2002, p. 40-41). Ou seja, só as decisões das autoridades administrativas podem ser objeto de recurso individual na Áustria, ou então, leis que afetem diretamente o indivíduo.

Mendes afirma ainda que o “instrumento de impugnação de decisão judicial parece ser exclusivo da Alemanha e da Espanha”. (MENDES, 2006, p. 42) Já a Constituição Portuguesa, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, apenas admite o controle de constitucionalidade das normas jurídicas. Não podem ser objeto desse controle os atos administrativos e as decisões judiciais, por não estar reconhecida a sua força normativa, o que impede que seja discutida a sua (in) constitucionalidade. Bulos afirma que essa orientação está firmada na jurisprudência portuguesa. (2014, p. 189)

As decisões proferidas nos Tribunais Constitucionais alemão e espanhol referentes aos recursos individuais ou de amparo, também são responsáveis pela

construção de uma doutrina cada vez mais rica sobre os direitos e liberdades que tem influenciado os juízes na sua atividade decisória e todo o direito positivo como um todo. (MIGUEL, 2000, p. 149) Mendes leciona que “o recurso constitucional é um dos mais relevantes instrumentos de interpretação e construção do direito constitucional” (2006, p. 42)

Assim, na Europa nota-se a redução das distinções apontadas pela doutrina entre o controle difuso e o controle concentrado. Na Espanha, como dito, a distinção torna-se desnecessária pela atuação do Tribunal Constitucional nos recursos de amparo e também nas questões de constitucionalidade, pois como a Dalla Via assevera “*el mecanismo de la apelación o del reenvío, terminan resolviendo cuestiones de hecho que no forman parte de la idea originaria kelseniana de un tribunal constitucional llamado a pronunciarse sobre temas abstractos de derecho*” (2016, p. 448). No caso do recurso de amparo, o Tribunal Constitucional atua como um Tribunal de Justiça ou uma Corte Suprema, por revisar as decisões judiciais sob o prisma constitucional. Através deste recurso, o Tribunal Constitucional espanhol vem se pronunciando acerca dos direitos fundamentais.

A questão constitucional é um mecanismo processual que busca aplicar o princípio da legalidade e o da supremacia constitucional. Ele é um recurso menos politizado que o recurso de amparo, sua discussão fica adstrita ao campo do direito. Ele é submetido pelo juiz do litígio e cabe ao Tribunal Constitucional proferir uma decisão interpretativa, buscando salvaguardar a norma, ou seja, explicitar a interpretação que torna a norma constitucional. A Constituição Espanhola prevê que essa interpretação deve ser aplicada pelos juízes e tribunais. Outra vantagem deste recurso apontada por Dalla Via é que há um prazo preclusivo para sua interposição. (DALLA VIA, 2016, p. 448-449)

Highton aponta que a divisão teórica dos modelos foi enfraquecendo ao se tornar evidente o seu afastamento no plano real. O Tribunal Constitucional foi se aproximando do juiz do sistema difuso, passou-se a prever o recurso individual e de amparo, formas de suscitação incidental, estreitar suas relações com os casos concretos, as suas decisões começaram a limitar os efeitos- não se restringe mais a simples anulação da lei. A teoria fundadora do modelo europeu pregava que a decisão do Tribunal Constitucional teria efeito retroativo, mesmo que houvesse prejuízos a direitos já cimentados- as decisões tinham efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Contudo, essa característica originária já não é predominante, preocupa-se em não

afetar a segurança jurídica e as decisões podem também ter efeitos positivos, ao unificar e criar o direito através da interpretação constitucional, sob o argumento de tornar aplicação das normas constitucionais mais efetiva e concreta. (2016, p. 151-152)

O papel dos Tribunais Constitucionais era apenas negativo, sendo que posteriormente que se desenvolveu seu caráter positivo. Os tribunais começaram a empregar o instituto da prejudicialidade, combinando assim o controle incidental norte-americano com o controle concentrado kelseniano. A análise da questão e a sua decisão é concentrada na jurisdição constitucional, mas a questão em si é suscitada pela via incidental, já que a questão principal está sendo julgada por uma instância ordinária. (MEZZETTI, 2009, p. 287)

Miguel aponta que os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol sofrem com uma sobrecarga de recursos individuais. Ele defende que os Tribunais Constitucionais Europeus adotantes dos recursos individuais deveriam basear-se no sistema norte-americano, ou seja, instituir um procedimento, como o *writ of certiorari*, que torne a Tribunal capaz de selecionar livremente os recursos que serão analisados, de acordo com a relevância da questão constitucional suscitada. Assim, resolver-se-ia o problema da sobrecarga. (MIGUEL, 2000, p. 150) Atualmente, o Tribunal Constitucional espanhol tem a discricionariedade para determinar em quais questões irá atuar, como previsto na Suprema Corte dos Estados Unidos através do *writ of certiorari*. (DALLA VIA, 2016, p. 448) Favoreu também apontava esse problema de concentrar os julgamentos nas questões mais importantes e apontava que a instauração na França de novos instrumentos de suscitação, sob o argumento do sistema tornar-se mais democrático, deveria ser bem pensada, pelo risco de sobrecarga. (2004, p.39).

Para Barroso a principal justificativa para essa discricionariedade concedida à Corte Suprema ou Constitucional é a concentração de esforços nos temas fundamentais, o que não seria possível se uma infinidade de questões de menor importância tivesse que ser obrigatoriamente julgada. Com a capacidade de seleção, possibilita-se a confecção de julgamentos mais elaborados que fomentem debates democráticos e busquem o reconhecimento da sua legitimidade e das suas decisões. (2012, p. 104)

Com a implantação da questão prioritária de constitucionalidade na França, verifica-se que Favoreu estava em parte com razão, pois hoje este instrumento

corresponde a 78% do controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Constitucional. Contudo, ainda não se verifica uma sobrecarga que impeça o Conselho de decidir todas as questões nos prazos previstos, os quais são bastante curtos- no máximo três meses. Um ponto que justifica a não existência de uma sobrecarga é o percurso da questão prioritária até o Conselho Constitucional, pelos juízos de admissibilidade realizados antes da sua suscitação, os quais verificam se a questão ainda não foi suscitada, por exemplo, o que evita uma repetição de questões com o mesmo objeto.

Por óbvio, que essa discricionariedade também acarreta muitos prejuízos, ferindo inclusive o princípio da isonomia e concede poderes que não deveriam ser de competência do Tribunal Constitucional, pois cabe a ele julgar a questão constitucional, mas não decidir se uma questão deve ser julgada ou não por ele, sob o argumento de que é mais ou menos relevante. Isso possibilita que o Tribunal afaste o julgamento de questões polêmicas que não queira se pronunciar.

O próprio Miguel leciona que há perigos na adoção de um instrumento como o *writ of certiorari*, pois poderia reduzir a possibilidade de tutela efetiva dos direitos e liberdades. Mas o autor defende que uma seleção adequada auxilia na homogeneização da jurisprudência. (2000, p. 150-151)

Nota-se uma aproximação entre os modelos originais, a própria evolução dos sistemas jurisdicionais conduziu a esta aproximação. Países adotantes do modelo kelseniano já prevêm uma forma de controle incidental.

As questões de inconstitucionalidade que fossem suscitadas incidentalmente no curso de ações ordinárias haveriam de ser submetidas à Corte Constitucional, como na Itália de 1953, na Alemanha de 1949, na Áustria de 1943, na Espanha de 1978, na Bélgica de 1989. (SAMPALHO, 2002, p. 40)

Bulos leciona que o sistema espanhol conta com o controle concentrado, realizado através de ação direta ajuizada no próprio Tribunal Constitucional, mas também de um controle incidental. A Constituição Espanhola prevê que quando a constitucionalidade de uma norma for questionada em um litígio, o juiz ordinário pode submeter a questão ao Tribunal Constitucional, o que configuraria um controle incidental. A instância ordinária tem capacidade para encaminhar de ofício a questão, o que afasta ainda mais do arquétipo do modelo europeu. Na Itália, o controle concentrado também é iniciado pela proposição de uma ação direta, sendo

que além das leis, os atos do Estado ou das Regiões com força de lei também podem ser questionados. E o controle concentrado também nasce em um litígio em andamento ao ser questionada a constitucionalidade, sendo suscitado ao Tribunal já que não cabe à instância ordinária decidir tão questão prejudicial. (2014, p. 199-200)

Como defende Mendes, nota-se que as jurisdições constitucionais apresentam cada vez mais variações significativas e “nas mais diversas perspectivas”. (MENDES, 2006, p.42) Os sistemas latino-americanos são a maior expressão da miscigenação entre os modelos norte-americano e europeu continental. Grande parte desses países optou por adotar o controle difuso, típico do modelo norte-americano. Mas a influência do modelo kelseniano é crescente, pois foram instituídos Tribunais Constitucionais ou câmaras constitucionais, nas suas Supremas Cortes, especializadas em controle de constitucionalidade. Mesmo quando não há essa instituição, verifica-se a criação de instrumentos processuais, como as ações diretas de inconstitucionalidade, em que as decisões têm efeito *erga omnes*. (SAMPAIO, 2002, p. 41)

O curioso é que esses instrumentos processuais convivem em um mesmo sistema com as garantias processuais dos direitos fundamentais como amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança. (SAMPAIO, 2002, p. 42). Por isso, opta-se por trata-los como um regime misto, de forma a manter a ideia de que os dois modelos possuem diferenças irremovíveis, o que não é verdadeiro, vez que nos países que adotaram os modelos primários verifica-se também a tendência de mitigação como demonstrado acima.

Sampaio critica a diferenciação estabelecida entre os modelos norte-americano e europeu, pois afirma que esta se apega demasiadamente as características do controle de constitucionalidade das leis, mas a jurisdição constitucional possui outras competências. Além disso, como já demonstrado, existe muitos sistemas que contam com características dos dois modelos. O Brasil tem uma Corte Suprema responsável por um controle abstrato, o mesmo ocorre com no Canadá, México, Namíbia e Nicarágua. Mesmo no caso dos Tribunais Constitucionais, verifica-se que há sistemas que preveem o controle concreto como o alemão, o austríaco, o espanhol e o italiano. Atuam como Corte de Apelo quanto estão previstos recursos individuais contra violações aos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2002, p. 47)

No Chile há o Tribunal Constitucional competente para realizar o controle abstrato, enquanto cabe à Corte Suprema, o concreto. Na Polônia, o juiz ordinário pode decidir se consulta o Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade ou legalidade de uma norma, como simplesmente deixar de aplicá-la, tendo efeito *inter partes* esta decisão. Enquanto na Estônia, os tribunais ordinários, ao declararem inconstitucional uma lei, devem informar à Corte nacional e ao Chanceler de Direito, para que se inicie a verificação de forma concentrada. Quanto às leis editadas antes da Constituição vigente, na Espanha, Itália, Romênia e Bulgária o juiz ordinário opta por suscitar o Tribunal Constitucional para declarar a inconstitucionalidade superveniente, ou só declara ela revogada. Enquanto na Alemanha, cabe apenas a jurisdição ordinária a revogação da norma. (SAMPAIO, 2002, p. 48-49)

No México, por exemplo, o recurso de amparo serve tanto para questionar a constitucionalidade de uma lei como para tutelar as liberdades. Neste último caso, Cappelletti afirma que se assemelha ao *writ of habeas corpus* dos países com tradição anglo-saxônica e dos recursos individuais de países europeus. O recurso de amparo mexicano foi instituído pela primeira vez neste país no século XIX, ele é considerado o traço mais característico do ordenamento jurídico mexicano. A sua introdução em outros países latino-americanos foi posterior. (CAPPELLETTI, 1999, p. 24) Ou seja, estudar o sistema mexicano amarrando-o a um modelo e diferenciando-o do outro limitará o entendimento do mesmo, pois o seu recurso mais importante foi instaurado antes de existir o modelo kelseniano, o qual posteriormente também influenciou o sistema mexicano que conta com um Tribunal Constitucional.

Todos os sistemas podem ser considerados de alguma forma mistos, pois mesmo os sistemas que foram responsáveis pela construção dos modelos, já não são puros o suficiente para permanecerem idênticos aos mesmos. Contudo, isso não significa que a opção mais acertada é criar um modelo resultante da junção das características do norte-americano e do europeu continental, pois como já visto pode causar muitos conflitos internos.

#### **4.1.1 Os modelos e os sistemas como produtos culturais**

Neste item intenta-se demonstrar que para entender as características de um modelo de jurisdição constitucional e dos sistemas de jurisdição constitucional é necessário analisar o contexto histórico-cultural em que foi implementado e no qual

está inserido. Ou seja, apesar dos sistemas adotarem como base um mesmo modelo, eles apresentarão especificidades relacionadas ao complexo jurídico. Então, não se pode utilizar um sistema como paradigma de verificação da existência ou não de uma jurisdição constitucional em um sistema. A doutrina elenca algumas funções caracterizadoras de uma jurisdição constitucional, mas as competências só podem ser definidas pelas Constituições.

As diferenças entre os modelos de jurisdição são resultado das circunstâncias históricas distintas e das concepções políticas vigentes tanto nos Estados Unidos quanto na Europa no momento da implantação das suas jurisdições constitucionais. As próprias diferenças nas suas formas de organização estatal foram responsáveis pela configuração dada a tais jurisdições, bem como a confiança e desconfiança que recaiam sobre alguns poderes. (HIGHTON, 2016, p. 111) Então, mesmo os sistemas adotantes do modelo europeu terão distinções entre si, em razão de não existirem contextos históricos idênticos. Nesse sentido, Cervantes assevera que *“la raíz y el germen de los Tribunales Constitucionales están dados. Su concreción depende de las necesidades, intereses, riesgos y temores de cada Sistema Jurídico particular”*. (CERVANTES, 1999, p. 389)

Como visto neste capítulo, mesmo os sistemas adotantes do mesmo modelo apresentam distinções importantes. Os sistemas considerados símbolos do modelo europeu continental- o alemão e o austríaco- apresentam muitas diferenças. Como visto no capítulo primeiro, o Tribunal Constitucional austríaco é o mais antigo do mundo e influenciou na Europa o constitucionalismo. E o Tribunal Constitucional alemão é o com maior prestígio. Neste último pode ser objeto de recurso individual decisões judiciais, no primeiro não. Na Áustria há a previsão de um controle preventivo, cujo objeto é projeto de lei antes da sua promulgação, enquanto na Alemanha não. E diferente dos outros Tribunais Constitucionais, o Alemão é considerado um Tribunal Judicial, pois integra o Poder Judiciário alemão de acordo com a Lei Fundamental. Brewer-Carías também defende que, em regra, os sistemas europeus criam Tribunais Constitucionais não pertencentes ao Poder Judiciário- *“esta es la razón por la cual el principio general en el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes, salvo en los países europeos, es la atribución de la función de juez constitucional al Poder Judicial”*. (2016, p. 44)

A composição é diversa também. O tribunal austríaco é composto por 14 membros e seis suplentes, os primeiros com vitaliciedade- aposentadoria

compulsória aos setenta anos- e independência funcional. O Alemão é composto por 16 membros, com mandato de doze anos, sem possibilidade de reeleição. No austríaco os membros para serem nomeados têm que ser formados em Direito ou Ciências Políticas e ter pelo menos dez anos de exercício profissional. Já na Alemanha os requisitos são mais complexos, seis devem ser magistrados há mais de três anos de uma jurisdição superior, aos demais é exigido diplomas necessários para magistratura e os direitos políticos para acesso ao legislativo federal. Exige-se desses também, idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito anos. No Áustria não é exigida idade mínima.

Mendes também defende que os modelos norte-americano e europeu foram desenvolvidos com concepções filosóficas e vivências históricas distintas. E que ainda hoje são utilizadas as diferenças originárias para o estudo do controle de constitucionalidade, dividindo-o em difuso e concentrado. (2006, p. 27) Como leciona Streck, no processo de formação dos Estados Unidos e de sua independência, os magistrados não tiveram sua imagem desgastada como no período revolucionário da França, ou com as práticas da segunda guerra mundial na Europa. A decisão de Marshall coloca o Judiciário na posição de um poder moderador nos moldes das ideias de Benjamin Constant, enquanto o Executivo era o foco das tensões. (2002, p. 303) Enquanto na França, buscou-se, inicialmente, com a criação do Conselho Constitucional uma forma de proteger as competências do Executivo em relação aos possíveis excessos do Legislativo.

O problema é que na França era impensável delegar essa proteção ao Poder Judiciário, assim como em nenhum país europeu adotante do modelo kelseniano. Com isso, foi necessário buscar uma nova fórmula que não fosse colocar o judiciário como moderador das disputas entre os poderes estatais. Streck aponta que essa formulação teve influência direta da herança deixada pela Revolução francesa, pois o judiciário era visto como um poder sem legitimidade para exercer tal função. Além disso, a ideia do juiz como boca da lei de Montesquieu foi responsável por criar uma estrutura judiciário-burocrática diferente do vivenciado nos Estados Unidos. Então, os juízes europeus, por serem magistrados de carreira, não teriam legitimidade política para interpretar, muito menos para anular, uma lei em um sistema em que o Poder Legislativo ocupava uma posição privilegiada e que a separação de poderes era um princípio basilar. No sistema norte-americano essa

separação é apenas um dogma e o juiz tem reconhecida a sua função no equilíbrio constitucional e pode dizer o direito. (STRECK, 2002, p.304)

Por todas essas diferenças existentes entre o sistema norte-americano e europeu, não seria adequado à importação do modelo estadunidense. Por isso, adota-se a ideia de um tribunal como poder moderador, que não integrasse o Poder Judiciário e que seria responsável por interpretar a Constituição através do exercício do controle. Então, Streck afirma que justificar a adoção na Europa de modelo diverso do norte-americano e baseado em um Tribunal *ad hoc*, na ausência da regra do *stare decisis* não é suficiente. Ele defende que a escolha tem muito mais motivações políticas com raízes na Revolução Francesa e na concepção de soberania popular existente na Europa. (2002, p. 304-305) Ou seja, o modelo adotado na Europa é reflexo do sistema político-cultural existente na época da sua idealização e implementação.

Como alerta Dalla Via, não é razoável acreditar no transplante de um instituto de um sistema para outro, sem levar em consideração o contexto no qual o instituto se desenvolveu e o contexto em que se intenta implementá-lo. (2016, p. 450-451) Cervantes também defende que a adoção do modelo sempre leva em consideração a diversidade de condições existentes, e estas que definem a opção a ser aderida pelo sistema. (1999, p. 389) Como leciona Sampaio, há a tendência de simulação; como no caso das ações declaratórias simuladas nos Estados Unidos, que buscam na verdade um posicionamento da Suprema Corte sobre uma matéria e não sobre um caso concreto realmente; é gerada tanto pela busca de legitimar o instituto externamente ou nas “tentativas de imitações e de transplantes de modelos a contextos históricos, políticos e sociais distintos”. (2002, p. 52-53)

As competências de uma jurisdição constitucional e sua atuação têm estreita vinculação com a concepção dominante no seu sistema jurídico, inclusive a forma de agir dos seus membros, em razão das funções que lhes são atribuídas institucionalmente também são reflexos das ideias dominantes no campo jurídico e político, e “*puedem determinar el sentido de sus decisiones tanto como lo hace el parámetro normativo concreto que empleen en cada caso para desarrollar el control jurisdiccional*” (CASAL, 2016, p. 63) Ao se estudar as jurisdições constitucionais trabalha-se com conceitos acerca das funções que elas devem ser, contudo esse deve ser um primeiro passo para compreendê-la, mas ao se intentar aprofundar em um sistema específico é necessário ir além, depurando os conceitos para traçar o

perfil de uma jurisdição constitucional de forma singular, analisando-a sob o prisma da sua Constituição e das dimensões funcionais do Estado.

Dalla Via leciona que a regra do *stare decisis* é uma característica própria do sistema de fontes do *common law*, ele é anterior à adoção do controle de constitucionalidade pelos norte-americanos. Assim, não é uma característica inerente ao seu controle de constitucionalidade, não sendo correto defini-lo por aquela regra. (2016, P. 449) Todavia, as características do modelo estadunidense de jurisdição constitucional e de seu controle têm total relação com a tradição de *common law* e sua regra do *stare decisis*. Tanto que muitos doutrinadores apontam que a adoção desse modelo por países europeus com tradição de *civil law* não foi possível pela inexistência de tal regra. Então, a regra não é uma característica do controle, mas sim uma característica determinante na formação desse modelo de controle.

O sistema de origem- *common law* ou *civil law*- têm influência direta na maneira que é configurada a jurisdição e o controle de constitucionalidade nos Estados, assim como toda a sua evolução histórica e constitucional e o seu órgão competente para realiza-lo. Mas, além disso, não devem ser ignoradas as mudanças ocorridas no seu sistema jurídico-constitucional. É necessário também refletir sobre os instrumentos inseridos para aprimorar a atividade da jurisdição constitucional e os que precisam sê-lo. Neste último ponto, deve-se ter em mente que os mecanismos exitosos em outros sistemas, não podem ser implementados em outro de forma acrítica, deve se adequar a realidade político-social e histórico-cultural. E como ressalta Barroso, as atribuições da jurisdição constitucional tem vinculação com a forma como a constituição é entendida. (2012, p. 297).

Não se pode tentar comparar o caso norte-americano com o francês, no primeiro, os atos revolucionários buscavam a liberdade para se auto-regular, assim resistindo ao poder colonial e amparando-se na liberdade como um direito natural. (FERNANDES, 2011, p. 1138) Enquanto na França, a revolução buscava criar uma nova ordem político-social, sem o excesso de regalias do antigo regime e poder despótico, permitindo que a burguesia pudesse interferir na vida política, já que era quem gerava as riquezas do país.

Na Europa, em especial na França, o poder despótico do monarca era opressor e o judiciário não continha esse poder. Enquanto, nos Estados Unidos era o parlamento. (HIGHTON, 2016, p. 114) Nos Estados Unidos havia a concepção da

lei como opressora, como eram colônias da Inglaterra, as leis desta é que se impunham nas colônias. Então, as leis representavam, figuravam e fortaleciam a opressão sofrida pelas colônias e a manutenção do poder da Inglaterra. À Constituição, como não era um instrumento importado da metrópole, foi concedida a supremacia, nascendo assim o constitucionalismo norte-americano, cujo ápice foi a decisão de Marshall. (DALLA VIA, 2016, p. 446)

No primeiro capítulo, tratou-se das jurisdições constitucionais e dos seus processos de formação. O Tribunal Constitucional alemão tem suas características nascedouras vinculadas ao vivenciado no nazismo. Então, isso justificou a adoção do modelo kelseniano ao invés do norte-americano. Havia uma desconfiança em relação aos juízes ordinários do regime anterior e também ao legislador que agiu de forma arbitrária e não foi capaz de proteger os direitos fundamentais. Com isso, o Tribunal Constitucional alemão tinha que se preocupar em guardar os direitos fundamentais e não poderia ser formado por juízes do antigo regime.

Como alerta Casal, por mais que se veja o judiciário como o poder estatal menos perigoso, a experiência demonstrou que em certos contextos institucionais ele pode se transformar em um risco aos valores democráticos, em especial quando utiliza da sua qualidade de dar a última palavra a serviço do poder estabelecido. Para o autor, *“es difícil imaginar una forma más severa de opresión que la que provenga de un órgano rodeado de la majestad del derecho y capaz de declarar lo que resulta vinculante para una sociedad de manera definitiva e inalterable”*. (2016, p. 76)

A desconfiança dos franceses com relação ao poder dos juízes também tem natureza histórica e ideológica, segundo Barroso, o que também gerou a adoção da separação de poderes de forma rígida. (2012, p. 43) Como detalhado no capítulo dois, a desconfiança em relação ao judiciário tem vínculo com a sua atuação nas Monarquias dos Luíses, pois contribuiu para as arbitrariedades ordenadas. O judiciário era visto como uma classe privilegiada, sempre ilesa as opressões das velhas monarquias. O enraizamento desta desconfiança ocorreu com a Revolução Francesa, em que se identificou a soberania nacional com a soberania do parlamento, sendo a lei a expressão autêntica da vontade popular. Então, preocupava-se em limitar as funções dos juízes para não invadissem a esfera de competência do legislativo e do executivo.

Desta maneira, seria incompatível a adoção de um controle judicial, já que seu constitucionalismo estava fundado na soberania do parlamento e na simples aplicação da lei pelo juiz, vedando-se qualquer atividade criativa. As ideias predominantes eram de Rousseau e Montesquieu- a lei como vontade do povo e do juiz como boca da lei. Tinha-se um Estado de Direito Legislativo, em que o princípio da legalidade era o parâmetro para averiguação da validade do direito. Apesar disso, houveram tentativas de implementação do modelo norte-americano, sob a justificativa que neste não havia a anulação da lei, mas apenas a sua não aplicação em um caso concreto, assim o impacto seria menor no sistema legislativo. Contudo, o receio de instaurar-se um governo de juizes freou tais tentativas. Outro empecilho foi que o sistema jurisdicional francês, como grande parte dos sistemas europeus, é diferente do estadunidense, naquele há uma dualidade de jurisdição.

A compreensão de uma jurisdição constitucional depende também da própria concepção da Constituição no sistema. Casal leciona que o reconhecimento das funções de um Tribunal Constitucional é influenciado pela ideia de Constituição que se adota. Para entender as funções é importante analisar o contexto sobre ângulos diversos. Só assim verificam-se os desafios que devem ser enfrentados por estes tribunais especificamente, não sendo razoável apontar desafios idênticos para todas as jurisdições constitucionais, pois as demandas são diferentes. E mesmo em um sistema singular as prioridades e necessidades se alteram com as mudanças promovidas no campo político-social. (CASAL, 2016, p. 70)

*Así, la Constitución de Sudáfrica, aprobada tras la caída del régimen del apartheid, ha sido definida como una Constitución de la transformación, en la medida en que pretende superar las profundas desigualdades socio-culturales subsistentes al desmoronamiento de un sistema jurídico-político de vieja data basado en la segregación racial. En un contexto así las tareas de un tribunal constitucional ostentarán naturalmente perfiles ajenos al de sociedades con altos niveles de igualdad y de integración socio-cultural y política, lo cual es fácil de constatar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país. Los tribunales constitucionales también han asumido cometidos peculiares en Europa en el marco de procesos de transición política. (CASAL, 2016, p. 70)*

Uma grande demonstração de que os sistemas de jurisdição constitucional sofrem influência do campo jurídico-cultural em que estão inseridos e são produtos desse campo são os denominados sistemas mistos. Highton leciona que os sistemas mistos “*se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad, resultan recogiendo aspectos de esta*

*última y dando nacimiento a sistemas bastante diferenciados*” (HIGHTON, 2016, p. 118). Então, existem sistemas em que há Tribunais Constitucionais que atuam como uma última instância na justiça comum e também a previsão de um controle difuso. (Ibid., p. 118) Mendes leciona que os sistemas mistos são formados pela combinação de características dos modelos básicos- europeu e norte-americano. O autor aponta como sistemas mistos o brasileiro e o português. (2006, p. 27)

Os sistemas latino-americanos são, em sua maioria, classificados como mistos, eles pertencem ao bloco de países periféricos em que há um déficit histórico a ser compensado. Então, nas suas constituições têm que constar um conteúdo compromissário mínimo e também prever instrumentos que possibilitem e facilitem o acesso à jurisdição constitucional e a participação democrática. (STRECK, 2003, p. 276). Nesses sistemas, o Direito, e em especial a Constituição, tem que assumir um papel de transformador da realidade, não apenas de ordenador da sociedade. Então, não se pode vislumbrar nesses sistemas uma jurisdição constitucional competente apenas para aferir a conformidade das normas à Constituição, pois para consecução de um Estado Democrático de Direito é imprescindível o exercício de um papel transformador. (Ibid., p. 293-295)

A jurisdição constitucional dos países periféricos, para Streck, deve corresponder a “instituição de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais”. (2003, p. 296) O autor afirma que Habermas critica a ideia de concretizar valores constitucionais materiais, por defender que a sua implementação transformaria os Tribunais Constitucionais em uma instância autoritária. (Ibid., p. 263) Ou seja, além das jurisdições constitucionais terem suas características moldadas pelo seu contexto histórico-cultural e político-social também dele ter seus institutos adequados às demandas existentes no Estado. Uma jurisdição constitucional tem que estar em sintonia e coerência com o sistema jurídico em que está inserida.

#### **4.1.2 A classificação tradicional obsoleta**

Verifica-se que a classificação tradicional criada para demonstrar o antagonismo das características do modelo norte-americano e europeu, hoje serve apenas para tornar, talvez, mais didático o ensino do controle de constitucionalidade, vez que há uma mescla dessas características em vários sistemas jurídicos. É

simplista demais resumir as características do controle de constitucionalidade norte-americano em difuso, judicial, incidental e repressivo. Ou o controle europeu em concentrado, principal e repressivo; fazendo sempre a ressalva que na França o controle é político e preventivo.

Cappelletti defende ser “muito nítida a diferença entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade”. (1999, p. 102) Ele é enfático ao assegurar que estes *sistemas* são distintos tanto sob o aspecto modal quanto subjetivo. O estadunidense teria o caráter de controle judicial difuso e no aspecto modal, ele se exerceria por via incidental. Já o austríaco teria caráter concentrado e por via principal. (Ibid., 102) Primeiro, deve-se lembrar que os sistemas são mutáveis e adaptáveis à realidade existente. Ademais, mesmo os modelos que transmitem a ideia de algo imutável, não devem sê-lo, pois quando se distancia demais da realidade já não servem nem mais para fins didáticos.

Cappelletti afirma que nos países adotantes do modelo norte-americano “as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários ‘em via principal’, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação”. (1999, p. 102) Ele restringe o controle norte-americano ao realizado por via incidental, no curso de um litígio, sendo competente para decidir o juízo da causa e as questões, por isso, “não dão lugar nunca nem mesmo a especiais procedimentos constitucionais”, “apenas a meros ‘incidentes’ no âmbito dos processos comuns”. (1999, p. 103)

Contudo, como já visto neste capítulo, o *writ of certiorari* é, atualmente, uma forma decisiva de suscitação, sendo responsável por colocar a Suprema Corte dos Estados Unidos em uma posição central no sistema de controle de constitucionalidade. Ela passou a possuir a discricionariedade de selecionar quais questões constitucionais são mais relevantes e devem ser julgadas. (MENDES, 2006, p.42). Então, há instrumento especial e uma concentração do controle na Suprema Corte. E, assim, os efeitos não são mais de uma decisão de um mero incidente, pois o efeito da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, na prática, é o mesmo da decisão proferida pelos Tribunais Constitucionais- efeito *erga omnes*- por vincular todas as instâncias inferiores, em razão da regra do *stare decisis*. E, por mais que não haja a previsão de um procedimento abstrato, existem as simulações, em que litígios são instaurados apenas com finalidade da Suprema Corte se pronunciar sobre uma norma, então, na prática, existe.

Já o sistema austríaco é tratado por Cappelletti como oposto ao sistema americano, naquele concentra-se o controle no Tribunal Constitucional, o qual possui competência exclusiva para decidir questões constitucionais desvinculadas de litígios concretos, e sempre pela via principal. Os juízes ordinários não podem controlar a constitucionalidade e nem afastar norma que entendam ser inconstitucional, sendo-lhes vedado submeter a questão para o Tribunal Constitucional (1999, p. 104-105) O primeiro Tribunal Constitucional do mundo- o austríaco- nove anos após a sua criação já inseriu a possibilidade do controle ser realizado pelo via incidental. (BULOS, 2014, p. 195) E, como leciona Sampaio, as instâncias ordinárias dos sistemas adotantes do modelo kelseniano podem conhecer, mesmo que indiretamente, matéria constitucional. (2002, p. 52)

Os modelos norte-americano e europeu costumam ser diferenciados pela capacidade de resolver conflitos concretos, ou seja, questões afetas a um interesse particular. A doutrina tradicional defende que no primeiro modelo cabe ao particular alegar que um ato estatal fere seus direitos constitucionalmente amparados, enquanto no modelo europeu a legitimidade está restrita a uma minoria parlamentar ou a alguns órgãos. Um exerce um controle concreto e o outro, abstrato. Todavia, houve a introdução de mecanismos de controle concreto nos sistemas europeus, muitos já preveem um controle pela via incidental, pois o juízo do caso concreto pode submeter a questão ao Tribunal Constitucional. Na Alemanha e na Espanha, por exemplo, os próprios interessados podem suscitar o Tribunal através dos recursos individuais ou de amparo, alegando que um ato estatal é inconstitucional. (MIGUEL, 2000, p. 151-152)

Contudo, apenas afirmar que há a possibilidade de controle pela via incidental em sistemas europeus é insuficiente para realmente descrevê-lo, pois na realidade a questão suscitada nasce em um caso concreto, é submetida ao Tribunal, mas, em muitos sistemas, a discussão neste é no plano abstrato. Ou seja, afasta-se do litígio. Então, a questão nasce em um litígio, mas torna-se independente deste após ser submetida ao Tribunal, inclusive no caso de extinção do litígio a discussão continua no âmbito do Tribunal Constitucional. Com isso, percebe-se que a classificação tradicional é muito reducionista, não sendo capaz de abarcar certas especificidades, dando a impressão de que duas coisas diversas são idênticas.

A confusão provocada pela insistência em enquadrar as formas de controle na classificação tradicional, causa muitas confusões, pois enquanto alguns autores

tratam a submissão pelos juízes da questão constitucional ao Tribunal como um controle pela via incidental, há autores que tratam como controle difuso. Dalla Via ao tratar da questão de constitucionalidade do sistema espanhol assevera que “*es difuso, en cuanto a su legitimación por parte de los jueces, con una solución de efectos erga omnes para ser respetada por todos los jueces del país*”. (DALLA VIA, 2016, p. 449) A questão constitucional é submetida pelo juiz do litígio e cabe ao Tribunal Constitucional proferir uma decisão interpretativa, buscando salvaguardar a norma, ou seja, explicitar a interpretação que torna a norma constitucional. A transcrição desse trecho busca demonstrar que a classificação ao se afastar do plano fático, torna mais confuso o seu entendimento do que o facilita.

A ideia principal do modelo europeu é a existência de um Tribunal especial com competência exclusiva para tratar de questões constitucionais. Kelsen previa a criação de um Tribunal não pertencente à estrutura do Poder Judiciário e que não tivesse competências concorrentes com as instâncias ordinárias. Com isso, deve-se ter cautela ao introduzir características do modelo americano, pois a simples junção dos modelos não criará um terceiro modelo mais completo, mas talvez resulte em grandes conflitos. Então, é uma simplificação falar em introdução do controle difuso norte-americano no modelo europeu, vez que qualquer modificação deve estar em conformidade com o sistema como um todo. E somente um estudo aprofundado pode demonstrar que o controle incidental da França é muito diferente do controle incidental estadunidense, apesar de mesma nomenclatura.

No mais, verificam danos provocados pela miscigenação entre instrumentos e instituições norte-americanas e kelsenianas. Como previne Dalla Via, “*la superposición de instituciones con fines similares pueda derivar en una suerte de ‘quinta rueda del carro’ y que, además, pudiera ser fuente de futuros conflictos*”. (2016, p. 452). Isso pode gerar uma guerra de cortes. Muitos conflitos ocorrem entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo, na Espanha e no Peru. Neste último, o Tribunal Constitucional criou a figura da coisa julgada constitucional, em que todas as causas já julgadas e com qualidade de coisa julgada perante todas as instâncias judiciais podem ser revistas. Há um prejuízo a segurança jurídica e uma afronta à competência das instâncias judiciais. (Ibid., p. 452-453)

Como dito por Cappelletti, a adoção do controle difuso em sistemas que não acolhem a regra do *stare decisis* pode ser inconveniente, pois mesmo havendo decisão pela não aplicação de certa lei, ou mesmo várias decisões nesse sentido,

sempre será necessário ajuizar ações com o mesmo objeto, já que não há qualquer força vinculativa. Então, as mesmas questões serão suscitadas inúmeras vezes, sobrecarregando o judiciário com questionamentos idênticos. O autor cita o caso do Japão, em que tal inconveniente é verificado. (1999, p. 78)

Para ele, a solução seria criar “um sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o ‘difuso’ e o ‘concentrado’”. (1999, p. 79) Verifica-se aí o apego à classificação tradicional, vez que a medida mais acertada é o sistema constitucional adequar-se ao contexto político-social, jurídico e histórico-cultural. Só assim, será eficaz a sua jurisdição constitucional, a qual deve ter suas configurações determinadas pelas demandas existentes e não pelas classificações doutrinárias. Ele ensina ainda que o controle difuso nos países escandinavos tem uma importância mais teórica que prática, pois desempenha um papel muito modesto (1999, p. 79). Mais uma vez, demonstra a distância entre o previsto pela doutrina e o verificado na prática, não adianta esta devoção às classificações que se demonstram limitadas no campo real e até capazes de gerarem confusões.

#### **4.2 A NATUREZA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL**

A natureza jurídica do Conselho é um ponto que foi muito discutido na doutrina, pois não se chegava a um acordo se era político ou jurisdicional. Vanossi afirma que é um órgão *sui generis*, possui procedimentos atípicos de controle de constitucionalidade, então não pode ser considerado judicial e nem de uma jurisdição especial. Hauriou leciona que tem um caráter ambíguo: suas funções terem natureza jurisdicional e a forma de designação dos membros é política, mas que predomina o caráter jurisdicional. Cervantes defende que a natureza da designação dos membros é atenuada pelas demais características, por isso considera-o como um órgão jurisdicional. (CERVANTES, 1999, p. 386-387)

O controle realizado pelo Conselho Constitucional é considerado atípico, pois previa apenas o controle preventivo. Contudo, como será estudado, a existência de um controle prévio a entrada em vigor das leis por um órgão jurisdicional não é uma exclusividade do sistema francês. No mais, com a implantação da questão prioritária de constitucionalidade, o sistema francês passou a contar também um controle de constitucionalidade das leis já promulgadas, não podendo mais ser classificado o seu controle só como prévio. Em especial, pelo fato do controle

posterior corresponder a maior parcela dos controles realizados pelo Conselho Constitucional Francês.

Com relação à forma de nomeação dos seus membros, a qual será analisada e comparada de maneira mais detida neste capítulo, ela segue a tendência dos demais Tribunais Constitucionais europeus. Por óbvio, que não há tribunais que tenha formas de designação e nomeação idênticos, mesmo tendo adotado igual modelo de controle e de jurisdição constitucional. Contudo, há um padrão mínimo, sendo que a única excentricidade do sistema francês é a previsão dos membros de direito. Como leciona Streck, a composição dos Tribunais Constitucionais não foi realizada nos moldes dos tribunais que pertencem à cúpula do Judiciário, pois se buscou uma composição mais próxima da representação da vontade geral, mesmo que de forma indireta, por se garantir uma participação do Poder Legislativo na escolha dos membros da Corte Constitucional. (2002, p. 305)

No mais, como tutela Dalla Via a importância não está tanto na forma de designação dos membros do Tribunal, Corte ou Conselho Constitucional, mas sem na legitimidade e no reconhecimento das suas decisões. Elas devem ter força normativa, o que é alcançada quando se reconhece a autoridade técnica das suas decisões e do Tribunal como intérprete do Direito. Talvez, por isso Kelsen afirmava que a natureza dos órgãos constitucionais deveria ser de um comissionado do Poder Constituinte. (2016, p. 447) Um órgão que tivesse sua legitimidade, para anular e interpretar as normas, reconhecida.

Néstor Sagües afirma que os órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade não devem ser classificados utilizando-se a tradicional divisão entre político e judicial. Para ele, deve-se separá-los em judiciais e não judiciais, sendo que o francês corresponderia a um órgão *sui generis* pela sua peculiar operatividade. (CERVANTES, 1999, p. 387) Como dito, o Conselho Constitucional já realiza o controle de constitucionalidade das leis em vigor, não podendo mais ser tratado de forma diferenciada por existir apenas um controle prévio. De resto, o próprio tipo de conflito que devem ser julgados pelos Tribunais Constitucionais tem natureza diversa dos analisados pelas instâncias ordinárias. Os conflitos constitucionais trazem inovações ao sistema jurídico, por isso são classificados como políticos, pois estaria atuando como um legislador. (SAMPAIO, 2002, p. 58)

A atividade principal dos Tribunais Constitucionais é por essência política, pois os dispositivos constitucionais atualizam-se através da jurisdição. (CARPIZO,

2016, p. 402) Portanto, o Tribunal atua como uma espécie de legislador, não apenas negativo como vislumbrado por Kelsen, vez que cabe às Cortes Constitucionais uma interpretação construtiva, positiva, de forma a salvaguardar a integridade da lei. Contudo, o próprio Kelsen já defendia que este aspecto não era suficiente para definir o Tribunal Constitucional como um órgão político, já que ele atua como uma verdadeira jurisdição. A intenção ao compará-lo com a figura de um legislador negativo era demonstrar que não exerce uma função jurisdicional clássica, por ser muito forte o aspecto criativo. (SAMPAIO, 2002, p. 59) Desta maneira, o Tribunal exerce uma atividade jurisdicional autêntica, só que o resultado da sua atividade pode ser legislativo, mas não o julgamento realizado.

Kelsen afirma que as funções estatais têm caráter jurídico, por serem atos de criação ou execução de direito (KELSEN, 2003, p. 124) Afasta a ideia de que o ato de julgar corresponde apenas à aplicação da lei sem qualquer atividade criativa por parte do julgador. No mais, se a existência de inovações nas decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais for suficiente para definir o órgão como político, então todas as jurisdições constitucionais devem ser consideradas políticas e não jurisdicionais. Contudo, Sampaio esclarece que apesar dos conflitos serem políticos, o que determina a natureza do órgão são os critérios utilizados no julgamento, então se os critérios são jurídicos, a natureza do órgão é jurisdicional. (2002, p. 58)

Como visto no capítulo segundo que trata do Conselho Constitucional francês, o código utilizado no julgamento é jurídico, tendo inclusive influenciado os debates parlamentares, pois estes, pela importância dada as decisões do Conselho, passaram a utilizar argumentos jurídicos nas discussões dos projetos de lei, inclusive rejeitando-os no caso de alegada inconstitucionalidade. Ferreira afirma que o Conselho Constitucional utiliza de critérios jurídicos para fundamentar as suas decisões, não em argumentos de conveniência e oportunidade. (2016, p. 192). O código utilizado nas suas decisões é o jurídico e não o político, não sendo, assim, razoável classificar um órgão que exerce uma atividade jurisdicional em um órgão político. O importante é a natureza do ato praticado- se é jurídico ou político.

Fernandes leciona que o Conselho Constitucional francês é um órgão político e que o controle político tem como matriz o sistema francês. (2011, p. 924). Na realidade, a rejeição a ideia do Poder Judiciário como poder moderador- nos moldes do sistema norte-americano, bem como a resistência a implantação de um controle de constitucionalidade, por acreditar que feriria a soberania do parlamento e

a separação dos poderes, têm raízes históricas na Revolução Francesa. Então, pode-se afirmar que a ideia de um controle exercido por um órgão não judicial tem origem no sistema francês.

Contudo, essa concepção espalhou-se na Europa, em especial após as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial e com a ineficiência do judiciário na salvaguarda dos direitos constitucionais. Por isso, adotou-se um órgão não judicial, mas isso não significa que seja político e que a atividade exercida por ele não seja jurisdicional. Não se pode classificar o Conselho Constitucional pelo histórico do sistema jurídico francês, ainda mais por esse representar uma ruptura com a cultura jurídica francesa anterior.

Fernandes afirma também que o controle político de constitucionalidade no Brasil é realizado excepcionalmente pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, por isso não pode o sistema brasileiro ser classificado como de matriz política como o francês. O autor defende que o controle de natureza judicial é o realizado por órgão do Poder Judiciário ou de estrutura jurisdicional com base nos modelos norte-americano ou austríaco. (2011, p. 924) O primeiro esclarecimento a ser feito é sobre a confusão criada por essa forma de classificação.

Nota-se que o risco de tratar como sinônimas as expressões *política* e *não judicial* é muito grande, sendo que na realidade a primeira expressão seria o antônimo de não jurisdicional. Como ensina Brewer-Carías, deve-se considerar político e não jurisdicional o controle realizado por órgãos políticos de caráter representativo do Estado. (2016, p. 31) Para Sampaio, “a distinção só tem algum sentido se identificarmos um modelo de controle exercido por um órgão político em sentido próprio, por exemplo, o Senado”. (SAMPAIO, 2002, p. 45)

Ou seja, o controle realizado pelo próprio Poder Legislativo ou pelo Executivo é sim um controle político realizado por um órgão político. Contudo, o Conselho Constitucional não é um órgão com caráter representativo, na realidade a forma de designação dos seus membros, assim como ocorre nos demais Tribunais Constitucionais europeus, busca um reconhecimento da legitimidade deste órgão através da concessão de competência para o parlamento escolher parte de seus membros. Na história jurídica francesa, foram criados órgãos, como o Senado Conservador, que eram políticos, mas essa tradição foi rompida com o Conselho Constitucional Francês. Este não é composto por membros do parlamento ou do Executivo, mas sim membros nomeados por esses poderes. O antigo Comité

Constitucional francês era um órgão político (BULOS, 2014, 190), mais isso não significa que pela natureza do seu órgão antecessor, o Conselho deve ser definido como político também.

A classificação do Conselho Constitucional em político causa tanta confusão que faz que seus defensores façam afirmações contraditórias. Barroso afirma que a Corte Constitucional no modelo europeu pode integrar ou não o poder judiciário. (2012, p. 44). O próprio Barroso afirma, na mesma obra, que “no modelo europeu, ao revés, foram criados tribunais constitucionais, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário”. (Ibid., p. 49) Bulos afirma que tem que ser um órgão de cúpula do Poder judiciário. (2014, p. 195). Contudo sabe-se que os Tribunais Constitucionais europeus não integram a estrutura do Poder Judiciário, sendo a única exceção o Tribunal Alemão.

O estranho é que apesar de suas afirmações, Barroso leciona que o que mais singulariza o Conselho Constitucional francês é “o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional”. (2012, p. 44) Mas ele não havia dito que os Tribunais Constitucionais estão fora da estrutura do judiciário? Ele ainda ensina que “tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação jurídica de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias” (Ibid., p. 44) Ou seja, apesar de afirmar que não exerce função jurisdicional, em seguida defende que a fundamentação jurídica de suas decisões assemelha-se com a das cortes europeias. Percebe-se que a classificação como político não está fundamentada em pilares sólidos doutrinários.

Zamora agasalha a ideia de que o caráter político está refletido em outras formas de proteção da soberania constitucional presente nas constituições. Como na Constituição Espanhola quando determina que o Rei deva prestar juramento de guarda da Constituição. Ou na Francesa, em que o Presidente deve velar pelo cumprimento da Constituição. Na Alemanha, em que a Lei Fundamental dispõe que cabe ao Governo a legítima defesa da ordem constitucional. Na Constituição italiana, ao estabelecer que o Presidente deva jurar a observância à Constituição. (2007, p. 3)

Nesta linha, Sampaio leciona que a forma política opera-se quando há consulta ao povo ou com o veto presidencial, sendo que “a forma jurisdicional, demanda uma fiscalização por parte de órgãos da jurisdição constitucional, especializados ou não”. (2002, p. 388) Souza Neto e Sarmento ao indicar os

mecanismos de controle político no sistema brasileiro, cita os vetos do Poder Executivo, a atuação das Comissões de Constituição e Justiça e até a capacidade da Administração Pública recusar a aplicação de norma sob a alegação de que é inconstitucional. (2012, p. 18) Verifica-se que em todos estes casos, o controle é exercido por um órgão político em sentido próprio. Barroso define que o controle político refere-se ao controle de constitucionalidade exercido por órgão com natureza política, comumente vinculado ao parlamento. (BARROSO, 2012, p. 43)

Quanto à alegação de Fernandes de que um órgão não é político, mas jurisdicional, se adotar como base os modelos norte-americano ou europeu, em miúdos, integrar o Poder Judiciário ou ser uma Corte Constitucional (2011, p. 924), deve-se fazer alguns apontamentos. O primeiro é que pela desconfiança em relação ao poder judiciário desde a Revolução Francesa não foi possível à implantação de um sistema nos moldes do estadunidense, apesar de ter existido tentativas de adotá-lo por ser considerado menos drástico para o sistema legislativo o efeito das decisões. Todavia, tal desconfiança teve um peso muito forte na opção de não adotá-lo.

Contudo, o Conselho Constitucional francês, como será visto posteriormente, pode ser considerado um Tribunal Constitucional nos moldes dos demais Tribunais dos sistemas adotantes do modelo kelseniano, o fato de ser denominado de Conselho e não de Tribunal não é suficiente para distingui-lo. Zamora afirma que o controle exclusivamente político se mostrou insuficiente na Europa, por isso optou-se pela criação de instituições especializadas com fim de proteger a Constituição e fundamentadas nas ideias de Kelsen. (2007, p. 4)

Nesse mesmo sentido leciona Brewer-Carías, os sistemas europeus que optaram por um controle político a ser realizado por órgãos políticos representativos sofreram duras críticas por ser considerado inadequado, pois havia a tendência do órgão controlador ser assimilado pelo órgão controlado. Essa forma de controle foi utilizada nos países socialistas, eles baseavam no princípio da unidade do poder estatal, sendo a separação de poderes rejeitada, vez que aquele princípio caracterizava o regime jurídico desses países. Baseava-se na supremacia do poder do órgão politicamente representativo do Estado, então não poderia ser confiado o controle de constitucionalidade a outro órgão que não fosse o órgão supremo representativo, nem mesmo o judiciário. Com as transformações sofridas por estes regimes houve uma alteração dos seus sistemas constitucionais, sendo implantados

também Tribunais Constitucionais especiais, o qual já havia sido adotado pela Checoslováquia desde 1920. (2016, p. 31-32)

Streck também defende que o Conselho Constitucional francês é um órgão político, responsável por um controle preventivo. Ele afirma que é fruto da exclusão das instâncias ordinárias da tarefa de controlar a constitucionalidade, fundamentada nas ideias revolucionárias francesas, inclusive na desconfiança nos juízes. Contudo, o mesmo autor reconhece que o mesmo sentimento fez com que a maioria dos países europeus estabelecesse Tribunais Constitucionais fora da estrutura do Judiciário. (2002, p. 303)

Assim, nota-se que o Conselho Constitucional francês é classificado como um órgão político por não ser judicial, característica predominante nos sistemas baseados no modelo europeu (a exceção é a Alemanha); ou então pela tradição jurídica resultante dos ideais revolucionários. Isso quer dizer que o Conselho é caracterizado pela tradição que rompeu, ele provocou uma ruptura paradigmática sem precedentes no sistema francês, este sistema antes era baseado no Direito Civil, o Código Civil ocupava o ápice da pirâmide jurídica, a Constituição não tinha importância normativa. Com a criação do Conselho Constitucional Francês, o Direito Constitucional passa a ocupar posição de destaque, alterando a ciência do Direito e a maneira de lecioná-la.

Favoreu leciona que “uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”. (2004, p. 15) Cabe ao Conselho Constitucional conhecer de forma exclusiva as questões constitucionais, ele não pertence à estrutura do Poder Judiciário, então não há risco de submissão a este poder, além disso, é independente de todos os poderes, órgão e autoridades públicas. Outra lição importante neste debate de Favoreu é que “pouco importa que esta ou aquela Corte Constitucional seja formalmente denominada ‘Conselho’, ‘Tribunal’ ou mesmo ‘Corte Suprema Constitucional’.” (Ibid., p. 15) O essencial é que preencha os requisitos estabelecidos por Favoreu, citados no início deste parágrafo.

#### 4.2.1 O controle francês é político?

Neste item, a questão discutida não é a natureza do Conselho Constitucional francês, mas sim do controle realizado por ele. Rubén Hernández defende que a natureza do controle realizado na França é estritamente política, pois o Conselho Constitucional tem natureza política e pela forma em que suas funções são exercidas. Contudo, Cervantes defende que a classificação do controle realizado pelo Conselho Constitucional como político deve-se ao fato de apenas as autoridades políticas serem capazes de suscitar a sua realização e não uma parte processual em sentido estrito. E também pelo seu caráter preventivo. (CERVANTES, 1999, p. 388-389)

Como leciona Favoreu, o Conselho Constitucional já firmou várias vezes que o poder que exerce não é político, pois a Constituição não lhe conferiu poderes idênticos ao do Parlamento, então não pode ser visto como “uma terceira câmara”. (2004, p. 101) A forma de atuação e da suscitação do Conselho é muito similar aos dos Tribunais Constitucionais europeus (SAMPAIO, 2002, p. 45), inclusive a capacidade de suscitar foi ampliada nos sistemas europeus que inseriram a possibilidade de recurso constitucional ou de amparo, assim como pelo Conselho Constitucional francês através da questão prioritária de constitucionalidade.

Barroso ensina que o controle político está associado ao sistema constitucional francês, em razão deste ter rejeitado o modelo de controle judicial pela desconfiança em relação ao judiciário. (2012, p. 43) Primeiro, deve-se diferenciar controle judicial de controle jurisdicional. O objeto do presente trabalho é verificar se o Conselho Constitucional é uma verdadeira jurisdição constitucional e não se pertence ao poder judiciário. Sabe-se que ela não integra a estrutura do judiciário, mas isso, por se só, não significa que não há o exercício de função jurisdicional. Desta maneira, o foco deste item será verificar se o controle exercido é só político ou se é jurisdicional.

Brewer-Carías afirma que a tendência geral do constitucionalismo contemporâneo nos sistemas que contam com uma constituição escrita é prever formas de proteger a Constituição judicial ou jurisdicionalmente, sendo o controle realizado por autoridades judiciais ordinárias ou por Tribunais especiais, já que a tendência é não utilização de controles políticos, em especial aqueles exercidos pelo Legislativo. (2016, p. 42) Ou seja, demonstra que o controle exercido pelos Tribunais

pode não ser judicial, mas é jurisdicional, bem como a supressão dos controles políticos dos sistemas constitucionais contemporâneos que tem Constituição escrita.

Segundo, a rejeição do controle judicial não é uma especificidade do sistema francês, mas sim do modelo europeu continental. O modelo kelseniano prevê a criação de um órgão especial para controlar a conformidade das normas com a Constituição e que não esteja vinculado ao Poder Judiciário. O fato do Tribunal Constitucional não integrar a estrutura do judiciário é uma das características que distingue o modelo europeu do modelo norte-americano baseado no *judicial review*. Então, o sistema francês não é uma exceção ao modelo europeu, na verdade o sistema constitucional alemão que o é, pois o seu Tribunal Constitucional integra a estrutura do Poder Judiciário. Desta maneira, se firmasse esse entendimento de que o sistema constitucional que prevê o controle não judicial exerce controle político, ter-se-ia que concluir que todos os sistemas adotantes do modelo kelseniano, exceto o alemão, realizam controle político.

Como alerta Sampaio, parte da doutrina já defendeu que o controle realizado pelos Tribunais Constitucionais era político, pois atuariam como um órgão legislativo, uma instância política suprema. (2002, p. 58) Essa visão tem relação com a ideia kelseniana do Tribunal atuando como um legislador negativo. Entretanto, o próprio Kelsen asseverou que eles exercem uma verdadeira jurisdição, não podendo ser considerados órgão políticos. Apenas comparou-os a figura de um legislador negativo, com fim de demonstra que não se tratava de uma função jurisdicional clássica, pois além de aplicação, envolve criação. Os Tribunais exercem uma atividade jurisdicional autêntica, mas o resultado da sua atividade pode ser legislativo. (Ibid., p. 59)

A corrente doutrinária dominante não afasta a natureza jurisdicional dos Tribunais e nem das suas funções, em especial o seu controle de constitucionalidade. Gracia Enterría defende que a natureza política está adstrita aos conflitos constitucionais, mas não ao julgamento realizado pelos Tribunais, vez que os critérios utilizados são jurídicos. Apesar de existirem especificidade em relação às instâncias ordinárias, o julgamento também tem natureza jurisdicional. (SAMPAIO, 2002, p. 58). Sampaio alerta ainda que não se cabe mais questionar a natureza jurisdicional dos Tribunais Constitucionais, pois apesar destes atuarem, em tese, abstratamente, há, mesmo que implicitamente, um interesse particular reflexo.

Este é ainda mais forte quando atuam como uma jurisdição constitucional da liberdade em que o objeto são direitos fundamentais. (2002, p. 59-60)

Para Barroso, no controle judicial cabe “ao judiciário o papel de intérprete qualificado e final” da Constituição. (BARROSO, 2012, p. 44). Ele afirma que a origem deste controle deu-se no direito norte-americano e ingressou na Europa com a Constituição da Áustria de 1920, contudo neste continente adotou-se a criação de órgãos específicos de controle- os tribunais constitucionais.

Adotou-se ali uma fórmula distinta, com a criação de órgãos específicos para o desempenho da função: os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário. O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). (BARROSO, 2012, p. 44-45)

Barroso afirma que os Tribunais Constitucionais apesar de não integrarem a estrutura do Poder Judiciário, exercem função jurisdicional. Assim, deixa claro que não há qualquer vinculação entre o exercício de uma atividade jurisdicional e com o fato de estar ou não vinculado ao Poder Judiciário. O simples fato do Tribunal Constitucional não integrar a estrutura do judiciário não é suficiente para alegar que o controle é não judicial. Todavia, se o órgão não exercer função jurisdicional, deve-se afirmar que o controle exercido pelo mesmo não é judicial ou jurisdicional, como é definido por Barroso ao tratar do Conselho Constitucional Francês.

Assim, a justificativa para classificar o controle exercido pelo Conselho Constitucional Francês de forma diversa do exercido por outros tribunais constitucionais europeus não pertencentes à estrutura do judiciário é a não natureza jurisdicional da atuação do órgão francês. Esta afirmação é o objeto principal do presente trabalho. Essa afirmação pode ser fruto de uma confusão, pois Carl Schmitt retoma a ideia de júri constitucional de Sieyès- a justiça constitucional fundamentada em uma espécie de júri constitucional que atuaria como um legislador negativo através de vetos. Schmitt reformula a ideia, atribuindo o poder de legislador negativo ao Presidente do *Reich*, justificando que este deveria ser o defensor da constituição, pois é quem melhor representa a vontade e soberania da nação. (DALLA VIA, 2016, p. 447)

Então, ao invés de perceber que Schmitt bebeu da tradição francesa para formular sua teoria, conclui-se que o sistema constitucional francês teve influência das suas ideias- assim consideraria que o Conselho não é fruto da adoção das ideias kelsenianas, mas sim de Schmitt. Contudo, esse silogismo está incorreto, pois o poder de controlar a constitucionalidade não foi delegado a nenhum poder constituído, mas sim a um órgão especial formado por membros com conhecimentos técnico-jurídicos e sensibilidade política, designados pelo Poder Executivo e Legislativo, mas não integrantes do mesmo. Desta feita, o sistema francês está muito mais próximo do modelo europeu continental, tanto que é inaceitável classifica-los de forma diversa- jurisdicional e político.

Streck assevera que “a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o nítido objetivo de proteção do legislador, influência da Revolução Francesa”. (2002, p. 285) Na realidade, ele foi idealizado fora do Poder Judiciário, em razão da desconfiança que se tinha com relação aos juízes desde a Revolução Francesa e fortalecida com o pós-segunda guerra. O próprio estabelecimento de um órgão, não pertencente ao legislativo, competente para controlar a constitucionalidade das leis já demonstra que não se buscava proteger o legislativo, mas sim se proteger deste.

No que tange essa classificação em político e judicial, o próprio Barroso que se utiliza desta divisão, em nota de rodapé, cita o posicionamento de Rodrigo Lopes Lourenço pela utilização da expressão não judicial ao invés de político, pois todo órgão estatal com autonomia de decisão prevista pela Constituição é político, assim como todos os juízes e tribunais, vez que possuem atuação independente e não hierarquizada. (BARROSO, 2012, p. 80) Sampaio argumenta que o entrelaçamento do direito e da política é inerente à conformação do Estado de Direito, sendo difícil em muitos casos separar um do outro. Isso não significa que se pode reduzir o jurídico em político e nem acreditar que as questões políticas se resolveram no campo do direito, mas sim que se deve afastar a ideia de que a política e o direito não se comunicam. (2002, p. 60)

As teorias críticas do liberalismo, como o marxismo serviram “para desmistificar a ideia de que o processo de interpretação e aplicação do Direito poderia ser neutro, asséptico e apolítico”. E os avanços no campo da psicologia demonstraram a impossibilidade do intérprete de direito se reduzir a fazer subsunções, por ser um ser humano “com paixões, pulsões e inconsciente”. (SOUZA

NETO; SARMENTO, 2012, p. 324) Assim, a nomenclatura utilizada parece ocultar a dimensão política inerente ao controle de constitucionalidade mesmo sendo exercido judicialmente, talvez com o intento de ocultar a realidade, imunizando seus membros das críticas.

O Controle de Constitucionalidade tem uma natureza política incontestável (BONAVIDES, 2004, p. 128). Tanto que gerou controvérsia entre Schmitt e Hans Kelsen, o primeiro afirmava que o controle é essencialmente político e deveria ser atribuído ao Chefe de Estado, por representar a unidade do país. Para ele, a “concessão ao Poder Judiciário da faculdade de controlar a validade das leis editadas pelo legislativo acarretaria uma indevida politização da justiça” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 22)

Não se pode negar o caráter político da jurisdição constitucional. A teoria crítica romano-germânica e os *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos sustentam que “decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade” (BARROSO, 2012, p. 266). Defende-se que são políticas, pois em uma democracia deliberativa o debate público deve ser amplo, respeitando os direitos fundamentais, assim as Cortes Constitucionais devem ser influenciadas pela realidade e exercer o poder de conformação nesta. (Ibid., p. 47) Barroso defende que “a jurisdição constitucional é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’.” (2012, p. 297). O que demonstra o viés político da jurisdição constitucional.

A interpretação dada pela jurisdição constitucional expressa, mesmo que em intensidade mínima, a compreensão íntima dos julgadores sobre o sentido que deve ter a norma. Por isso, Barroso afirma que por mais que o direito seja diverso da política, isso não significa que está isolado dela, sempre existiram choques entre eles, podendo ser afetados por esse cruzamento a segurança jurídica e a justiça de um lado, ou a soberania popular e a legitimidade democrática de outro. (2014, p. 259) A fluidez da barreira entre a política e o Direito é facilmente verificável. Para exemplificar, Barroso traz o caso dos Estados Unidos, em que a eleição de 2000 foi decidida pela sua Suprema Corte; o israelense, cuja Corte Suprema decidiu sobre a construção de muro na divisa com o território palestino; e o francês, em que a proibição do uso da burca foi decidida pelo Conselho Constitucional. (Ibid., p. 38) O autor ilustra sua alegação também como a atuação do Supremo Tribunal Federal,

pois este ocupa uma posição de destaque já que dá a palavra final acerca da interpretação das normas e do sentido da Constituição, vinculando os demais poderes estatais. Então, “essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática”. (Ibid., p. 258)

Carpizo aponta as competências do Tribunal Constitucional que são de natureza política, independente das características ou da natureza do órgão. Entre elas está o controle de constitucionalidade das normas, não importando o órgão responsável pelo controle, mas simplesmente pelo fato de examinar se as normas são compatíveis com a Constituição, sendo que no caso de considerar que não está em conformidade cabe anular a norma com efeitos erga omnes. Mesmo quando o Tribunal julga a constitucionalidade em um caso concreto, realiza uma análise lógico-abstrata. É político, pois como declarou Kelsen que “*en estos casos el tribunal es realmente un legislador negativo*”. (2016, p. 400)

O autor também arrola como competências com natureza política, o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, dos atos administrativos e executivos, das sentenças definitivas; a interpretação da Constituição estabelecendo os parâmetros para a mesma, o que vincula os demais poderes, em especial os referentes aos direitos humanos; solucionar os conflitos de competências entre os órgãos estatais estabelecidas constitucionalmente; adotar definições políticas e sociais que impactam a sociedade; declarar a inconstitucionalidade dos partidos políticos; (CARPIZO, 2016, p. 400-401) Streck leciona que os Tribunais Constitucionais fundamentam-se no caráter político de suas competências, mas “que a transcendência política da atuação da justiça constitucional não priva a esta a sua função de caráter jurisdicional”. (2002, p. 305)

Por fim, ao diferenciar essas duas formas de controle, não se atêm às suas distinções procedimentais, mas somente ao órgão que exerce esse controle, nas palavras de Bulos “ao órgão fiscalizador”. (2014, p. 201). Assim, a natureza do órgão é que determina se o controle é político ou judicial. Contudo, seria mais coerente, por todo o exposto, que a classificação considerasse a forma como é exercido o controle e os paradigmas e critérios utilizados na tomada da decisão. No caso do Conselho Constitucional francês, Hauriou defende que suas funções têm natureza jurisdicional, assim como Cervantes. (CERVANTES, 1999, p. 386-387) Então, não poderia ser classificado como um órgão não jurisdicional.

Sampaio leciona que a forma política de indicação dos membros de uma Corte Constitucional não serve para caracterizá-la como um órgão político e nem o seu controle como o sendo. O que importa é “a técnica jurídica com que enfrentam os problemas levados à solução”. (2002, p. 60). Nessa mesma linha, ele defende que “é considerado jurisdicional quando se utiliza para a fiscalização da constitucionalidade parâmetros jurídicos, sendo competentes os juízes ou um único órgão, cujas decisões fazem coisa julgada”. (Ibid., p. 44) Ora, sob este prisma não resta dúvida que o controle exercido pelo Conselho Constitucional francês tem natureza jurisdicional, tanto que foi responsável por alterar os debates legislativos, pois nestes as discussões passaram a ser impregnadas por argumentos jurídicos por influência do Conselho. Como visto no capítulo segundo, os projetos de lei são rejeitados pelo simples fato de serem considerados inconstitucionais. Ou seja, o caráter jurídico da discussão do Conselho é tão forte que ultrapassou as suas esferas e induziu o parlamento.

Jouanjan indica que em 1988 que a política, através da ação do Conselho constitucional, foi “ligada pelo direito”. (2008, p. 5) A atuação do Conselho alterou a maneira de discutirem-se as proposições legislativas, muitos projetos são rejeitados pelo fato de serem considerados em desconformidade com a Constituição. Os argumentos utilizados são mais jurídicos que políticos no debate legislativo.

Quando se busca caracterizar como político o sistema francês atual baseia-se em critérios também verificáveis na forma jurisdicional. Os membros são escolhidos de forma muito similar aos outros sistemas europeus. Como afirma Troper, “o Conselho Constitucional não é nem mais nem menos político do que tribunais constitucionais em países em que os ministros das cortes superiores são eleitos pelos parlamentos”. (2011, p. 48)

Sampaio ressalta que a previsão dos ex-Presidentes da República serem membros natos não é suficiente para diferenciar o sistema francês e caracterizá-lo como político. Definir como político o controle de constitucionalidade realizado no sistema francês é afirmar que este se mantém fiel à tradição rousseuniana de supremacia do parlamento. Vê-se um controle político nas Constituições francesas de 1799, 1852 e 1946. Já a qualificação do Conselho Constitucional Francês em órgão político é resultado daquela linha de pensamento anterior. (SAMPAIO, 2002, p. 44-45)

O controle de constitucionalidade francês não pode ser denominado como político, em razão do histórico do sistema francês. Cervantes defende que o funcionamento do Conselho é adequado a concepção francesa tradicional da soberania nacional como soberania do parlamento, com isso, é indiscutível seu caráter político. Esse caráter, para o autor, é fruto da distinção clássica entre os modelos e pelo histórico que antecedeu o Conselho Constitucional, visto que as tentativas de instauração de um procedimento de controle de constitucionalidade na França sempre vedavam a atribuição do mesmo ao judiciário, sempre delegando a órgãos de caráter político. (1999, p. 388) Como leciona Turpin, o início da atuação do Conselho foi tímido, por ser apenas um protetor das competências do executivo, mas depois se tornou verdadeiramente independente, um censor das leis, um protetor dos direitos fundamentais, cuja atuação é determinante na constitucionalização do Direito na França. (2001, p. 625)

Brewer-Carías ensina que historicamente distinguiam-se as formas de garantias da supremacia constitucional em política e jurisdicional. A política era aquela em que cabia aos órgãos políticos de caráter representativo do Estado a guarda. Ela existia, comumente, nos sistemas jurídicos em que a separação dos poderes era vista, de forma extrema, como princípio fundamental do Estado. O autor é enfático ao afirmar que essa era a situação da França antes da criação do Conselho Constitucional francês (2016, p. 31)

*En el primer caso, esa fue tradicionalmente la situación en Francia hasta la creación del Consejo Constitucional, donde la Asamblea Nacional era el único poder del Estado con facultad de velar por la constitucionalidad de las leyes. En el segundo caso, se trata del sistema que fue adoptado en la casi totalidad de los antiguos Estados socialistas del este de Europa, y que en el Continente americano aún existe en Cuba, donde el órgano supremo y políticamente representativo es el único que puede ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. (BREWER-CARIÁS, 2016, p. 31)*

Não é coerente classificar, como Cervantes, um controle de acordo com os instrumentos e instituições que o antecederam. Como estudado no capítulo segundo, a criação do Conselho Constitucional francês gerou uma ruptura paradigmática no sistema jurídico da França. Uma primeira ruptura com a tradição anterior francesa foi que antes se tinha a supremacia do Código Civil, e com a criação do Conselho quebra-se o paradigma anterior do Código Civil como a norma principal e da Constituição como uma simples proclamação política, pois o conteúdo

constitucional passa a ter influência no sistema jurídico, devendo as normas se conformar a ele. Mesmo o Conselho sendo visto inicialmente como um simples defensor das competências do Executivo em face do Legislativo, cabia a ele controlar os regimentos da Assembleia e do Senado para que não excedessem as atribuições fixadas constitucionalmente. Ou seja, as disposições constitucionais passaram a ocupar um papel jurídico importante, o qual antes era exclusivo do Código Civil. Isso resvalou na própria importância que o direito constitucional adquiriu na ciência do Direito.

A criação do Conselho também rompe, radicalmente, com a longa tradição francesa de hostilidade a qualquer forma de controle, baseada na soberania do parlamento e na separação dos poderes. Com sua criação, o legislativo deixa de ocupar uma posição hierárquica superior aos outros poderes estatais e o controle não é realizado pelo próprio órgão, como antes pregado no sistema francês para que não houvesse violação à separação dos poderes. Então, alegar que o Conselho Constitucional francês é um órgão político e o seu controle também, em razão dos seus antecedentes e da tradição francesa existente, não se demonstra um argumento plausível, ainda mais quando se verifica que a sua criação foi responsável por uma ruptura paradigmática, alterando a própria ciência do Direito.

Antes da Constituição de 1958 e da criação Conselho por esta, o legislador não estava submetido, nem de fato e nem de Direito, a nenhuma regra superior. Apenas com a afirmação da soberania Constitucional que houve o fim do absolutismo parlamentar. Com a criação do Conselho permitiu-se o desenvolvimento da justiça constitucional na França, afastando-se o conceito antes imperante da soberania parlamentar. Por óbvio que esse processo já havia se iniciado em outros países europeus, como na Áustria, Alemanha e Itália. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 41) A Áustria foi a percussora, com sua Constituição de 1920. Na Alemanha foi criado pela Lei Fundamental de 1949 e instalado o Tribunal Constitucional em 1951. E a constituição italiana de 1947 que foi responsável, sendo a instauração da sua Corte Constitucional em 1956. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 121) Contudo, isso não altera a natureza do Conselho, apenas foi um pouco mais tardia a quebra paradigmática que substituiu a soberania parlamentar pela supremacia constitucional.

A visão da Constituição não como uma norma jurídica que pudesse ser aplicada aos casos concretos, mas como uma proclamação política que deveria

servir para inspirar o Legislativo era generalizada, não era apenas do sistema francês, a única exceção estava no sistema norte-americano. Até o século XX era hegemônico esse pensamento na Europa continental, os códigos que regulavam a vida social, o “Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 120) Na maioria dos sistemas não previam controle de constitucionalidade das leis por ser considerado antidemocrático. O final da segunda guerra que mudou este quadro, pois se percebeu “a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião, para limitar os seus abusos.” (Ibid., p. 120-121)

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário. (BARROSO, 2014, p. 194) O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente. [...] Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. (Ibid., p. 240)

Os sistemas constitucionais europeus desenvolveram-se após a segunda guerra, sendo os Tribunais Constitucionais implantados na Áustria e na Checoslováquia em 1920 uma exceção. A preocupação com os direitos humanos é produto das graves violações ocorridas na guerra. (BREWER-CARÍAS, 2016, p. 57) Então, o sistema francês apenas seguiu essa tendência, criando sua Corte Constitucional após o fim da guerra e em um lapso temporal não tão distante dos demais sistemas. Favoreu a ideia de que a justiça constitucional é o acontecimento mais marcante no direito constitucional europeu após a segunda metade do século XX. Não sendo concebível um sistema constitucional sem a presença de uma jurisdição constitucional, sendo que em toda a Europa, as novas constituições preveem a existência de Cortes Constitucionais (2004, p. 15)

Antes da Constituição de 1958, o constitucionalismo francês era avesso à ideia de uma jurisdição constitucional. Essa constituição promoveu uma mudança substancial com a instituição de um controle de constitucionalidade, mesmo que inicialmente só preventivo. Nos anos setenta, com a decisão do Conselho acerca da força normativa do preâmbulo da Constituição e da existência do bloco de

constitucionalidade, e com a reforma constitucional que ampliava a legitimidade para suscitá-lo, promoveu uma alteração na própria forma de se ver o Conselho. Ele se firma como um Tribunal Constitucional, afastando-se a pretensão inicial de ser um simples guardião das competências do Executivo.

Bulos assegura que a França, a Polônia, a Romênia e a Tchecoslováquia, adotaram um controle político puro. (2014, p. 191). A estranheza primeira que causa essa afirmação é que a Tchecoslováquia adotou em 1920, assim como a Áustria, o modelo Kelseniano, conforme leciona Souza Neto e Sarmiento. (2012, p. 19). Então, como dois países que foram os primeiros adotantes do modelo europeu podem prever formas de controle tão diversas- um jurisdicional e o outro político puro.

A natureza do controle de constitucionalidade por si só é política, como visto neste item. Contudo, a classificação tradicional não considera para tipificá-lo essa sua natureza, mas sim a natureza do órgão responsável. Considera-se que um órgão pertencente aos poderes representativos é político, todavia esse não é o caso do Conselho Constitucional que é um órgão independente de todos os poderes, com autonomia financeira e administrativa. Os outros argumentos utilizados para classificá-lo como político se considerados suficientes, tem como consequência que todos os Tribunais Constitucionais nos moldes do modelo kelseniano terão que ser considerados também políticos, não apenas o francês. Com isso, a classificação mais correta deve levar em consideração o código utilizado na realização do controle, se é jurídico ou se é político. Ou seja, o Tribunal ao analisar se uma norma é constitucional, ele verifica, sob aspectos jurídicos, a sua conformidade, ou de conveniência e oportunidade. Nessa perspectiva, não há dúvidas de que o controle exercido pelo Conselho é jurisdicional e não político.

#### **4.2.2 O controle francês e sua classificação como preventivo**

Barroso leciona que o caráter prévio do controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Constitucional francês singulariza este órgão. (2012, p. 44) Como disposto no primeiro capítulo, a doutrina diferencia o controle preventivo do posterior pelo momento do seu exercício. Contudo, essa distinção é aceitável quando se tem em mente apenas o controle exercido após a entrada em vigor da norma, mas insuficiente para demonstrar qual o momento exato em que acontece o

controle prévio. Quando já finalizou o processo legislativo? No trâmite deste processo? Haveria diferença entre o momento prévio em que ocorre?

Barroso descreve o controle prévio como o realizado antes da conversão de projeto de lei em lei, visando impedir a entrada em vigor de dispositivo inconstitucional. (2012, p. 45). Essa definição não torna mais claro o momento em que deve ser realizado, pois traz como espaço de incidência todo o período entre o projeto de lei e a sua conversão em lei. Fernandes sustenta que o controle preventivo “é um controle exercido no *iter* do processo legislativo, quando ainda não existe lei ou ato normativo”. (2011, p. 930)

Todavia, o controle realizado pelo Conselho Constitucional francês é prévio a entrada em vigor da lei, mas posterior a todo o trâmite legislativo, não há mais discussões ou votações. Podem ser objeto desse controle prévio ainda os regimentos da Assembleia e do Senado antes da sua aplicação, os tratados antes da sua ratificação. Saliente-se que o controle prévio previsto em outros Tribunais Constitucionais costumam ter como objetos tratados ou compromissos internacionais. Então, não é adequado falar que o controle ocorre no *iter* do processo legislativo.

Barroso afirma que esse controle prévio no Brasil é desempenhado pelo legislativo e pelo Executivo. No primeiro é realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça que integram as casas legislativas e “que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade”. (2012, p. 45). Barroso ainda acrescenta que o pronunciamento da Comissão em decorrência desse controle preventivo pode ser revisto pelo plenário da casa legislativa. (Ibid., p. 60)

As decisões do Conselho Constitucional não podem ser revistas por qualquer poder, órgão ou autoridade estatais. Em regra, seus pronunciamentos não podem nem ser objeto de recurso, a não ser em casos excepcionais e por demonstração de erro material. Assim, o controle preventivo realizado por um órgão político em sentido próprio ou por parte dos seus integrantes- em uma espécie de autocontrole- no início do procedimento legislativo não pode ser classificado de forma idêntica ao controle realizado por uma Corte Constitucional antes da entrada em vigor de uma norma, em momento em que não se cabe mais falar em projeto de lei e cujos efeitos do pronunciamento são distintos.

A promulgação de uma lei serve para torna-la eficaz, mas não para criar uma lei, ela já existe, então não se promulga projeto de lei. No mais, mesmo após a promulgação ainda é necessária a publicação para sua entrada em vigor. Desta maneira, percebe-se que a simples afirmação de que o controle realizado pelo Conselho Constitucional francês é prévio não diz muita coisa, apenas pode causar confusões, pois instiga a trata-lo de forma idêntica ao controle prévio realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça, por exemplo.

Ao proceder a uma classificação, supõe-se que serão agrupados objetos com semelhanças em um determinado grupo e os distintos em outro grupo. Não se coloca em um mesmo grupo seres que possuem mais diferenças que similitudes. Por mais que os protozoários sejam em regra unicelulares e microscópicos, eles não pertencem ao mesmo reino das bactérias (monera), que também são unicelulares e microscópicas. Esta é uma regra básica ao se pretender classificar algo.

A Comissão de Constituição e Justiça não realiza só o controle de constitucionalidade, mas também “um controle de legalidade, jurisdição, regimentalidade e técnica legislativa das proposições”. (FERNANDES, 2011, p. 702) Já o Conselho Constitucional realiza apenas o controle de constitucionalidade da norma, não cabendo a ele nem mesmo realizar um controle de convencionalidade da mesma. (ii)

Quanto ao controle realizado pelo Executivo, Barroso define que cabe ao Chefe do Executivo vetar o projeto aprovado, sob o fundamento de que é inconstitucional. (2012, p. 45) Fernandes, nos mesmos moldes de Barroso, afirma que o controle é preventivo quanto ao momento e que é feito pelo Legislativo e pelo Executivo, por meio do veto. (2011, p. 928) Seria razoável ver similitudes entre este controle realizado pelo Executivo e o realizado pelo Conselho Constitucional francês. Este último analisa a norma e profere decisão motivada que demonstra a inconstitucionalidade dos seus dispositivos. Não há qualquer semelhança com o controle preventivo realizado pelo legislativo brasileiro e muito menos com o Executivo. Quando o Conselho analisa a constitucionalidade dos dispositivos de uma lei antes da sua entrada em vigor, toda a sua tramitação legislativa já é finita, faltando apenas a promulgação.

Bulos ao definir o controle preventivo leciona que ele “incide quando o processo legislativo ainda está em andamento, daí consistir num autêntico autocontrole de constitucionalidade”. (2014, p. 390). O autor afirma que “na maioria

dos países, trata-se de controle de natureza política, exercido pelo Legislativo e Executivo, como é o caso do Brasil”. Mais uma vez se verifica que o controle tratado como prévio é muito diverso do realizado pelo Conselho Constitucional, pois ele não integra o Poder Legislativo e nem qualquer Poder Estatal, então não cabe falar em autocontrole. E seu controle não é realizado enquanto o processo legislativo estiver em andamento.

Assim, não se pode afirmar que o controle exercido pelo Conselho Constitucional Francês seja um modelo típico de controle prévio ou preventivo nos moldes do lecionado por pelos doutrinadores brasileiros citados, pois quando o Conselho é suscitado a realizar o controle a priori já não se pode falar mais em projeto de lei, pois todo o procedimento legislativo já foi realizado. O controle é apenas anterior a sua entrada em vigor, não a sua tramitação legislativa. Para demonstra o prejuízo em nominar de forma semelhante, transcreve-se um trecho da obra de Ferreira que trata do Conselho Constitucional “embora exerça controle político, em virtude de sua atividade ser exercida dentro do processo de criação do ato legislativo”. (2016, p. 192)

Isto é, como o controle realizado pelo Conselho é prévio, então é realizado no tramite do processo legislativo. Desta maneira, o controle realizado por ele não é só prévio, mas também político. Este é o provável raciocínio utilizado por Ferreira para se chegar a esta conclusão, que não é verdadeira. Por consequência esse pensamento vai sendo disseminado até se transformar em uma verdade nos discursos constitucionais brasileiros. Por isso, este trabalho quis demonstrar a inadequação desta classificação e também os prejuízos, pois se é criada para fins didáticos, pode produzir efeito contrário.

Barroso ensina que o “modo típico de atuação do Conselho Constitucional Francês” seria não declarar nulo o ato, mas apenas propor “a eliminação de eventuais inconstitucionalidades”. (2012, p. 45). Tal afirmação não é verdadeira, pois cabe ao Conselho Constitucional Francês a declaração de nulidade de dispositivo inconstitucional, ele não faz proposições ao legislativo, não atua como uma comissão legislativa, mas sim como uma Corte Constitucional. Uma lei não pode entra em vigor se o Conselho a julgar inconstitucional, um Regimento não pode ser aplicado e um tratado não pode ser ratificado, a não ser que haja uma reforma constitucional. E como visto, as decisões do Conselho vinculam todos os poderes públicos.

O fato de existir um controle *a priori* no sistema francês não pode ser utilizado para diferenciar o controle francês tratando-o como uma Câmara Política, pois como leciona Sampaio, o controle *a priori* também é previsto em outros sistemas, sendo que nestes não é questionável a natureza jurisdicional. (SAMPAIO, 2002, p. 45)

O controle *a priori* não é uma exclusividade do sistema constitucional francês. No Chile está previsto o controle prévio a ser realizado pelo Tribunal Constitucional, sendo que o posterior cabe à Corte Suprema. Na Corte Constitucional da Romênia há também essa forma de controle, sendo que no caso de revisão constitucional a Corte examina de ofício. (SAMPAIO, 2002, p. 390). O Conselho Constitucional francês não atua de ofício, sempre examinará a pedido.

O Tribunal Constitucional alemão também atua mediante provocação, ele não pode agir de ofício. Para Mendes, “o princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional” (2014, p. 103), isso protege, como alertado por Hesse, contra sua eventual supremacia, pois cria restrição à jurisdição constitucional. Esse princípio “expressa uma característica e um pressuposto da função passiva de guardião da Constituição”. (Ibid., p. 103)

Sampaio sustenta que ainda há um controle prévio realizado pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha- tratados e conflitos de competência; da Áustria e da Espanha- dos tratados; da Itália- do veto governamental derrubado pela Região. (Ibid., p. 50) A Constituição austríaca, “reformulada em 1925, disciplinou no seu art. 138 a existência de um controle preventivo, realizado por órgão jurisdicional.” (BULOS, 2014, 190) Ou seja, Bulos defende que o fato do controle ser realizado preventivamente não transformou sua Corte Constitucional em um órgão político, apesar de um dos argumentos para definir o Conselho Constitucional como sendo é justamente a existência deste tipo de controle.

Favoreu aponta como vantagens do controle *a priori* o desenvolvimento rápido de uma jurisprudência mais clara e a possibilidade de aplicar a interpretação constitucional à lei após a sua promulgação, fortalecendo a força normativa da Constituição. Essa vantagem é ainda maior no sistema francês, pois as leis mais importantes devem ser submetidas obrigatoriamente ao Conselho Constitucional, favorecendo uma maior impregnação constitucional na ordem jurídica, propagando os dispositivos constitucionais em todo o direito. (2001, p. 34-35)

Por fim, deve-se lembrar de que desde 2010 o Conselho Constitucional francês realiza o controle de constitucionalidade *a posteriori* e que este corresponde a quase 78% de todo o controle exercido pelo Conselho após a implementação da Questão prioritária de Constitucionalidade, apesar de ser obrigatória a realização do controle *a priori* de algumas normas e da usual suscitação dos tratados e compromissos internacionais antes das suas ratificações. Então, o controle realizado no sistema francês é majoritariamente posterior, não sendo mais coerente classificá-lo como preventivo, sem entrar no mérito da classificação em si.

### **4.3 OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS**

Para Streck, a característica fundamental do modelo kelseniano é a atribuição a um tribunal *ad hoc* do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, excluindo essa atribuição do juiz ordinário. O Tribunal não pertencer ao Poder Judiciário. (2002, p.285) Sampaio também assevera a competência exclusiva dos Tribunais Constitucionais europeus para realizar o controle da constitucionalidade, tendo como características distinguir-se das instâncias judiciárias ordinárias e não pertencer à estrutura do Poder Judiciário. (2002, p. 103) Na concepção construída por Hans Kelsen o órgão específico para o exercício do controle é o tribunal constitucional, com natureza jurisdicional, mesmo não integrando o Poder Judiciário. (BARROSO, 2012, p. 44) Cabe a ele confrontar os atos do legislativo com as disposições constitucionais. (FAVOREU, 2004, p. 28)

O Conselho Constitucional Francês não pertence ao Poder Judiciário e é o órgão responsável por realizar o controle de constitucionalidade das normas em sentido amplo. Tal competência é exclusiva deste órgão não podendo ser realizada pela instância ordinária. O Conselho constitui um verdadeiro Tribunal *ad hoc* responsável por verificar a constitucionalidade. Ele foi responsável por posicionar a Constituição no ápice da pirâmide jurídica, pois antes, na França, este lugar estava ocupado pelo Código Civil. Com a sua criação, a Constituição e o Direito Constitucional passaram a ocupar uma posição de destaque. E segundo Sampaio, Kelsen pretendia ao criar um Tribunal Constitucional colocar a Constituição como norma jurídica portadora dos valores supremos e fonte de validade das demais normas- inferiores na pirâmide jurídica. (2002, p. 37)

Outra característica do modelo europeu continental é a incapacidade do Tribunal para julgar casos concretos (SAMPAIO, 2002, p. 103) Kelsen defendia uma Corte Constitucional especial que realizasse um controle abstrato das normas. (MENDES, 2014, p. 30) Bulos afirma que o controle preventivo do Conselho é abstrato, sendo que o controle *a posteriori* é concreto. (BULOS, 2014, p. 198). Mas na realidade, todos os controles realizados pelo Conselho são abstratos. Quanto ao preventivo não resta dúvida, já que a suscitação das normas ocorre antes da sua entrada em vigor, quando ainda não produz qualquer efeito.

Já o controle posterior é suscitado pela Questão Prioritária de Constitucionalidade, a questão constitucional nasce em um caso concreto litigioso em andamento na instância ordinária. Cabe aos juízos administrativos ou judiciais examinarem os requisitos de admissibilidade e decidirem se irão suscitar ou não o Conselho sobre a questão. A parte não intervém no desenrolar desse processo. (APCHAIN, 2012, p. 3). Quando a questão prioritária é suscitada, ela se desprende do caso litigioso inicial, ele é necessário para provocar o nascimento da questão, mas esta não fica vinculada ao litígio. Após a suscitação do Conselho, a extinção, por qualquer motivo, do processo originário, não produz qualquer efeito no exame da questão. A discussão toda irá girar em torno da conformidade da norma com os dispositivos constitucionais. Desta maneira, a análise é realizada no plano abstrato.

O controle realizado através da Questão Prioritária teria mais semelhanças com o controle incidental. Já que o nascedouro das questões é um incidente levantado no processo em andamento na instância ordinária. Essa forma de controle incidental torna-se cada vez mais comum nos sistemas adotantes do modelo europeu continental, como já visto neste capítulo, como os recursos constitucionais e de amparo presentes na Alemanha, na Espanha, na Áustria.

Contudo, não se pode confundir o controle incidental nos moldes francês com o realizado no sistema norte-americano, pois a questão prioritária não pode ser considerada um simples incidente, pois corresponde a um controle abstrato da norma que permanece mesmo se a causa originária extinguir-se. O impacto dela não é só nas partes, mas em todo o sistema jurídico, vez que se analisa a constitucionalidade de um dispositivo legal, cabendo inclusive anulá-lo no caso de não estar em conformidade com a Constituição (efeito *erga omnes*). Desta forma, não seria adequado classifica-lo como incidental pelas suas especificidades, mas

também não pode ser considerado principal sob o prisma inicial do modelo kelseniano.

O controle principal aduz que a suscitação foi realizada por um legitimado constitucionalmente, sendo o objeto principal da demanda a questão constitucional. A ideia é de uma autoridade ajuizando uma ação na Corte Constitucional alegando que uma lei não está em conformidade com a constituição. Todavia, na Questão Prioritária não é essa autoridade legitimada que faz a suscitação, não é o Presidente, O Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores. Mas quem faz o questionamento originário é a parte, que o faz em peça apartada, cabendo ao julgador analisar os requisitos e decidir pelo seu envio ou não ao Conselho Constitucional. Kelsen defendia que apenas uma minoria qualificada tivesse o direito de ação para suscitar o controle abstrato das normas. (MENDES, 2014, p. 30) Essa lição é seguida pelo sistema francês, excetuando-se a questão prioritária. Por isso, não é de todo correto classifica-la como controle principal. Para entender esse fenômeno nos sistemas europeus desta forma de controle que não é incidental e nem principal é necessário discorrer sobre a importância da proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo europeu contemporâneo.

As constituições começaram a se preocupar em estabelecer nos seus textos os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias, de forma a protegê-los das ingerências da maioria. Necessidade enfatizada pelas atrocidades vivenciadas nos regimes nazifascistas. A imprescindibilidade de proteção constitucional dos direitos fundamentais gerou uma mudança na função primária dos Tribunais Constitucionais, antes cabia a estes preservar a supremacia e integridade da Constituição. Agora, a finalidade já não é tão genérica, abstrata, pois se dirige a proteção de direitos fundamentais do indivíduo. (CASAL, 2016, p. 72)

Alguns autores optaram por abandonar a classificação tradicional- norteamericano e europeu continental- e adotar uma classificação baseada no interesse principal do sistema de controle: se era assegurar a constitucionalidade das leis ou garantir a efetividade dos direitos fundamentais. (MEZZETTI, 2009, p. 283) José Afonso da Silva dividia a jurisdição constitucional em três espécies. A jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional da liberdade, quando ela é provocada pelos remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais, como o recurso constitucional alemão e o recurso

de amparo mexicano. A jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, aquela em que o litígio tem natureza constitucional, mas não corresponde ao controle de constitucionalidade em si, como por exemplo, conflitos de competência. (2014, p. 566-568)

Mas como afirma Sampaio, a mescla é inevitável, pois “mesmo nos sistemas concentrados, os incidentes de inconstitucionalidade terminam por desempenhar um papel híbrido, de proteção dos direitos e da ordem constitucional.” (SAMPAIO, 2002, p. 51) O modelo kelseniano previa um controle concentrado suscitado por uma minoria qualificada, cabendo ao Tribunal Constitucional realizar o seu controle de forma abstrata. Contudo, a necessidade de proteger os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados foi tanta que se precisou aprimorar o modelo inicial, assim muitos sistemas passaram a incorporar novos instrumentos focados na guarda dos direitos, como os recursos constitucionais e os de amparo. E estes instrumentos correspondem hoje a maior parte das demandas dos Tribunais. Primeiro, em razão da capacidade para suscitação, sendo em muitos casos do próprio indivíduo detentor do direito, então não é restrita como no controle puramente abstrato. Tanto que se gerou uma sobrecarga nos Tribunais, tanto que o Tribunal Espanhol, espelhando-se no *writ of certiorari*, concedeu poderes para selecionar quais as questões são de maior importância e devem ser julgadas.

O Conselho Constitucional francês seguiu a mesma tendência. Já havia uma grande pressão pela ausência de um controle repressivo no sistema francês, e a proteção dos direitos e liberdades dependia da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, através do julgamento de questão prejudicial, o que reduzia a soberania nacional tão arraigada na tradição francesa. Além disso, nem todos os direitos e liberdades garantidos na Constituição estão presentes na Convenção Europeia, vez que cabe ao sistema nacional uma proteção mais ampla. Desta forma, era urgente a implantação de instrumento que abarcasse todas as deficiências apontadas no sistema constitucional francês. Então como a questão prioritária foi criada em 2008 e instaurada em 2010, foi possível analisar todas as falhas dos outros sistemas europeus adotantes do modelo kelseniano, buscando corrigi-las.

Não teria mais nexo criar um controle repressivo nos moldes iniciais, já que o constitucionalismo contemporâneo ansiava pela proteção dos direitos fundamentais. Não caberia restringir a capacidade de suscitação deste novo instrumento apenas as quatro principais autoridades francesas e a sessenta

senadores ou deputados. Ou mesmo tempo era clara a sobrecarga provocada pela possibilidade de suscitação pelos cidadãos. E também que a demora na proteção tornaria inócua a decisão. Por isso, a questão prioritária pode ser considerada um instrumento verdadeiramente híbrido, pois busca assegurar a constitucionalidade das leis e garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

A questão prioritária busca verificar a constitucionalidade de lei que, alegadamente, viola direitos e liberdades garantidos constitucionalmente. (BARROSO, 2012, p. 80). Então, o controle continua sendo abstrato, vez que verifica a constitucionalidade da lei, mas ao mesmo tempo nasce por causa de um litígio em andamento. A questão de constitucionalidade é feita pela parte, tem natureza concreta. Mas preocupou-se em não gerar uma sobrecarga, o que provocaria um demora na decisão, o que é inaceitável no sistema constitucional francês, vez que as decisões do Conselho nunca ultrapassam os prazos constitucionais, mesmo o mais longo sendo de três meses. Para isso, foram estabelecidos os critérios de admissibilidade: a lei questionada ser aplicável ao litígio; não tenha sido essa lei objeto de decisão anterior do Conselho, salvo demonstre que houve relevante mudança que justifica a reanálise da sua constitucionalidade pelo Conselho; e que a questão tenha caráter sério. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 72)

A seleção das questões ainda segue um trâmite que também evita uma sobrecarga do Conselho Constitucional. A parte deve suscitar a questão em apartado e só quando esteja em fase de recursal. A questão não pode ser conhecida de ofício. O órgão julgador deve deliberar sobre a transmissão da questão em decisão motivada, analisando o cumprimento dos requisitos de admissibilidade. Remete-se para Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação. Estes fazem uma nova verificação do cumprimento dos pressupostos antes de enviar a questão ao Conselho Constitucional. Assim, evita-se que o Conselho tenha que decidir questões repetidas ou que não tenham importância. Percebe-se que o controle repressivo do Conselho Constitucional seguiu a mesma tendência existente nos sistemas europeus com influência kelseniana.

A questão prioritária é um instrumento de proteção que mantém os ideais de Kelsen, pois alguns instrumentos acabaram desnaturando o seu Tribunal Constitucional. O controle continua sendo concentrado no Conselho, o qual atua como uma Corte Constitucional e não como uma instância revisora, já que continua

abstrato o controle, mesmo o repressivo, ele apenas se pronuncia sobre a suscitação realizada pelos tribunais acerca da compatibilidade das normas. (SAMPAIO, 2002, p. 103)

Contudo, o Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol transformaram-se em uma espécie de Corte Suprema, atualmente têm capacidade para julgar a inconstitucionalidade de decisões judiciais, estas podem ser objeto dos recursos individuais, então atuam nos moldes do modelo norte-americano ao reformar decisões proferidas pelos tribunais ordinários. O Tribunal Austríaco atua como uma Corte Superior Administrativa. Podem ser objeto dos seus recursos individuais as decisões das autoridades administrativas e leis que afetem diretamente o indivíduo, os atos judiciais não podem. (Ibid., p. 40-41)

Quanto aos membros, Streck aponta como característica dos Tribunais Constitucionais sob o molde kelseniano o fato de ter como membros magistrados, professores, advogados e membros do parlamento. (2002, p.285) Já Sampaio leciona que Kelsen defendia que os membros tivessem conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política. (2002, p. 37) Dalla Via afirma que devem ser juristas versados em direito, em especial em Direito Constitucional, pela natureza do Tribunal de comissionado do Poder Constituinte apontada por Kelsen. (2016, p. 447)

Como demonstrado no segundo capítulo, os membros do Conselho, inclusive o único membro de Direito, possuem uma ampla experiência técnica-jurídica e política, tendo ocupado vários cargos políticos importantes ou mesmo jurídicos. Contudo, não é exigida qualquer qualificação profissional. Favoreu informa que a maioria dos membros é jurista de formação ou de profissão, sendo que 80% dos nomeados após 1959 preenchem os requisitos para serem juízes judiciários ou administrativos. (2004, p. 94)

A doutrina francesa é unânime ao agasalhar a ideia de que as Cortes Constitucionais não podem ser configuradas da mesma forma que as instâncias ordinárias e que não devem ser composta apenas por juristas, em razão do elemento político inerente as decisões de todos os Tribunais Constitucionais. Desta forma, é necessário que seus membros tenham experiência na vida política. Zamora afirma que:

Esta idea nos puede hacer pensar que en los otros países los jueces constitucionales no poseen legitimidad, por no tener un bagaje político adquirido, para resolver, de la mejor manera posible para los intereses de la

nación, los diferentes problemas jurídicos a los que una corte constitucional se enfrenta. (2007, p. 15)

Na Alemanha, exige-se que parte dos membros seja magistrado de uma jurisdição superior, com três anos de experiência, e que os demais membros tenham os diplomas exigidos para magistratura (TAVARES FILHO, 2009, p. 10) Favoreu defende que Kelsen recomendava que não fossem indicados, pelas autoridades políticas, para serem membros dos Tribunais Constitucionais, magistrados. O Tribunal deveria diferenciar-se das instâncias ordinárias compostas por magistrados de carreira. (2004, p. 28) Então, o sistema alemão traz um desvio à ideia kelseniana.

Os demais membros do Tribunal alemão devem possuir a aptidão para exercer suas funções ou ter obtido, através de exames aplicados pelo Estado, a aptidão para exercer as altas funções administrativas, ou distinguir-se pelo seu conhecimento no campo do Direito Público e ter experiência na vida pública. (ZAMORA, 2007, p. 13-14) No Tribunal Constitucional austríaco exige-se que o membro seja formado em Direito ou Ciências Políticas e tenha pelo menos dez anos de exercício profissional nessas formações.

Ao analisar as exigências destas Cortes quanto à formação de seus membros verifica-se que não há um padrão, cada uma elenca os requisitos que considera necessários para o desempenho da função ou opta por não criar critérios, os quais serão costumeiramente tecidos, pois no caso do Conselho Constitucional não há requisitos, mas os Conselheiros que ocupam atualmente têm formação técnico-jurídica e experiência em órgãos jurídicos ou políticos, inclusive internacionais. A própria posição que ocupa o Conselho Constitucional no sistema jurídico e político francês impede que sejam nomeados membros sem a devida qualificação para exercer suas funções. É uma constatação muito interessante, que reflete a preocupação com sua reputação e a ciência da sua influência, é que hoje dos nove membros do Conselho, quatro são do sexo feminino.

Não é exigida qualquer faixa etária para se tornar um membro do Conselho Constitucional. (FAVOREU, 2004, p. 94) Na Alemanha, exige-se idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito anos (TAVARES FILHO, 2009, p. 10), quando se atinge esta idade há a aposentadoria compulsória do membro, independente do tempo de exercício do mandato. (MENDES, 2014, p. 26) No Tribunal Constitucional austríaco não há limitação etária, não se fixou uma idade mínima, mas há aposentadoria compulsória aos setenta anos. “Eles permanecem na

função até 31 de dezembro do ano em que completam 70 anos”. (FAVOREU, 2004, p. 44). Neste sistema não há a previsão de mandato, os membros têm vitaliciedade.

Só na Alemanha há essa limitação, em nenhum outro país que conta com um Tribunal Constitucional estabelece-se uma idade máxima, pode haver a possibilidade de aposentadoria compulsória nos sistema em que os membros são vitalícios. Na Itália, por exemplo, podem ser eleitos membros já aposentados. No campo doutrinário levanta-se o receio a esta previsão italiana, pois membros mais velhos tendem a ter uma postura mais conservadora, o que pode representar uma ameaça aos direitos fundamentais. (ZAMORA, 2007, p. 15) Ressalte que Valéry Giscard D'Estaing, membro de direito do Conselho Constitucional francês está com noventa e um anos e continua atuando, já que os membros de direito tem vitaliciedade e não há previsão de aposentadoria compulsória.

É vedado aos membros do Tribunal Constitucional Alemão o exercício de qualquer atividade profissional, excetuando-se a docência superior, sob a condição de estar em primeiro plano sua atividade de juiz constitucional. (FAVOREU, 2004, p. 60-61) Aos membros do Conselho Constitucional também é vedado do exercício de qualquer função pública e atividade profissional ou assalariada, bem como o exercício da profissão de advogado (TAVARES FILHO, 2009, p. 10), sendo permitido aos membros executar trabalhos científicos, literários ou artísticos. Eles também não podem tomar qualquer posição pública sobre questões em julgamento no Conselho ou que possam vir a ser. Os membros do Tribunal Constitucional austríaco são impedidos de ter filiação político-partidária e de exercer funções públicas ou privadas, excetuando-se o magistério. (TAVARES FILHO, 2009, p. 7) Neste caso, nota-se que há vedação ao exercício de atividades públicas ou de outras atividades que não tenham cunho didático ou científico, pois os membros devem ser imparciais e independentes no exercício da sua função.

Na Alemanha não há renovações periódicas dos membros como na Espanha, Itália e França, em que a cada três anos parte dos membros são substituídos. Naquela a renovação se dá ao termo dos doze anos ou quando o membro atinge sessenta e oito anos. (ZAMORA, 2007, p. 16) Um terço dos membros do Conselho Constitucional é renovado a cada três anos, isso faz com que haja uma oxigenação e ao mesmo tempo mantenha-se o ritmo de trabalho, já que dois terço continuam. Essa renovação evita a formação de grupos internos e do engessamento do pensamento do Conselho. Favoreu afirma que essa renovação

parcial assegura “certa continuidade e também uma diversidade de origens” (2004, p. 94)

O Tribunal Constitucional Alemão é composto por dezesseis membros, incluídos o presidente e o vice-presidente. O Tribunal Constitucional austríaco é composto por quatorze membros titulares e seis membros suplentes. (FAVOREU, 2004, p. 42). O Conselho Constitucional francês por nove membros, podendo ainda contar com os membros de direito. Sampaio analisa alguns sistemas, independente do modelo adotado e afirma que o número de membros varia de três a trinta, sendo que os sistemas que possuem nove membros são o francês, o norte-americano, o paraguaio, o romeno, o panamenho, o macedônio, o lituano, o hondurenho, o esloveno, o equatoriano, o colombiano, o canadense, o armênio, o angolano, o argentino etc. (2002, p. 105-106) Então, o número de membros não serve para qualificar o sistema em adotante do modelo norte-americano ou kelseniano, sendo muito variável, pois deve se adequar as exigências do próprio sistema e suas configurações.

Os membros do Tribunal Constitucional Alemão têm mandato de doze anos, sendo vedada reeleição. Já os membros do Conselho Constitucional, nove anos. Os membros do Tribunal Constitucional austríaco têm vitaliciedade. Como se percebe a duração do mandato também é variável, havendo ainda sistema que adote a vitaliciedade característica da Suprema Corte norte-americana. Em regra os Tribunais Constitucionais não admitem reeleição, com exceção da Espanha e França no caso de ter ocupado por menos de três anos em substituição de membros afastado. (SAMPAIO, 2002, p. 120) Alguns países adotam um mandato com a mesma duração do previsto no sistema francês como Albânia, Bulgária, Camboja, Eslovênia, Espanha, Itália, Ucrânia. (Ibid., p. 119) Contudo, isso não significa que há um prazo considerado mais adequado ou não, serve só para fins de ilustração.

Os membros do Tribunal Constitucional Alemão têm garantia de não-destituição e inamovibilidade. Os quatorze membros efetivos do Tribunal austríaco tem vitaliciedade e independência funcional, não há mandato determinado. Os membros do Conselho Constitucional gozam de total independência, pois não podem ser destituídos, somente pelo próprio Conselho e em casos excepcionais, sendo que os membros de direito têm garantia de vitaliciedade.

Metade dos membros do Tribunal Constitucional Alemão é eleito pelo parlamento (ou Câmara dos Deputados- *Bundestag*) e a outra, pelo Conselho

Federal (Senado- *Bundesrat*). Os membros após serem eleitos são nomeados pelo Presidente da República, ato com “significado meramente declaratório” (MENDES, 2014, p. 27) No Tribunal Constitucional austríaco, oito dos quatorze membros são nomeados pelo Governo Federal e os outros seis pelo parlamento (metade pelo Conselho Nacional e a outra pelo Conselho Federal). A nomeação dos membros é feita pelo Presidente da Federação.

No Conselho Constitucional, três são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. (FAVOREU, 2004, p. 93-94) As nomeações feitas por estas duas últimas autoridades serão submetidas à consulta da comissão permanente da assembleia envolvida. O Presidente da República que nomeia o presidente do Conselho entre os membros nomeados e os de direito. Sampaio denomina essa forma de nomeação em compartilhada, já que cabe aos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado. Leciona que na Romênia ocorre de forma similar. Ademais, que a nomeação compartilhada é adotada também na Itália, em que cabe ao parlamento em sessão conjunta, ao Presidente da República e as jurisdições supremas, administrativas e judiciais; e na Bulgária, em que cabe a nomeação à Assembleia, ao Presidente da República e a Corte de Cassação Suprema reunida com a Corte Administrativa Suprema. (2002, p. 111)

A nomeação dos membros costuma dar primazia de escolha ao Legislativo, como na Alemanha, Bielo-Rússia, Honduras, Bolívia, Uzbequistão, Hungria, Costa Rica, Peru, Suíça, Uruguai. Em Portugal cabe à Assembleia a escolha de dez membros e estes que escolhem os outros três. Em outros países, há a indicação pelos outros poderes, sendo necessária a aprovação pelo parlamento. No Equador, o Executivo e o Judiciário escolhem nomes que deverão ser aprovados pelo Legislativo, cabendo a este também eleger outros membros. (SAMPAIO, 2002, p. 107-108)

Na Nicarágua tem-se uma preocupação com o caráter democrático, assim são incluídas consultas as associações civis para apresentarem candidatos. Em outros países é função do Executivo, cabendo apenas aprovação da indicação pelo Senado, como é o caso do Brasil, dos Estados Unidos, da Argentina, do México, da Rússia. Na Bélgica, o rei nomeia sendo que a indicação é feita pela Câmara e pelo Senado, alternadamente. (SAMPAIO, 2002, p. 109)

Pelo exposto, verifica-se mais uma vez que o Conselho Constitucional francês não pode ser classificado como político, em razão da forma de designação dos seus membros. Os demais tribunais que têm seus membros designados por um único poder- o Legislativo- são classificados como jurisdicionais. Um controle é considerado político se exercido por um órgão político em sentido próprio. Se o Conselho tivesse todos os seus membros nomeados por um poder apenas e os demais tribunais adotassem a nomeação compartilhada, restaria ainda o argumento de que os membros refletiriam o pensamento daquele órgão, o que por si só, transformá-lo-ia em uma espécie de câmara do mesmo. Todavia, é justamente o oposto, o Conselho é que adota uma nomeação compartilhada, não podendo a forma de designação dos seus membros ser a justificativa para classificá-lo como político.

Outro fator importante é o efeito das decisões. Kelsen defendia que elas tivessem efeitos gerais e vinculantes. (SAMPAIO, 2002, p. 37) Ele asseverava que determinadas decisões do Tribunal Constitucional deveriam ser dotadas de força de lei, recomendando a sua publicação. (MENDES, 2014, p. 30)

Em regra, as decisões dos Tribunais Constitucionais têm efeito *erga omnes*. Todas as decisões proferidas pelo Conselho Constitucional francês, por atuarem sempre no plano abstrato, têm efeito *erga omnes*. Elas vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e todos os particulares. Suas decisões devem ser respeitadas e cumpridas por todos, o que é verificado na prática, vez que sua atuação alcançou o prestígio de ser considerado um órgão que protege das ingerências, isso fez com que suas decisões sejam reconhecidas.

Kelsen tinha em mente a figura de um Tribunal que atuaria como um legislador negativo, pois anularia as normas que não estivessem em conformidade com a Constituição, sendo os efeitos desta anulação *ex tunc*. Contudo, superou-se “a fórmula apodítica ‘constitucionalidade/ nulidade’ anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade”. (MENDES, 2006, p. 296)

Notou-se que poderiam ser tomadas decisões que não afetassem tanto o sistema jurídico. Antes a declaração de nulidade era vista como a técnica mais adequada para resolver as violações à Constituição. Contudo, não era suficiente, por exemplo, quando a discussão girava em torno de lesão ao princípio da isonomia. No

mais, como seus efeitos eram, em regra, *ex tunc*, havia uma inegável violação ao princípio da segurança jurídica que é um valor constitucional relevante. (MENDES, 2006, p. 296) “A fórmula tradicional explicita que a lei ‘é inconstitucional e, por isso, nula’. Vincula-se, dessarte, uma determinada situação- a inconstitucionalidade- à conseqüência jurídica — a nulidade”. (Ibid., p. 285) Essa vinculação é fruto da identificação de problemas que poderiam ser gerados se a declaração de inconstitucionalidade não pronunciasse a nulidade da lei, pois ao não retirar ela do sistema jurídico, a lei continuaria tendo efeitos no plano prático, condutas poderia ser tomadas considerando-a, assim como várias ações poderiam ser ajuizadas com o mesmo objeto, o que poderia provocar além da sobrecarga de ações repetitivas, julgamentos antagônicos. Contudo, o próprio efeito *erga omnes* serve para prevenir contra tais riscos.

Na Alemanha e na Espanha, o princípio da nulidade não é um princípio constitucional escrito. Talvez, por este motivo tenha iniciado nestes sistemas o afastamento da aplicação da nulidade, adotando-se formas alternativas nos casos em que entendiam ser inadequada a nulidade ou demasiadamente gravosa. (MENDES, 2006, p. 296) Hoje já se verifica a generalização da aplicação de técnicas alternativas nos demais sistemas ao invés de declarar simplesmente a nulidade. Mendes assegura que “independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais”. (Ibid., p. 295) No sistema austríaco é comum a utilização da interpretação conforme a Constituição, sendo excluída apenas a interpretação declarada inconstitucional, mas não a norma em si. O Tribunal também pode estabelecer qual é a única interpretação da norma está em conformidade com os dispositivos constitucionais. (Ibid., p. 280)

Os efeitos das decisões também podem ser modulados, no sistema austríaco já havia se optado, como regra, o efeito *ex nunc*, diverso do pretendido por Kelsen. E por influência do sistema alemão, desde 1989 inseriu no seu sistema a possibilidade de declara a inconstitucionalidade sem prever a nulidade da norma, como lecionado por Mendes. No sistema português também foi reconhecida a legitimidade da Corte Constitucional modular os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade. (2006, p. 281-282)

Adaptando-se a estas novas concepções, centradas também na preocupação em não violar direitos já adquiridos e a segurança jurídica, o Conselho

Constitucional, ao realizar o seu controle repressivo, pode determinar as condições e limites dos efeitos produzidos. A decisão da questão prioritária de constitucionalidade, em regra, só produz efeitos após a sua publicação- efeitos *ex nunc*. Cabe inclusive ao Conselho fixar em data posterior.

O Conselho tende a buscar formas de conciliar os interesses contrapostos quando se verificam colisões entre direitos fundamentais, cabendo inclusive analisar a discricionariedade do legislador e a oportunidade das medidas legislativas tomadas. Contudo, mesmo quando discute a discricionariedade legislativa, algo de conteúdo político, o código utilizado para o debate é o jurídico. (SAMPAIO, 2002, 300-301)

Voltando a analisar a classificação de José Afonso da Silva, percebe-se que o Conselho Constitucional atua nas três espécies de jurisdição constitucional elencadas. Atua como jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, prevendo tanto o controle preventivo quanto repressivo. Também como jurisdição constitucional da liberdade, pois é objeto da sua questão prioritária de constitucionalidade violações aos direitos e liberdades constitucionais. E por fim, atua como jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, aquela em que o litígio tem natureza constitucional, mas não corresponde ao controle de constitucionalidade em si, como por exemplo, conflitos de competência. O Conselho Constitucional é competente para conhecer várias funções de natureza administrativa, como denominado por Sampaio (2002, p. 4), como no controle de requisitos e condições de elegibilidade. O Conselho é competente para tratar das eleições presidenciais, da assembleia e do senado, das operações de referendo, das declarações de medidas excepcionais pelo Executivo, do conflito de competências. Ele possui, inclusive, uma competência consultiva, com fim de evitar a tomada de qualquer ato em desconformidade com a Constituição.

Como afirma Favoreu, uma verdadeira jurisdição deve estar de acordo “com as características das jurisdições constitucionais, e não conforme as definições do Direito privado ou do Direito administrativo” (2004, p. 32). Não importa os que queriam teimar na natureza política ou não jurisdicional dos Tribunais Constitucionais, no “Direito comparado são consideradas como jurisdições, por que teimar em recusar-lhe esse predicado?” (Ibid., p. 32) Favoreu defende ainda que recusar nomeá-los de jurisdição constitucional, em razão da sua composição, da forma de designação dos seus membros ou do seu funcionamento, tem como

consequência negar a existência de uma jurisdição constitucional, inclusive a Suprema Corte norte-americana, pois ela também apresenta características semelhantes, em especial na sua composição.

Favoreu assevera que o mesmo raciocínio é aplicável à definição do Conselho Constitucional francês, pois a sua composição, seu funcionamento e suas atribuições não se distinguem das demais Cortes Constitucionais. Sua composição real é muito semelhante à composição das Cortes. Mesmo a existência de um controle preventivo não desnatura, vez que está presente em outras Cortes também, apesar destas não terem seu caráter jurisdicional questionado. (2004, p. 32)

O que importa é que as decisões do Tribunal Constitucional tenham a autoridade de coisa julgada e efeito erga omnes, bem como a legitimidade para anular uma lei quando entender necessária para a harmonia do sistema jurídico-constitucional. O Tribunal não é um simples órgão político que devolve a lei ao parlamento, ele pode reescrever a lei ou excluí-la do ordenamento. No mais, deve-se ter em mente ao estudar as jurisdições constitucionais que não há um modelo perfeito e uniforme a ser adotado por todas as constituições, apesar dos Tribunais Constitucionais terem traços comuns, não se pode negar suas particularidades, pois “a organização da jurisdição constitucional deverá moldar-se às particularidades de cada uma delas”. (FAVOREU, 2004, p. 37)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Constitucional francês foi pensado inicialmente como um órgão para salvaguardar as competências do Executivo de ingerências do Poder Legislativo. Isto por si só já provocou uma ruptura muito importante com a tradição jurídica do sistema francês. Desde a Revolução francesa predominava a ideia da soberania nacional como soberania do parlamento, a lei era tida como a expressão autêntica da vontade popular, já que o parlamento é composto por representantes eleitos diretamente pelo povo. O Legislativo era o poder soberano. Vivia-se um Estado de Direito Legislativo. Com a criação do Conselho Constitucional admite-se que o Poder Legislativo pode contribuir na opressão das minorias pelas majorias ocasionais.

Antes o Código Civil era o instrumento normativo mais importante do sistema francês, era a lei suprema, em especial pelo fato daquele código ter uma estabilidade que não era experimentada no campo constitucional. O sistema constitucional francês sofreu várias rupturas, enquanto o Código Civil permanecia inalterado. Tanto que cabia ao Código Civil regular a vida e os órgãos do sistema francês. Com a criação do Conselho Constitucional pela Constituição de 1958, reconhece-se que a Constituição está acima de todas as demais normas, inclusive do Código Civil, ela que ocupa o ápice da pirâmide jurídica. A Constituição deixa de ser uma proclamação política e passa a ser a norma fundamental do sistema.

Cabia, em miúdos, ao Conselho Constitucional impedir que o Poder Legislativo modificasse as atribuições estabelecidas pela Constituição. O que significa que o legislativo deixa de ser considerado o órgão supremo, substituindo-se a soberania do parlamento pela supremacia constitucional. A ideia antes reprovável de qualquer forma de controle dos atos legislativos, por ferir a soberania popular e a separação de poderes, passa a ser acolhida pela Constituição de 1958. A criação do Conselho, por si só, demonstra o abandono de uma concepção moldada e alicerçada na soberania do parlamento.

Quanto à desconfiança com relação aos órgãos judiciais, a Revolução francesa foi essencial para a sua impregnação no sistema francês, o que tornava impensável a adoção de um controle judicial. Os Tribunais Superiores do *Ancien Régime* contribuíram para as arbitrariedades ordenadas pelos Luíses e sempre excediam as suas funções. Por isso, os revolucionários optaram por eliminar

qualquer possibilidade dos juízes excederem sua função. Além disso, as funções judiciais eram tidas como cargos patrimoniais. No período revolucionário a desconfiança era generalizada, viam-se os juízes como uma classe privilegiada, sempre ileso as opressões das velhas monarquias.

Na Europa também predominava a concepção da soberania parlamentar como soberania nacional e da lei como expressão autêntica da soberania popular. Tanto que somente com as atrocidades ocorridas na segunda guerra, com a demonstração de que a lei pode ser utilizada como um instrumento de opressão alterou-se aquela concepção. A ideia de um controle judicial também era rejeitada na Europa, pelos mesmos argumentos do sistema francês, e foi reforçada com a incapacidade do judiciário em proteger os direitos fundamentais durante a segunda guerra. Assim, foi intensa, no pós-guerra, a criação de Tribunais Constitucionais nos moldes kelsenianos, antes apenas tinham sido instituídos na Áustria e na Checoslováquia (1920).

Por óbvio que o Conselho Constitucional apresentava algumas peculiaridades na sua concepção original, porque representava mais um guardião das competências executivas do que uma Corte Constitucional. Contudo, essa realidade foi totalmente modificada nos anos setenta. Primeiro, por efeito de decisão própria do Conselho Constitucional. Ela alterou as atribuições do Conselho e a forma dele ser visto. Decidiu-se que o preâmbulo da Constituição tinha força normativa e criou-se a ideia de bloco de constitucionalidade, ampliando os paradigmas que poderiam ser utilizados no controle exercido pelo Conselho. A Constituição de 1958 não elencava muitos direitos, com isso acrescentou-se ao seu preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946. Outra mudança foi promovida pela reforma constitucional que ampliou o rol de legitimados para suscitar o Conselho, antes apenas as quatro maiores autoridades poderiam provocá-lo, acrescentando sessenta deputados ou sessenta senadores.

Com isso, houve um crescimento significativo na quantidade de demandas suscitadas ao Conselho, vez que se ampliou a legitimidade e os paradigmas constitucionais. Suas decisões, que têm efeito *erga omnes* e vinculam os demais poderes, começaram a ter um impacto notável no sistema jurídico e político francês. O Conselho gerou, inclusive, uma alteração no *modus operandi* do Poder Legislativo, pois este passou a discutir os projetos de lei utilizando o código jurídico

e não apenas o político. Isso por saber que o Conselho Constitucional iria analisar a constitucionalidade da lei antes da sua entrada em vigor e que poderia decidir pela anulação da lei se estivesse em desconformidade. O impacto também foi sentido na ciência do Direito, as decisões do Conselho foram essenciais na impregnação da Constituição nas leis, pois antes mesmo de entrarem em vigor já havia sido de certa forma interpretada pelo prisma constitucional. Assim, o Conselho impulsionou o Direito Constitucional, provocando alterações nas grades curriculares e na própria forma de lecionar, antes tão apegada ao direito privado e as suas especificidades. Foi na década de setenta que se inicia na França o processo de Constitucionalização do Direito, pois se verifica o efeito expansivo da Constituição.

Demonstrou-se também, no presente trabalho, a incongruência em justificar que o Conselho Constitucional não é um órgão jurisdicional em razão dos seus antecedentes terem sido órgão políticos. O Conselho rompeu com a tradição anterior, não podendo ser classificado em virtude do Comité Constitucional, do Senado Conservador, do Senado Imperial. Estes eram órgãos políticos por pertencerem à estrutura de um órgão político em sentido próprio, integravam o Poder Legislativo ou o Executivo; ou, no caso do Comité, formado pelos Presidentes da República, do Senado e da Assembleia. Já o Conselho Constitucional não integra qualquer poder político e nem é integrado pelas referidas autoridades políticas. Seus membros são designados de forma compartilhada pelo Executivo e pelo Legislativo. A maior parte dos Tribunais Constitucionais Europeus dá primazia ao Legislativo. Assim, como estes últimos tribunais não tem sua natureza jurisdicional negada por isso, não poderia o Conselho ter a sua negada pela forma de designação dos seus membros.

Outro argumento utilizado para negar a natureza jurisdicional do Conselho é a existência de um controle preventivo. Este também se mostrou incoerente. Primeiro, ele não deve ser confundido com o realizado pelos órgãos políticos, como as Comissões de Constituição e Justiça, pois a análise do Conselho é feita utilizando-se o código jurídico e sua decisão impede a entrada em vigor da norma, não podendo nem ser objeto de recurso tal decisão. No controle realizado por órgãos políticos apenas devolve-se o projeto para ser novamente deliberado pelo parlamento, o qual pode inclusive optar por superar seus argumentos e manter o projeto de lei nos seus termos originais. Neste caso tem-se uma espécie de autocontrole, porque uma comissão pertencente à casa legislativa que faz esse

controle. Já no caso do Conselho Constitucional é uma Corte Constitucional soberana que decide e sua declaração vincula o Poder Legislativo.

Desta maneira, demonstra-se que o controle prévio realizado pelo Conselho não possui qualquer semelhança como desenvolvido pelos órgãos políticos, não podendo ser negada a sua natureza jurisdicional sob este argumento. Um ocorre quando o processo legislativo já se findou, não cabendo mais falar em controle de constitucionalidade de um projeto de lei, enquanto o outro é realizado no *iter* do processo legislativo. No mais, outros Tribunais Constitucionais realizam controle prévio, como o alemão e o austríaco, não é uma previsão exclusiva do sistema francês. Então, não pode ser a justificativa para a sua classificação como político.

Há ainda o argumento de que não estava previsto no sistema constitucional francês um controle repressivo e por isso ele não poderia ser considerado uma verdadeira jurisdição constitucional. Todavia, com a implantação da Questão Prioritária de Constitucionalidade, o Conselho realiza tanto o controle preventivo quanto repressivo. Atualmente, nota-se que o controle preventivo corresponde a uma pequena parcela dos controles realizados, já que desde a instauração da Questão Prioritária, esta corresponde a 78% dos controles. Assim, o controle constitucional francês é predominantemente repressivo.

Nos sistemas europeus, dada à importância crescente da proteção dos direitos fundamentais, inseriram-se instrumentos de tutela como o recurso constitucional e de amparo, o que de certa forma aproximou o modelo europeu do norte-americano. Contudo, essa alteração gerou uma sobrecarga nos Tribunais, já que a capacidade de suscitação não se restringia mais a uma minoria qualificada como sustentado por Kelsen, em especial no alemão e no espanhol, tanto que este último adotou uma espécie de *writ of certiorari*. A questão prioritária francesa abarca essa ideia de jurisdição como tutela, mas cria através de juízos de admissibilidade realizados pelos tribunais ordinários uma espécie de filtro, assim apenas questões importantes e que não tenham sido objeto de decisão do Conselho são remetidas. Não se abriu a possibilidade de provocação direta pelo indivíduo, este levanta a questão em um litígio em andamento, mas quem decide pelo seu envio ao Conselho é o Tribunal ordinário. A questão prioritária conseguiu incorporar as alterações sofridas pelos sistemas adotantes do modelo europeu e manter os contornos da ideia kelseniana.

Outra preocupação do Conselho para não destoar do modelo europeu é que os julgamentos da questão prioritária são realizados no plano abstrato, o caso litigioso serve apenas para dar início à questão, já que o Conselho só age a pedido, nunca de ofício, mas depois de suscitada a questão, desvincula-se do processo originário, tanto que se este for extinto, a questão prioritária continuará sendo discutida.

No presente estudo comprovou-se que o Conselho Constitucional francês também é um adotante do modelo europeu continental. Desta forma, se a doutrina é pacífica, hoje, em tratar os Tribunais Constitucionais como verdadeiras jurisdições constitucionais, não pode o Conselho não ser assim considerado, pois suas principais características são idênticas, como o aspecto de não integrar ao poder judiciário, suas atribuições e a designação dos seus membros. O Conselho Constitucional Francês e o Tribunal Constitucional Austríaco são os sistemas que mais se aproximam do modelo kelseniano. Apesar de toda a reputação e influência do Tribunal Constitucional Alemão, este corresponde à maioria das exceções ao modelo europeu continental. Ele integra a estrutura do Poder Judiciário, tem entre seus membros magistrados e atua em certos casos como uma instância revisora das decisões judiciais, uma espécie de Corte Suprema. Ou seja, o sistema alemão está mais distante do modelo kelseniano do que o sistema francês.

Esta pesquisa expôs ainda a insuficiência da classificação tradicional em difuso e concentrado e que pode inclusive causar confusões por colocar dois tipos de controle totalmente diversos em um mesmo grupo. Assim, há a necessidade de revê-la, para que esta realmente sirva para fins didáticos e não para gerar um entendimento pouco claro dos institutos.

Certificou-se ainda a imprescindibilidade de atualização da doutrina que busca fazer um estudo comparado, vez que utilizam como fonte apenas a revisão bibliográfica, sem se atentar para as inovações sofridas pelos sistemas. Desta maneira, por vezes reproduzem conhecimentos já defasados ou mesmo equivocados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APCHAIN, Hélène. La QPC et le contrôle de conventionnalité: complémentarité ou antagonisme ?. **Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire**. Paris, jun. 2012.

ARSAC, Rodolphe. La fonction consultative du Conseil Constitutionnel. **Revue française de droit constitutionnel**, Paris, v. 4, n. 68, p. 781-820, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012. e-pub

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. **Introdução ao Direito Francês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BON, Pierre. La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 19 décembre 2009. **Revue Française de Droit Administratif**. Paris, n. 6, p. 1107-1124, 2009.

\_\_\_\_\_. Question prioritaire de constitutionnalité : premières questions, premières précisions. **Revue Française de Droit Administratif**. Paris, n. 4, p. 679-694, 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un lus constitucionale commune en América Latina?**. México: UNAM, 2016.

BRUNETTI-PONS, Clotilde. Après la loi du 17 mai 2013 : ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe , quelles perspectives pour le droit de la famille?. **Recherches familiales**. Paris, v.1, n. 11, p. 111-130, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRILLAC, Rémy. ¿Es el Code Civil la verdadera Constitución de Francia?. **THÉMIS**: Revista de Derecho, Lima, Peru, n. 63, p. 293-301, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. e reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARPISO, Jorge. El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización**: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?. México: UNAM, 2016.

CASAL, Jesús M. Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización**: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?. México: UNAM, 2016.

CERQUEIRA, Ermelino Costa; SILVA, Lucas Gonçalves da. Dimensão jurídica da liberdade de imprensa a partir da noção instrumental da liberdade de expressão. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; FÉLIX, Ynes da Silva (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CERVANTES, Luis. Los Tribunales Constitucionales en el derecho comparado: un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. In: TRINDADE, Antonio A. Caçado; MOYER, Charles; ZELEDÓN, Cristina (comp.). **Estudios básicos de derechos humanos**. reimp. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. Jurisdição Constitucional, direitos fundamentais e relações privadas. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, 2012.

CONSELHO CONSTITUCIONAL. **Liste des membres du Conseil constitutionnel**. Paris, 10 nov. 2016. 2 p. Disponível em : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-319.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Bilan statistique au 30 septembre 2016. Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Paris, n. 54, p.1-2, jan. 2017.

CORPART, Isabelle. Qu'est-ce que l'homoparentalité ?, Martine Gross, Petite bibliothèque Payot. **Recherches familiales**. Paris, v. 1, n. 10, p. 183-185, 2012.

COUDOING, Nadège. L'orientation sexuelle dans le droit sur l'adoption. **Politiques sociales et familiales**. Paris, n. 96, Nouvelles conjugalités et nouveaux modèles conjugaux?, p. 71-81, 2009.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. Modelos, Tribunales y sentencias constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; BOGDANDY, Armin Von; MORALES

ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?**. México: UNAM, 2016.

DAUPHIN, Sandrine. Apports et limites de l'approche intégrée de l'égalité en France. **Santé, Société et Solidarité**. Paris, n. 1, De l'égalité de droit à l'égalité de fait: Françaises et Québécoises entre législation et réalité, p.165-170, 2008.

DECAUX, Emmanuel. Le régime du droit international en droit interne. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 62, n. 2, p. 467-505, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTAY, José Ignacio Martínez. El sistema europeo-continental de justicia constitucional: el control de constitucionalidade en la Unión Europea. **Estudios Constitucionales**, Talca, Chile, año 3, n. 2, p. 51-83, 2005.

FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. **Revista de Derecho**, Valdivia, Chile, v. 12, p. 31-43, 2001.

\_\_\_\_\_. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FULCHIRON, HUGUES. Homoparenté v. homoparentalité? Le droit français face à la question homoparentale. **Revue Internationale de droit comparé**. Paris, v. 64, n. 1, p. 93-111, 2012.

\_\_\_\_\_. Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance?. **Revue Internationale de droit comparé**. Paris, v. 62, n. 2, p. 245-272, 2010.

HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional común europeo. **Revista de Estudios Políticos: Nueva Época**, Madrid, n. 79, p. 7-46, jan./mar, 1993.

HIGHTON, Elena I. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidade. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?**. México: UNAM, 2016.

JOUANJAN, Olivier. Modelos e Representações da Justiça Constitucional na França: uma análise crítica. In: Encontro Franco-Alemão de Direito Público, 4, 2008, Friburgo em Brisgóvia. **Anais...** Friburgo em Brisgóvia: [s.n.], 2008. p. 1-22.

KAPRIELIAN, Julie. Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union: un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus?. **Jurisdoctoria**. n. 6, p. 75-98, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LABAYLE, Henri. Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ?. **Revue Française de Droit Administratif**. Paris, n. 4, p. 659-678, 2010.

LAMOTHE, Oliver Dutheillet. Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France. In: Visite ao Tribunal Constitucional espanhol, 2009, Madrid. **Anais eletrônicos**. Paris: Conseil Constitutionnel, 2009.

LITWINSKI, Fernanda Fortes; SILVA, Lucas Gonçalves da. A Questão Prioritária de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Sistema Jurídico Francês. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 116-132, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça da França: um modelo em questão**. São Paulo : Editora de Direito, 2001.

\_\_\_\_\_. **O processo civil francês**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

MATHIEU, Bertrand. Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative. **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris, v. 62, n. 2, p. 507-531, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. **Currículo Permanente: Caderno de Direito Constitucional**, Porto Alegre, p. 1-426, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. e-pub

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. e-pub

MÉNDEZ, Cristina Elias. El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, La interacción constitucional entre Unión Europea y Estados miembros, Granada, Espanha, año 7, n. 14, jul/diez. 2010.

MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de Justicia Constitucional a los albores del siglo XXI. **Estudios Constitucionales**, Talca, Chile, año 7, n. 2, p. 281-300, 2009.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, Espanha, n. 23, p. 145-160, 2000.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrançamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADAU, Louis. Laurent Fabius ne veut plus des ex-présidents au Conseil constitutionnel. **Le Figaro**, Paris, 18 abr. 2016. Le Scan Politique.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PINON, Stéphane. El sistema constitucional de Francia. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, La interacción constitucional entre Unión Europea y Estados miembros, Granada, Espanha, año 7, n. 14, jul/diz. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed, rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012. MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos Humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. Del derecho constitucional común europeo a la constitución europea: ¿cambio de paradigma en la legitimidad de la unión?. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 343-373, 2005.

SEGOVIA VILLEDA, José de Jesús. Carencia actual de objeto, interpretación para dotar de efectividad a los recursos constitucionales de protección de derechos fundamentales: análisis a la luz de la acción de tutela colombiana sobre eutanásia. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, v. 34, p. 213-222, jan./jun. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental- da antiguidade ao século XXI. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, v. 34, p. 169-209, jan./jun. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado: O que é a "Common Law", em particular nos Estados Unidos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 163-198, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. e-pub

\_\_\_\_\_. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES FILHO, Newton. Tribunais Constitucionais. **Consultoria Legislativa**, Brasília, Estudos, p. 1-23, 2009.

TOKO, Patrick Wafeu. Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne?. **Les Cahiers de Droit**. v. 54, n. 1, mar. 2013, p. 145-174.

TROPER, Michel. Direito Constitucional. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. **Introdução ao Direito Francês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TURPIN, Dominique. La constitutionnalisation du droit et de la justice. **Les Cahiers de droit**, Laval, Quebec, v. 42, n. 3, p. 619-630, 2001.

UNITED STATES. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Washington: U.S. Supreme Court, 2013. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.

ZAMORA, Miguel Jesús Agudo. El modelo institucional europeo de justicia constitucional. In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE CONSTITUCIONALISTAS DE ESPAÑA, 5., 2006, Valencia, **Actas...** Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 219-242.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

FRANÇA. Constitution de la IVe République, du 27 octobre 1946. Disponível em : <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Constitution de la République française en vigueur, du 4 octobre 1958. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 5 out. 1958. n. 0238, p. 9151.

\_\_\_\_\_. Ordonnance n. 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 9 nov. 1958a, p. 10129.

\_\_\_\_\_. Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 15 nov. 1959, p. 10818.

\_\_\_\_\_. Loi constitutionnelle n. 74-904 du 29 octobre 1974 portant revision de l'article 61 de la constitution. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 30 out. 1974, p. 11035.

\_\_\_\_\_. Loi organique n. 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 21 mar. 1999a, p. 4197.

\_\_\_\_\_. Loi n. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 16 nov. 1999. n. 265, p. 16959.

\_\_\_\_\_. Loi constitutionnelle n. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 24 jul. 2008. n. 0171, p. 11890.

\_\_\_\_\_. Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009a relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Poder Executivo, Paris, 16 abr. 2009a. n. 0089.

\_\_\_\_\_. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009b relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Poder Executivo, Paris, 11 dez. 2009b. n. 0287, p. 21379.

\_\_\_\_\_. Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 18 maio 2013. n. 0114, p. 8253.

\_\_\_\_\_. Loi organique n. 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 7 dez. 2013a. n. 0284, p. 19937.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

FRANÇA. Conseil d'État. Décision n. 46707 (ECLI:FR:CEORD:1875:46707. 18750219). Rapporteur : M. Perret. Commissaire du gouvernement : M. David . **Recueil Lebon**, Paris, 19 fev. 1875.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 18 jul. 1971, p. 29.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 26 jan. 1985, p. 1137.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 3 set. 1992, p. 12095.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 21 mar. 1999, p. 4234.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 2 ago. 2003, p. 13302.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 17 ago. 2004, p. 14648.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 24 nov. 2004, p. 19885.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 11 dez. 2009, p. 21381.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 29 jan. 2011, p. 1894.

\_\_\_\_\_. Conseil constitutionnel. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. **Jornal Oficial [da] República Francesa**, Paris, 18 maio 2013, p. 8281.