



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIENNE DINIZ ANTÃO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: UMA ANÁLISE  
COMPARATIVA BRASIL-FRANÇA**

Recife  
2022

JULIENNE DINIZ ANTÃO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: UMA ANÁLISE  
COMPARATIVA BRASIL-FRANÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Recife

2022

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

A627c Antão, Julienne Diniz.  
O Controle de Constitucionalidade das leis: uma análise comparativa Brasil-França / Julienne Diniz Antão. -- Recife, 2022.  
127 f.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.  
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,  
2022.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Direito Constitucional – França.  
3. Direito Comparado. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador).  
II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-25)

JULIENNE DINIZ ANTÃO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS:  
UMA ANÁLISE COMPARATIVA BRASIL-FRANÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Aprovada em: 26/09/2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Examinadora Interna)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof. Dr. Salomão Abdo Aziz Ismail Filho (Examinador Externo)  
Faculdade Católica Imaculada Conceição do Recife – FICR

*Da minha aldeia vejo quanto da terra se pode ver do Universo ...  
Por isso a minha aldeia é tão grande como outra terra qualquer,  
Porque eu sou do tamanho do que vejo  
E não do tamanho da minha altura.*

**Fernando Pessoa.**

Poemas de Alberto Caeiro.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por todas as bênçãos derramadas e lições colhidas no curso da vida e na estrada do aprender, que é sem ponto de chegada, como Ele me mostra a cada oportunidade. Que minha caminhada permaneça iluminada por Sua infinita Bondade e por Seu infinito Amor.

Ao meu pai, razão da minha vida e sem o qual nenhuma vitória acadêmica (desconfio que nenhuma vitória pessoal também) seria viável. Devo-lhe eternamente o dom de despertar o entusiasmo diário; de encontrar a graça nas coisas simples; de sentir a genuína e tímida alegria nas menores e também nas maiores das conquistas; da força de permanecer na batalha, não importando as condições em que ela se dá. Gratidão a esse ser de luz, meu anjo e guerreiro protetor, ainda é pouco diante do tempo de uma vida que dedica a mim, sem titubear nenhuma vez. Tudo que fui, sou e /ou serei, vem de ti, é extensão de ti e será eternamente graças a ti, pai. Te amo infinita, eterna e incondicionalmente.

A toda a minha família, próxima ou não. A meu irmão Jefferson, com quem sempre posso contar e a quem sou muito grata pelas inúmeras ajudas tecnológicas e pelo apoio nos perrengues desses cérebros eletrônicos que fazem *quase* tudo. E, em especial a minha mãe, que tanto torce por mim, que sempre encheu a casa de livros e de seu exemplo de inteligência e fervor nos estudos, e que, acima de tudo, ensinou pela prática, que a bondade e a empatia ao próximo jamais podem estar distantes de nosso coração.

A Nilton, por ter estado comigo nessa trincheira por tanto tempo.

Aos amigos, encontrados nessa bela jornada da vida, que nunca me deixaram dúvida de sua lealdade e que por certo contam com a minha também.

E, por último, mas nem um pouco menos importante, ao meu orientador, o grande Professor Doutor Ivo Dantas, um Mestre e Ser Humano absolutamente admirável em suas múltiplas dimensões, e a quem serei eternamente grata pela condução da pesquisa, pelos ensinamentos passados e pelo acolhimento desde o primeiro dia. Que seu pensamento e seu exemplo, Mestre, eternizem-se.

## RESUMO

Contando com um capítulo metodológico próprio, em que se explora a relevância dos estudos em Direito Constitucional Comparado para o enriquecimento do saber acadêmico nacional, a presente pesquisa oferece uma perquirição comparatista entre os sistemas de justiça constitucional na França e no Brasil. Partindo da análise do sistema adotado em solo de ascendência gaulesa, perpassando seus institutos e origens históricas, bem como a revolução jurídica ocasionada pela adoção da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) na França, cotejam-se tais referenciais com os elementos do Direito Constitucional brasileiro no que tange à realização da justiça constitucional. Amplo herdeiro do constitucionalismo francês, o Brasil e sua academia jurídica têm começado a buscar investigar parâmetros e modelos de controle da constitucionalidade normativa para além dos clássicos modelos austro-germânico e estadunidense. Com origem no primado legiscêntrico, demonstra-se o nascimento dos órgãos de controle na história francesa, seus fundamentos, influências e maneiras de atuação, de modo a pontuar gradativamente como chegou-se ao Conselho Constitucional hodierno e à atividade edificada sobre a QPC, para o deslinde de uma vereda ainda não muito estudada no país: o controle de constitucionalidade francês comparado ao nacionalmente adotado.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional Comparado; Justiça Constitucional; Modelo Francês; Modelo Brasileiro.

## ABSTRACT

With its own methodological chapter, exploring the relevance of studies in Comparative Constitutional Law for the enrichment of national academic knowledge, this research offers a comparative investigation between the constitutional justice systems in France and Brazil. Starting from the analysis of the system adopted in France, going through its institutes and historical origins, as well as the legal revolution caused by the adoption of the Priority Question of Constitutionality (QPC) in the country, these references are compared with elements of Brazilian Constitutional Justice. Broad heir to the French constitutionalism, Brazil and its legal academy have begun to investigate parameters and control models of normative constitutionality beyond the classic Austro-German and American models. With origin in the legiscentric primacy, it is demonstrated the birth of the organs of control in the French history, its foundations, influences and ways of acting, in order to gradually punctuate as it came to the Constitutional Council of today and the activity built on the For the deliverance of a path not yet much studied in the country: the French constitutionality control compared to our own.

**Keywords:** Comparative Constitutional Law; Constitutional Control; French Model; Brazilian Model.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO COMPARADO: O CAPÍTULO METODOLÓGICO.....</b>	<b>17</b>
2.1	Contextualização.....	17
2.2	Questões Terminológicas.....	19
2.3	O Direito Comparado como Método.....	22
2.4	O Direito Comparado como Ciência.....	24
2.5	O Posicionamento do Prof. Dr. Ivo Dantas.....	26
<b>3</b>	<b>ASCENSÃO HISTÓRICA DA SOBERANIA DA LEI NA FRANÇA.....</b>	<b>29</b>
3.1	O Período Anterior à Revolução Francesa.....	29
3.2	O Novo Papel do Legislativo.....	34
<b>4</b>	<b>A ESTRUTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA.....</b>	<b>41</b>
4.1	Admissibilidade de um Controle Normativo.....	41
4.2	Órgãos da Justiça Constitucional Francesa.....	51
4.2.1	<i>O Conselho Constitucional da V República.....</i>	<i>53</i>
4.2.1.1	A Decisão 71-44 DC do Conselho Constitucional.....	56
4.2.1.2	A Reforma de 1974.....	57
4.2.1.3	Composição.....	58
4.2.1.4	Funcionamento.....	60
4.2.1.5	Limitações.....	62
4.2.2	<i>Jurisdição Administrativa: o Conselho de Estado (Conseil D'État).....</i>	<i>63</i>
4.2.3	<i>Jurisdição Ordinária: a Autoridade Judiciária e a Corte de Cassação (Cour de Cassation).....</i>	<i>66</i>
4.3	<b>A Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) em 2008.....</b>	<b>67</b>
4.3.1	<i>A Revisão Constitucional de 2008.....</i>	<i>69</i>
4.3.2	<i>Processamento da QPC.....</i>	<i>72</i>

4.3.2.1	Condições de Admissibilidade.....	73
4.3.2.2	Objeto e Parâmetro.....	74
4.3.2.3	Procedimentos.....	75
4.3.2.4	Efeitos da Decisão.....	76
<b>4.4</b>	<b>Apontamentos à QPC.....</b>	<b>77</b>
<b>4.5</b>	<b>Classificações Possíveis ao Sistema Francês.....</b>	<b>80</b>
<b>5</b>	<b>O SISTEMA BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO</b>	
	<b>CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>84</b>
<b>5.1</b>	<b>Contexto.....</b>	<b>84</b>
<b>5.2</b>	<b>A Constituição de 1824.....</b>	<b>85</b>
<b>5.3</b>	<b>A Constituição de 1891.....</b>	<b>88</b>
<b>5.4</b>	<b>A Constituição de 1934.....</b>	<b>89</b>
<b>5.5</b>	<b>A Carta Política de 1937.....</b>	<b>90</b>
<b>5.6</b>	<b>A Constituição de 1946.....</b>	<b>91</b>
<b>5.7</b>	<b>Os Textos de 1967 e 1969.....</b>	<b>93</b>
<b>5.8</b>	<b>A Constituição da República Federativa do Brasil (1988).....</b>	<b>94</b>
<b>5.9</b>	<b>Estrutura do Controle Constitucional Brasileiro.....</b>	<b>97</b>
5.9.1	<i>Controle Prévio da Constitucionalidade.....</i>	98
5.9.2	<i>Do Controle Difuso.....</i>	103
5.9.3	<i>Do Controle Concentrado.....</i>	109
5.9.4	<i>Classificações Possíveis ao Sistema Brasileiro.....</i>	115
<b>6</b>	<b>CONCLUSÕES: A EFETIVA COMPARAÇÃO.....</b>	<b>117</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>120</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Como bem pontuara o pesquisador e geógrafo brasileiro Milton Santos, responsável por cunhar o termo denotador do espaço em que estamos inseridos desde meados da década de 1970, construímos e somos parte de um *meio técnico-científico-informacional*. Isto é, um espaço-tempo com inumeráveis avanços científicos e tecnológicos, e em que os “cérebros eletrônicos fazem *quase* tudo”: de compras de supermercado a anamneses clínicas, passando também pela vigilância das ruas de qualquer cidade do mundo, e até as complexas programações algorítmicas, indecifráveis a uma pessoa comum.

Hoje, os computadores e *smartphones*, entre outros equipamentos do gênero, tornaram-se partes imprescindíveis da vida cotidiana, exigindo, inclusive, que lhes demos uma atenção muitas vezes maior que a atenção dispensada a pessoas que estão física e materialmente conosco.

Muito se discute sobre os benefícios e malefícios envolvidos nessa realidade. De um lado, o calor e a interação humana pautada nos cinco sentidos naturais vem sendo cada vez mais deixada de lado e substituída, mais das vezes, pelas interações virtuais, inevitavelmente mais secas. Noutra senda, não há como ignorar a economia de tempo empenhado na resolução de burocracias, nem como desdenhar das vantagens trazidas por essas mesmas tecnologias, como, por exemplo, a gama de medicamentos prontos e aptos ao amparo de tantas quanto forem a sorte de males possíveis de ocorrer ao ser humano.

A despeito de tudo isso, e ignorando completamente as facilidades informacionais de nossa Era, um pequeno ser, *quase* vivo (como nossos computadores), um vírus, foi capaz de produzir mudanças deveras significativas no ritmo e na forma de vida da humanidade. Desde o ano de 2020, o planeta assiste, escandalizado, à pandemia da COVID-19. Iniciada em 2019 numa pequena cidade chinesa, a doença, originária de morcegos, avançou rapidamente pelo globo terrestre, espalhando-se nos mais longínquos territórios possíveis, obrigando a Organização Mundial de Saúde (OMS) a reconhecer a passagem do estado de “epidemia” para o estado de “pandemia” da COVID-19 em 11 de março de 2020.

De lá para cá, uma série de medidas foram adotadas dentro dos países e também no campo internacional, no sentido de conter a propagação do chamado coronavírus. Foram diversos *lockdowns*, restrições de circulação e aglomerações,

vacinação compulsória da população, obrigatoriedade do uso de máscara facial individual, uso generalizado de álcool gel e 70° INPM para a higienização das mãos e dos objetos, entre tantas outras tentativas de contenção desse microrganismo que têm gerado ondas e mais ondas de mortandade por onde passa.

Dentre as inúmeras lições aprendidas durante a pandemia, destaque-se aqui aquela que é um dos pilares das razões de seu surgimento: a irrefreabilidade da circulação de pessoas e bens. Ora, se desde as Grandes Navegações o esforço ocidental prezara pelo intercâmbio comercial e cultural, engendrando um mercado e uma sociedade enraizadamente articulada e interdependente, parece impossível, nesse contexto, conter o avanço viral pela estrita restrição do direito humano de ir e vir, mesmo porque, a livre circulação tornou-se um imperativo incontornável.

O contexto da pandemia da COVID-19, portanto, devido a forma de seu surgimento, termina por servir ao propósito da demonstração dos aspectos ligados à tendência de internacionalização e generalização de comportamentos, de respostas a problemas e uniformização também de normas que regem as questões mais importantes de uma sociedade, como é o caso da pandemia do COVID-19 e é também o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos de um Estado.

O crescente intercâmbio entre os elementos culturais das sociedades, bem como o fluxo de informações ao redor do globo terrestre, facilitando a aproximação das nações econômica, política, sanitária e socialmente, viabilizou também a ampliação do espectro interseccional entre os diversos sistemas jurídicos adotados pelos Estados, favorecendo a uma certa tendência de miscelânea entre as estruturas em que se assentam o sistema jurídico.

Do mesmo modo que os Estados deliberam e coadunam interesses políticos e ações conjuntas a fim de coordenar ações visando a um objetivo comum, não é de todo impensável que comumente o fluxo de ideias imbricado nessa movimentação sugira a uma tendência de afinidades que são inclusive jurídicas.

É comum observarem-se, sobretudo no campo jurídico, estudos que consideram tanto as legislações e ordenamentos jurídicos de diferentes espaços como também é possível identificar perquirições cujos objetos dilatam-se no tempo, isto é, estudos comparados entre épocas diversas. Sobre isso, quando tratara do tema, René David, eminente jurista francês do séc. XX, defendera ser “a comparação dos direitos, considerados em sua diversidade geográfica e temporal, tão antiga como a própria ciência do direito” (DAVID, 1993, p. 02).

O Direito Comparado, método que remete à Grécia Antiga, visto que Aristóteles teria realizado dezenas de comparações antes da redação da Constituição de Atenas, além de ser empregado em praticamente todos os ambientes de ciência jurídica, é também um meio eficaz no auxílio ao máximo levantamento de dados possível, para a construção de institutos jurídicos já testados em outras sociedades e, portanto, com maiores chances de êxito e durabilidade. Se uma determinada categoria jurídica fora observada em casos concretos anteriormente a sua incorporação pelo Estado receptor, tem-se aí maiores elementos e possibilidades de adequação quando se compara às tentativas de implementação de institutos inteiramente novos.

No campo do Direito Constitucional, o método (e ciência) comparativo constitui-se como verdadeira necessidade. Ora, se são reconhecidas as características da abertura e da transversalidade como inerentes a esse ramo *mater* do Direito, torna-se inegável que fundamente-se precisamente por comparativos e analogias com realidades socio-estatais diversas (e ao mesmo tempo semelhantes no que tange à historicidade). No momento de estabelecimento de uma constituição, inevitavelmente leva-se em consideração as categorias constitucionais bem sucedidas em outras realidades jurídico constitucionais. E não só isso: também na manutenção e constante atualização das normas jurídicas fundantes, cotejam-se institutos constitucionais de países diversos antes de criar-se o nacional.

O Controle da Constitucionalidade é, pois, um desses casos em que Direito Constitucional Comparado faz as vezes de protagonista. Com origem histórica nos Estados Unidos da América, o cotejo entre a constituição e as demais normas (ditas infraconstitucionais) passou a ser, em verdade, a tônica dos sistemas constitucionais sobretudo após as duas Grandes Guerras do séc. XX. Dizer se uma lei está ou não em conformidade com a Carta Magna é o ponto de partida para a efetivação do Estado Democrático de Direito, uma vez que eivar uma norma jurídica do vício da inconstitucionalidade é também, no limite, eivá-la de ilegitimidade. A *Lex Mater* é a norma jurídica que contém o maior grau democrático do ordenamento jurídico, e, portanto, ir de encontro a ela é ignorar os objetivos da história do constitucionalismo.

A princípio, o controle da constitucionalidade dos atos normativos centrou-se, em sua origem norteamericana, sob a competência dos magistrados. Na federação americana, os juízes singulares realizam o clássico controle difuso de constitucionalidade com efeitos inter partes. A grande vantagem dessa sistemática

consiste na maior celeridade e na maior proximidade entre o intérprete constitucional e o cidadão. Noutra senda, com a inovação austríaca do controle constitucional ser feito por um órgão à parte do Poder Judiciário, outras qualidades puderam ser observadas, como é exemplo a ideia de melhor julgamento, vez que os juízes constitucionais do Tribunal Constitucional são especializados na atividade específica da jurisdição constitucional.

As pesquisas brasileiras em torno da jurisdição constitucional de outros sistemas jurídicos costumam concentrar-se justamente nos citados modelos austro-germânico e estadunidense. Isso porque consubstanciam eles os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade referenciais no mundo ocidental. Paulatinamente, na História Constitucional brasileira, é que podemos apontar as incorporações feitas desses modelos e institutos para o interior do ordenamento jurídico brasileiro.

É somente em segundo plano que podemos indicar os estudos dos sistemas português, espanhol, italiano e de alguns países latino-americanos. O modelo de justiça constitucional adotado pela França, no entanto, está longe de ser o favorito das perquirições acadêmicas, muito embora seja grande herança do constitucionalismo francês a sistemática da separação de poderes republicanos, a própria ideia de direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, a conceituação do chamado “bloco de constitucionalidade”, além de outras contribuições da França para o pensamento jurídico constitucional brasileiro.

No país de ascendência gaulesa, desenvolveu-se um modelo único no mundo de justiça constitucional. Por um lado, temos as contribuições trazidas pelas ideias de “bloco de constitucionalidade”, por exemplo, que ampliou o parâmetro de controle para além do texto codificado da Constituição da Quinta República. Além disso, outras heranças podem ser indicadas, a partir da reforma na jurisdição constitucional francesa, no ano de 2010, que culminou na *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (a chamada QPC).

A França que tanto resistiu na admissão da possibilidade de imperfeição na atividade legiferante - devido à sua História revolucionária de 1789, que terminou por firmar o dogma da infalibilidade do Parlamento enquanto instância tradutora da vontade geral da nação - não pôde furtar-se em reconhecer dentro de seu ordenamento jurídico o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos posteriores à promulgação pelo Legislativo.

A concepção de legalidade que durante muito tempo reinou soberanamente na França não pôde subsistir ao ideal de Estado Democrático de Direito, tal qual o entendemos em tempos atuais. A resistência à implantação do controle de constitucionalidade naquele país é atribuída, dentre outros aspectos, à própria forma de produção normativa do Parlamento Republicano (ZAGREBELSKY, 2011, p. 52), que contém, em seu processo legislativo um mecanismo próprio de conformação dos textos propostos à Lei Fundamental.

Ainda assim, o mecanismo do controle prévio da constitucionalidade, por suas próprias limitações, não pode continuar, na França, como método único de averiguação da constitucionalidade. Era necessário mais que uma etapa do processo legislativo para garantir que a democracia não se contraísse patologicamente nos temidos assembleísmos dominantes no início do séc. XX na Europa continental.

Essa verdadeira revolução no pensamento constitucional francês, nesse diapasão, só foi possível graças ao desenvolvimento de estudos de Direito Constitucional Comparado pela doutrina francesa. Desde Montesquieu, uma verdadeira tradição comparatista é desenvolvida naquela nação, de modo a frutificar institutos e autoanálises esporádicas.

Malgrado não seja pacífico o emprego da expressão “Direito Comparado” para indicar a construção de uma comparação entre sistemas jurídicos distintos, porque a combinação dos termos carrega consigo a possibilidade semântica de ser confundida com um ramo do Direito (como o Direito Civil ou o Direito Penal, por exemplo), adotar-se-á, aqui, a posição de que este é um termo consagrado pelo pensamento jurídico ocidental (CANIZARES, 1954, p. 95-96) e não se visualizam inconvenientes em utilizá-lo (DANTAS, 2010, p. 04).

Dessa forma, pode-se afirmar ser o Direito Comparado uma elaboração a partir dos resultados das investigações sobre os sistemas jurídicos elegidos para cotejo de pesquisa. E, assim, para o alcance de tal finalidade, do fim último de edificar um conhecimento jurídico comparativo, deve, antes, o pesquisador perquirir o direito estrangeiro, seus elementos e suas categorias jurídicas, aspectos sem os quais se tornaria impossível seu intento em edificar um *Direito Comparado*.

O Direito comparado está diretamente dependente dos estudos em Direito Estrangeiro, pois este último é sua matéria-prima. Nas palavras do jurista francês Marc Ancel, “ninguém, com efeito, é comparativista sem ter praticado, inicialmente, o

direito estrangeiro, assim como ninguém é chefe de orquestra sem ser, ou ter sido inicialmente, instrumentista (ANCEL, 1980, p. 109-110).

Por essa razão, e em observância a essa clara *dependência* é que o objeto da pesquisa ora pretendida não haverá de ser outro senão o sistema francês de justiça constitucional em contraponto ao brasileiro. O Direito Comparado, como há de se demonstrar mais amplamente em capítulo próprio, tem essencialmente dois objetos, que consistem nos dois sistemas a serem analisados (divididos em partes menores, portanto), para que, a partir desses insumos, construa-se a comparação.

Analisar os órgãos que compõem a justiça constitucional francesa, sua evolução histórica, o modo como aquela nação realiza o chamado controle de constitucionalidade, o objeto e o parâmetro para o juízo de compatibilidade constitucional, e, por fim, a revolução constitucional que houve naquele país e que deu azo à incorporação do que os constitucionalistas franceses convencionaram chamar *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC). A partir de então, realizar o efetivo confronto com o sistema adotado pelo Brasil para a realização da justiça constitucional, identificando os resultados da comparação.

Ora, num contexto em que muito se discute a respeito da problemática do chamado “ativismo judicial”, o estudo e o levantamento de dados de um sistema de jurisdição constitucional eminentemente político, será primordial em contribuir com ideias que minimizem a questão. Em se tratando da atuação do Poder Judiciário, considerado por muitos hiperbólico e tendente à extrapolação dos limites de seus poderes republicanos, não se pode olvidar de que a instância política, democrática por excelência, corresponde a uma alternativa viável e até mesmo preferencial na condução da interpretação constitucional dentro dos limites da legitimidade democrática.

Partindo, assim, do pensamento do professor Ivo Dantas, como marco teórico fundamental, no que concerne ao Direito Constitucional Comparado, elementos essenciais da estrutura e funcionamento dos controles de constitucionalidades francês e brasileiro serão os caracteres essenciais para a edificação da presente dissertação. No bojo da obra referencial de nosso trabalho, *Novo Direito Constitucional Comparado* (2010), do professor Ivo Dantas, explicita-se a dimensão da relevância de nosso trabalho, passando-se pela ideia de recepção legislativa e enriquecimento acadêmico, e, tratando, inclusive, da melhor viabilidade de fazê-lo entre famílias jurídicas assemelhadas.

Percebe-se, também, a importância do exame do direito francês no que tange ao seu modelo de justiça constitucional, não somente por ser a França um país de tradição romano-germânica, como o Brasil, amplo legatário de seu constitucionalismo, mas, também, por constituir um modelo singular de aplicação do controle de constitucionalidade, profícuo no que pode revelar às academias brasileiras.

## 2 DIREITO COMPARADO: O CAPÍTULO METODOLÓGICO

“A meio caminho entre a fé e a crítica está a estalagem da razão. A razão é a fé no que se pode compreender sem fé; mas é uma fé ainda, porque compreender envolve pressupor que há qualquer coisa compreensível” (Fernando Pessoa, Livro do Desassossego, 2011, p.190).

### 2.1 Contextualização

No contexto do fenômeno da *globalização*, em que há gradativas e contínuas ampliações da integração entre as mais diversas nações do mundo, estudar e pesquisar o modo do fazer e aplicar o Direito nos diversos Estados tornou-se uma necessidade. Levando-se em consideração a quantidade de documentos normativos internacionais, blocos de cooperação regionais e mundiais, além do esforço notório por uma *Governança Global*, o exame dos ordenamentos jurídicos nacionais, considerados individual e coletivamente, faz-se uma prática mais que salutar para o aperfeiçoamento e atualização do jurista que se deseja sempre conectado ao *Zeitgeist*, isto é, o espírito de seu tempo.

Longe de ser uma novidade, a prática de comparar normas de diferentes Estados remonta à Grécia Clássica, onde Aristóteles, na obra *A Política*, compara cento e cinquenta e três constituições gregas, e, Sólon, por seu turno, teria adotado semelhante esforço ao tecer as leis atenienses. Mais tarde, durante o advento da hegemonia romana, foi a vez dos gregos influenciarem culturalmente os romanos, o que, naturalmente incluiu o *know how* jurídico acumulado até então.

Malgrado essas origens mais distantes, o Direito Comparado enquanto produto ligado às revoluções científicas dos séculos XVI a XVIII, encontra seu amparo sobretudo em Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como o Barão de La Brède e Montesquieu, ou simplesmente Montesquieu. Considerado por muitos o “pai” do Direito Comparado, sua abordagem comparatista é cristalina em sua obra-prima *Do Espírito das Leis*, em que se utiliza, dentre outros, do Direito Inglês e Anglo-Saxão para propor diversas mudanças no ordenamento jurídico francês. Como é cediço, os problemas enfrentados pela França naquele momento perpassavam o modo do governo monárquico: a alta interferência da Igreja nas decisões políticas, os gastos exorbitantes da Corte, os excessos do poder soberano

dos reis, além de uma desconfiança geral sobre as figuras que ocupavam os cargos de magistratura, sempre ligadas ao poder real (MONTESQUIEU, 2015, p. 33).

A obra-prima de Montesquieu, cujo título original é “Da Relação que as leis devem ter com a Constituição de cada Governo, com os Costumes, o Clima, a Religião e o Comércio”, demonstra bem que, apesar da fama do livro remeter apenas à teoria da tripartição de poderes, a obra é um conjunto de estudos diversos realizados pelo escritor. Inclusive, ao final, Montesquieu acrescenta ao texto as suas pesquisas recentes sobre as leis romanas no que toca às sucessões, sobre as leis francesas e sobre as leis feudais.

Com isso, percebe-se que, para além de grande erudito, o filósofo francês também tratou de usar, a todo momento, o método comparativo como forma de demonstrar soluções possíveis aos problemas enfrentados pelo seu contexto histórico-político. Constatam-se comparações com a monarquia inglesa e seu sistema prisional, pesquisas ao direito romano, e, ainda, uma arguição acerca das leis feudais antecedentes à Era Moderna.

Após o Barão de Montesquieu, inicia-se uma verdadeira tradição comparatista, máxime na França, seguida por René David, Edouard Lambert, Paul Roubier, Léontin-Jean Constantinesco, George Bourdeau, L. Inigo Cavero, Zamora Rodríguez, Hermann Finner, Jorge Miranda, Raul Machado Horta, Ivo Dantas, Ana Lúcia de Lyra Tavares, entre tantos outros grandes nomes no Brasil e no estrangeiro.

A ampliação do conjunto de conhecimentos do pesquisador é apontada como a principal benesse do Direito Comparado. Partindo de um maior arsenal de elementos, conceitos, modelos e modos de efetivação do Direito em diferentes realidades, o jurista estará munido de maior capacidade de resolução de problemas jurídicos e poderá também propor aprimoramentos mais palpáveis dentro de seu próprio universo jurídico nacional. É inegável que as soluções legais encontradas em diversos países comunicam-se e conectam-se cada vez mais, amplificando a dimensão da pesquisa comparada para muito além das fronteiras dos Estados.

O Direito Comparado, assim, converte-se numa elementar e importantíssima disciplina para o intercâmbio efetivo entre as culturas jurídicas no mundo contemporâneo. Ele passou a ser a base para a comunicação político-normativa internacional, tendo o condão de estabelecer uma compreensão mútua e dissipação de preconceitos que podem reformar a nossa maneira de ser e de estar no mundo.

Não é raro que uma decisão de uma Corte Constitucional *standard*, como é o caso do Tribunal Constitucional alemão, repercuta em outros sistemas constitucionais.

Dessa forma, e sem a pretensão de esgotar aqui tal problemática, seguem questões atinentes ao Direito Comparado, suas terminologias próprias, bem como elencam-se variadas posições na clássica discussão quanto à classificação do Direito Comparado, como método ou como ciência, para, por fim, discorrer do posicionamento do professor Ivo Dantas a respeito.

## 2.2 Questões Terminológicas

Advertiu o grande processualista Cândido Rangel Dinamarco, na obra “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, que o desenvolvimento de uma ciência pode ser medido pelo grau de refinamento de seu vocabulário (DINAMARCO, 1987, p. 101-102). Com efeito, à medida que avança um método ou ciência, refina-se seu arsenal vocabular, de modo a tornar-se cada vez mais próprio e único. Quando se fala em “propriedade”, por exemplo, refere-se a um instituto jurídico inconfundível com qualquer outro, distingue-se claramente da preclusão, por exemplo, que é por seu turno uma categoria do direito processual, e além disso, engloba uma etimologia singular, uma história única e própria. Daí, extrai-se a necessidade do uso mais técnico e preciso possível dos termos afetos ao mundo jurídico.

Afora isso, é um fenômeno natural de todo idioma e ciência vivos, e há que se considerar também, portanto, sofrer a linguagem um natural câmbio de significado de seus termos no decorrer natural do tempo. Não se fala em “propriedade” hoje nos mesmos moldes em que se falara na Roma Antiga, o instituto evoluiu, conseqüente aos adventos sociohistóricos e culturais da humanidade.

Dessa forma, no momento em que se discorre a respeito do Direito Comparado, essa dimensão linguística da plurissignificação e também da mudança e ampliação de significados no tempo precisam estar alinhadas e claras na mente do jurista que se propõe a adentrar nas veredas comparativas. Embora tenha raízes remotas no Mundo Clássico (máxime a Grécia como outrora pontuado), é novo o Direito Comparado enquanto ciência, pois somente desde o séc. XIX passou a cunhar-se a expressão no sentido atual que ora explicamos.

À vista disso, considere-se que “Direito Comparado” pode tranquilamente fazer parecer tratar-se de um ramo comum do Direito, tal qual o são o Direito Civil,

ou o Direito Tributário, o Direito Penal, etc (DAVID, 1953, p. 05-06). Mas, em verdade, não é assim. Quando se procura referenciar a um ramo do conhecimento ou método de estudo especiais em seus objetivos, é que se fala de um simples ramo do Direito, considerando-o, assim, frequentemente numa perspectiva estatal, dizendo respeito, portanto, a um único ordenamento jurídico.

No entanto, observe-se que não existe nenhum ramo particular do Direito chamado “Direito Comparado” em que possamos identificar um conteúdo determinado como ocorre com o Direito de família ou o Direito Marítimo (GUTTERIDGE, 1953, p. 17-18). Não existe, conseqüentemente, de modo sistemático e universal, nas Faculdades de Direito a disciplina Direito Comparado, como se sucede ao Direito Tributário, por exemplo. Dessarte, conclui Ivo Dantas:

Ora, se atentarmos que o Direito comparado é ramo do conhecimento sobre o processo (=ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão, a qual equivale, em essência, ao que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que podemos traduzir como “comparação de direitos” (DANTAS, 2010, p. 62).

A nomenclatura “comparação de direitos”, nesse sentido, pode parecer mais apropriada, por referenciar semanticamente o objeto de maneira mais específica. Todavia, como é cediço saber, a expressão “Direito Comparado” é que firmou-se por seu uso reiterado entre os comparatistas. E, com efeito, é o uso pelos falantes e escritores da língua que faz uma palavra ou expressão prevalecer em seu significado, devido ao seu natural valor social.

Além disso, outros vocábulos somam-se ao cenário comparativista, fazendo muitas vezes confundir aquele que recém iniciou neste domínio humano, sendo necessário explicá-los de antemão. Então, antes de adentrarmos nas diferentes posições doutrinárias quanto à natureza do Direito Comparado (se ciência ou método), faz-se mister a elucidação prévia dos termos Direito Estrangeiro e Legislação Comparada, impropria e incautamente tomados como sinônimos de Direito Comparado em muitas ocasiões (TAVARES, 1999, p. 90).

O *Direito Estrangeiro* é “a matéria-prima do direito comparado. Ninguém, com efeito, é comparativista sem ter praticado, inicialmente, o direito estrangeiro (...)” (ANCEL, 1980, p. 109). Ora, o Direito Estrangeiro nada mais é que o conjunto de normas e fontes jurídicas de um ordenamento jurídico extra nacional, diferente do Direito nacional do pesquisador. É a partir dos estudos desse sistema chamado comumente de alienígena que é possível a comparação, entretanto, com ela não se

confunde. Para a construção do Direito Comparado, é necessário não somente elencar os elementos do Direito Estrangeiro, não se limitar a apontá-los e descrevê-los. É necessário, para fazer Direito Comparado, concluir a efetiva comparação, cotejar os sistemas jurídicos, destringindo suas semelhanças e diferenças de modo claro e inequívoco. É nesse sentido que afirma o professor Ivo Dantas:

A colocação feita por Marc Ancel põe em destaque um ponto sobre o qual se deve insistir: o direito estrangeiro é *conditio sine qua non* para a possibilidade de fazer-se direito comparado, isto porque, não poucos pensam que, no simples fato de citarem o direito estrangeiro em seus estudos, tal significa que estejam fazendo estudo comparado (DANTAS, 2010, p. 64)

Nessa toada, não há que se mesclar objeto e sua ciência. A ciência (ou método) comparatista, em sua inteireza, engloba o Direito Estrangeiro, mas este é um de seus objetos apenas, forma, junto ao Direito nacional e à efetiva comparação, o Direito Comparado.

Ainda sobre o Direito Estrangeiro, Ivo Dantas previne quanto à distinção entre Direito Comparado e História Comparada. O termo Direito Comparado é próprio do uso quando seus polos são sistemas jurídicos diferentes e vigentes, porque, quando se trata do estudo da evolução histórica de sistemas não mais vigentes, ou de um instituto, não se está mais diante do Direito Comparado, mas de *História Comparada* (DANTAS, 2010, p. 65-66). Se, por exemplo, o pesquisador encaminha-se a perquirir sobre o direito de propriedade na Roma Antiga e o direito de propriedade na Constituição de 1988, não estará construindo Direito Comparado, mas, História Comparada do instituto da propriedade.

Já no que concerne à expressão *Legislação Comparada*, refere-se a uma fonte do Direito (a legislação) de um ordenamento jurídico estrangeiro em contraposição a uma fonte do Direito nacional, a legislação nacional. Nessa análise, não se pretende expandir para a comparação entre doutrinas ou jurisprudências nacionais e estrangeiras, mas tão somente confrontar ambas as legislações, evidenciando-lhes suas semelhanças e dessemelhanças. Ou seja, o objeto e amplitude da comparação, aqui, é menor.

O professor Caio Mário da Silva Pereira rememora que durante o séc. XIX, quando por ocasião das primeiras cátedras comparatistas no Brasil, a tendência dominante era pela denominação “Legislação Comparada”. “Quem lê as obras de Clóvis Beviláqua, Lições de Legislação Comparada, e, de Cândido de Oliveira,

Curso de Legislação Comparada, não encontra senão esta concepção para a disciplina” (PEREIRA, 1955, p. 37).

Talvez o motivo para tal predominância do termo neste período se encontre na hegemonia do paradigma legal como sinonímia de Direito, que durou bastante tempo, até a possibilidade de ampliação das fontes jurídicas, fenômeno que só veio a ser mais largamente percebido após a Constituição de 1988 e a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942 (hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após a reforma de 2010, pela Lei n. 12.376).

Adovoga Ivo Dantas pelo caminho do Direito Comparado ao invés da Legislação Comparada quando o objetivo do pesquisador é ampliar o máximo possível seus horizontes de conhecimento e sua satisfação pessoal com o emprego do tempo de estudo. De fato, quanto mais elementos compuserem o campo de investigação do comparatista, mais completo tenderá a ser seu cotejo final, e, conseqüentemente, maior será o enriquecimento cultural, tanto da pessoa do cientista quanto da própria pesquisa. Comparar não somente a legislação (uma das muitas fontes do direito) mas também doutrinas, jurisprudências, costumes, etc, decerto ampliará o cabedal de possibilidades de (re)criação jurídica para o pesquisador.

### **2.3 O Direito Comparado como Método**

Quando se trata da discussão acerca da natureza do Direito Comparado, isto é, se consiste numa ciência própria ou num simples método, abre-se uma divergência na doutrina nacional e estrangeira. Se se trata de um ramo do saber humano que investiga aproximações e distanciamentos entre diversos sistemas jurídicos, ou, se se trata de um simples método de estudo e pesquisa científica que permitiria a comparação entre elementos pontuais dos direitos em cotejo, é o ponto primordial ao qual oferecemos uma resposta neste primeiro capítulo de pesquisa, o capítulo metodológico.

Desde o Congresso Internacional de Direito Comparado, na Paris de 1900, discute-se a problemática sem chegar-se a um consenso razoável entre os pensadores do ramo. De lá pra cá, as interfaces jurídicas entre os Estados tornaram-se paulatinamente mais comuns, como um reflexo dos processos de globalização e

internacionalização da política, economia, cultura, etc, fazendo-se mais que necessário retomar a questão, a fim de que avancemos na matéria.

O posicionamento do Direito Comparado como um simples método é encabeçado pelo jurista francês René David, seguido por Gutteridge, José Guillermo Vallarta Plata e Edgar Carlos de Amorim, entre outros.

René David aduz ser o Direito Comparado um método apenas, pois, difere cabalmente do Direito Civil ou Direito Comercial, do Direito Administrativo ou Direito Penal, pois, estes últimos, seriam uma parte do Direito Positivo Francês, constituídos, cada um, por uma série de regras que a doutrina e a legislação ordenariam sistematicamente, e que constituiriam regras de conduta para os particulares nas suas relações uns com os outros; enquanto que no Direito Comparado, afirma o jurista francês, nada disso sucede:

(...) os tribunais resolvem os litígios entre os particulares impondo a observância destas regras, aplicando o Direito Civil. (...) não existem regras de Direito Comparado no mesmo sentido como há regras de Direito Civil ou de Direito Penal; as regras de Direito Comparado, se se pode empregar esta expressão, não são feitas para governar a conduta dos cidadãos, das pessoas de Direito Público ou do Estado; o Direito Comparado não é parte do Direito Positivo de uma determinada nação, do mesmo modo que o Direito Civil, o Direito Administrativo, ou o Direito Internacional Privado ou Público (DAVID, 1950, p. 53-54).

Assim, conclui o professor René David que o Direito Comparado nada mais é, realmente, que o método comparativo no domínio das ciências jurídicas, não assumindo caráter de cientificidade própria (KUHN, 1962, p. 27-29). Ora, o que faz de uma ciência receber tal título é ter método e objeto próprios. Em outras palavras, portanto, para esse autor, o Direito Comparado não teria nem método próprio, vez que seria ele próprio o método, nem um objeto claro e capaz de distinguir-lhes das demais ciências jurídicas.

Junto a essa posição, encontramos o professor potiguar Edgar Carlos de Amorim, que asseverava categoricamente não existir um Direito Comparado, mas somente um método comparativo, afirmando:

Direito pressupõe a ideia de aplicação e o chamado direito comparado nada mais é do que um sistema de pesquisa através do qual o experto, após examinar dois institutos, desde as suas origens, indo da causa ao efeito e do efeito à causa, isto é, aplicando ora o método dedutivo, ora o método indutivo para finalmente chegar à verdade perquirida, ou seja, à identidade existente entre um e outro (AMORIM, 1988, p. 9-10).

Seguindo a mesma lógica, o prof. José Guillermo Vallarta Plata defende o posicionamento da não existência do Direito comparado:

La conclusión a que se ha llegado, es que el Derecho Comparado no existe, lo que hay es la posibilidad de emplear el método comparativo em las ciencias jurídicas. De acuerdo com esto criterio, los comparativistas son juristas, quienes, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear con provecho el método de la comparación ( PLATA, 1998, p. 02).

A corrente ora apresentada toma o Direito Comparado por método de trabalho porque ele permite a comparação de institutos, conceitos ou outros elementos dos sistemas de direitos ou jurisdições em exame. Com efeito, não há como o comparatista escapar ao exame de contraste entre os elementos jurídicos avaliados, quaisquer sejam, uma vez que o cotejo se torna inevitável e até mesmo querido por esse pesquisador.

Por certo, enquanto caminho metodológico, o Direito Comparado estabelece uma série de elementos necessários a uma comparação efetiva, e seus objetivos podem variar conforme o interesse e/ou necessidade do pesquisador e seu próprio sistema jurídico. Em todo caso, o que parece não ser de todo acertado é reduzi-lo à condição de mero caminho, quando dados não faltam a indicar que seja mais que uma singela vereda no Grande Sertão da ciência jurídica.

## **2.4 O Direito Comparado como Ciência**

Uma ciência, entre outras possíveis acepções, é um tipo de conhecimento que conta com a sistematização e a organização de seus componentes, e, tem objeto e método próprios (KUHN, 1962, p. 27-29). Não há dúvidas de que existem diferenças profundas no modo de ser das ciências naturais e exatas, como a Biologia, a Matemática, etc, e, das ciências sociais, como a Antropologia e o Direito, por exemplo. No entanto, ainda que utilizando-se essas variadas ciências por caminhos diversos de construção científica, há que se reconhecer que, em verdade, mais há que as aproxime que as separe, justamente devido ao rigor metodológico adotado por todas elas.

A cientificidade do Direito, que já foi muito questionada durante o séc. XIX, hoje recebe grande credibilidade, graças ao seguimento do rigor metodológico das ciências mais duras (utilizando seu próprio caminho, por certo).

O austríaco Hans Kelsen em muito contribuiu nesse sentido, por apontar o objeto do Direito: a norma, ponto de partida do jurista (KELSEN, 2009, p. 72); e, por discorrer da defesa de um método para o operador do Direito. No tempo, a fórmula

kelseniana foi a subsunção, isto é, um método lógico, em que as premissas (lei e fato) somar-se-iam e resultariam na norma a ser aplicada no caso concreto.

Ainda que tenha sido bastante modificada, em razão da adequação às novas realidades, a fórmula kelseniana, junto à cientificidade do Direito, tornou-se uma hegemonia.

E, assim como a própria ciência do Direito, o Direito Comparado constitui um ramo autônomo. Em primeiro lugar, porque não existe uma única maneira de comparar, portanto o Direito Comparado não pode ser reduzido a um único método. Sobre isso, explica o prof. Rodolfo Sacco:

Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método da comparação (poque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de observação" (SACCO, 2001, p. 30).

No mesmo sentido, pela cientificidade do Direito Comparado, o professor Quirino Ribeiro na obra "Educação Comparada – Conceito, Evolução, Métodos":

O fato de a disciplina se utilizar, obrigatoriamente, do método comparativo não a reduz a este, até porque a comparação é o ato final de um estudo comparativo. Antes de alcançá-lo deve, o comparatista, coletar e interpretar fatos e, para tanto, utilizar-se-á de outros métodos, advindos de outros campos científicos. A orientação teórico-metodológica de um estudo comparativo em educação poderá provir da História e da Sociologia, sem que, por isso, deva a disciplina confundir-se com tais ciências (RIBEIRO, 1989, p. 21).

Depois, pode-se aventar o caráter independente do Direito Comparado por suas finalidades, como faz o professor Lucio Pergoraro:

El Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando para este fin también el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las diferencias, de classificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescritibilidad (PERGORARO, 2001, p. 14).

O grande jurista e magistrado francês Marc Ancel, na sua célebre obra "Utilidade e Métodos do Direito Comparado", toma partido diverso de seu compatriota René David, asseverando ser ciência o Direito Comparado, indicando como fundamentos para sua posição, dois inegáveis fundamentos: o primeiro, relacionado à construção de uma comparação em termos geográficos, senão vejamos:

A análise dos grandes sistemas jurídicos em vigor constitui ou tende a constituir um a geografia análoga, ou, mais exatamente, paralela à história

das instituições jurídicas. Esta dimensão geográfica da pesquisa comparativa revela-se, incontestavelmente, de caráter científico (ANCEL, 1980, p. 50).

Continua o jurista, demonstrando, como segundo fundamento, que a sistematização é outro grande divisor de águas na cientificidade do Direito Comparado:

Se distinguirmos a utilização ocasional da comparação, e a utilização sistemática do método comparativo, percebe-se, facilmente, que esta nada mais é que o método de uma ciência que, mesmo se se admitir não ter ela objeto próprio no início, chega-se ao termo da pesquisa, a um resultado, a um produto que se torna um objeto de ciência específica (ANCEL, 1980, p. 50).

Ancel revela que o uso do método leva à dedução de um conteúdo científico novo, vindo a ser a matéria de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados, e, então, eis a característica mais fundamental de uma ciência (ANCEL, 1980, p. 50).

## 2.5 O Posicionamento de Ivo Dantas

Na obra “Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado”, o jurista francês Leontin-Jean Constantinesco aduz que “a vida de nosso ordenamento jurídico constitui somente uma pequena parte de uma entidade mais ampla no espaço e mais estendida no tempo” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 04). De fato, o jurista que se prende unicamente a sua realidade jurídica nacional está preso numa caverna platônica, iludido com as sombras do que pode ser a verdade. É necessário, para uma compreensão mais expansiva do mundo ao menos conhecer outros modos de ordenação normativa construídos pelas outras civilizações ao redor do globo.

Como consectário dessa consciência mais ampla, Ivo Dantas traz para o bojo da doutrina constitucional brasileira a obra magna de seus estudos comparatistas: *Novo Direito Constitucional Comparado*, publicado em 2010. Naquela ocasião, o autor começa suas explanações a respeito da natureza do Direito Comparado evidenciando, para tanto, uma diferença linguística elementar para o jurista que se pretende um comparatista, qual seja, a distinção entre Direito Estrangeiro e Direito Comparado.

Ora, apesar de muitos escritores autointitularem-se comparatistas, quando se adentra a seara de seus textos, muitas vezes se percebe, com uma angustiante surpresa, que, em verdade, tratou-se ali de apenas elencar elementos e institutos do Direito Estrangeiro. Isto é, conceituou-se, explicou-se, a respeito do chamado Direito Alienígena, mas, em momento algum realizou-se a efetiva comparação entre o direito novo estudado e o direito nacional, não se cotejando suas estruturas e bases fundamentais.

É necessário que o pesquisador em Direito Constitucional Comparado não apenas construa o inventário do Direito Estrangeiro, demonstrando seus institutos e explicando-os dentro do seu campo de observação (sempre limitado quando estudado separadamente), mas, ao cabo de tal empreendimento, diferencie a fundação do direito alienígena e do direito interno já conhecido e apresentado. É necessário que o comparatista avance na perquirição, mostrando as diferenças sociais, históricas, econômicas, sociológicas, fundacionais e jurídicas existentes entre os dois sistemas, de modo a justificar a divergências entre os caminhos escolhidos por cada sistema jurídico constitucional.

Essa diferenciação entre a pesquisa com objeto no Direito Alienígena e a pesquisa em Direito Comparado propriamente dita é que permitirá o correto entendimento da distinção entre o Direito Comparado como método e o Direito Comparado como ciência. Isso porque, se considerarmos apenas o Direito Estrangeiro, estaremos diante tão somente de uma possibilidade de Direito Comparado, um estudo que, para o comparatista, é somente precursor do que poderá vir a ser, se terminada a efetiva comparação, Direito Comparado.

Partindo, então, dessa distinção elementar entre Direito Alienígena e Direito Comparado, o autor em telademonstra que é o Direito Comparado, ao mesmo tempo, um método e uma ciência.

Um método, sim, porque consiste num procedimento ordenado e sistemático com o escopo de ampliar os conhecimentos do jurista que a ele se dedica. E, igualmente, uma ciência autônoma, porque, a partir do emprego do método comparativo, procura compreender as relações entre as ordens jurídicas, desvelando sua real natureza, além de constituir uma disciplina de clara autonomia didática. Sobre este último ponto, informa o constitucionalista:

Na segunda perspectiva – *autonomia didática* – esta, igualmente, existe, sobretudo, nos cursos de Mestrado e Doutorado, para não falarmos no

cultivo do Direito Comparado em diversas instituições internacionais criadas com este único objetivo.

Em síntese, aplicando-se o raciocínio desenvolvido, **podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como *método* apenas** (DANTAS, 2010, p. 102).

**Grifo nosso**

Assim, dentro da linguagem comparatista, quando o pesquisador faz referência ao termo *Direito Comparado* está simultaneamente referenciando a ciência e o método. Referencia-se o método quando coordena seus dois objetos (Direito Nacional e Direito Estrangeiro) para uma futura comparação; e, referencia o pesquisador a ciência do Direito Constitucional Comparado quando constrói efetivamente os liames entre os dois sistemas e institutos jurídicos.

### 3 ASCENSÃO HISTÓRICA DA SOBERANIA DA LEI NA FRANÇA

#### 3.1 O Período Anterior à Revolução Francesa

Realizado o posicionamento metodológico, importa destacar os antecedentes históricos motivadores a um sistema de controle constitucional tão reticente aos juízes. O território de ascendência gaulesa, malgrado tenha em grande medida iniciado muitas categorias do pensamento constitucional ocidental, concomitantemente refutou-se por muito tempo, pelas boas razões que seguem, a aceitar que uma instância delegatária de poder (e não representativa dele) use a balança da constitucionalidade das normas e atos normativos.

A França, sendo um dos nascedouros do constitucionalismo – tratado este na acepção de um “movimento político-social historicamente remoto que objetivava, principalmente, limitar o poder arbitrário” (BARROSO, 2009, p. 7-8) –, muito antes de ser o palco da Revolução Francesa de 1789, já enfrentava conflitos políticos desde as Guerras Religiosas da segunda metade do séc. XVI. Tais conflitos, mais tarde, são apontados como os iniciais explicativos de seu peculiar modo de controle de constitucionalidade hodierno.

Apesar de tanto huguenotes quanto católicos considerarem o poder do rei uma instituição divina, aponta Nicola Matteucci o período das Guerras Religiosas mais complexo, uma vez que, junto ao conflito religioso, expressava-se também um conflito político. Sobre isto, assevera o politólogo italiano:

En efecto, por un lado, entre los católicos y los calvinistas estaban los herederos de Erasmo. Éstos esperaban todavía un concilio nacional que restableciese la unidad de la Iglesia, o profesaban un espíritu irenista teniendo como punto ideal de referencia la defensa de la tolerancia de Sebastián Castellio. Por otro lado, estaban los *politiques*, equiparados por las dos partes en lucha contra los ‘libertins, épicuriens et athéistes’. Éstos concebían la tolerancia como un *instrumentum regni*, como una medida de realismo capaz de impedir la destrucción del Estado (MATTEUCCI, 1988, p. 44-45).

Após a “Noite de São Bartolomeu” (1572), estabeleceu-se ali a vitória dos reis católicos, findando-se a ideia de uma monarquia moderada e tolerante, como defendiam os *politiques*. A tendência da consolidação do poder absoluto do monarca, e, em consequência, a obediência a seus magistrados, lograva vencedora de uma vez por todas (ao menos aparentemente). A tendência de consolidação do poder do rei era inclusive amparada pelo surgimento de novas categorias jurídicas criadas

pelos pensadores da época, máxime o filósofo Jean Bodin e a ideia de soberania (MATTEUCCI, 1988, p. 73). A inovação jurídica de Bodin, com o descobrimento da soberania, colocava o rei numa nova condição de respeito e temor face aos outros órgãos, incluindo aos órgãos de promoção da Justiça.

Ao mesmo tempo que os monarcas cuidavam de majorar seu poderio material por meio dos aumentos sucessivos na quantidade e qualidade de impostos, além de crescerem seus exércitos e territórios, estendiam-no ainda mais por meio da avocação, para si, do serviço da jurisdição.

Ao passo que se tornou das mais reconhecidas funções reais, o direito real de servir à Justiça foi paulatinamente sendo delegado a outros agentes, uma vez que o rei, sendo apenas um, não poderia pessoalmente a todos atender. Daí, os então delegados que haviam substituído diretamente o monarca em Paris foram formando um corpo chamado “Parlamento”. Seus integrantes, diga-se, embora conservassem o título de conselheiros, eram separados do conselho real.

O Parlamento de Paris tinha a função de julgar em grau recursal todos os processos cíveis e criminais que houvessem passado pelos tribunais inferiores de todo o território de domínio do rei à exceção da Normandia e de Languedoc, que, guardavam outras tradições (SEIGNOBOS, 1938).

Os encarregados do rei, esparsos nos demais locais, continuaram a ser cavaleiros nobres severamente avessos ao trabalho da escrita, tão necessário a um tribunal. Assim, faziam-se substituir por dois intendentess, o intendente civil, para os processos entre particulares, e o intendente penal, para as questões de cunho criminal. Em geral, eles eram burgueses com estudos em Direito que compareciam vestidos em togas (daí “juízes togados”), e faziam-se ajudar pelos mais antigos advogados do tribunal, não sendo raro que estes redigissem as próprias sentenças. Sobre as formalidades impostas pelos intendentess nesse período, acrescenta Alexis de Tocqueville:

Nesse contexto, os litigantes não tinham o direito de vir explicar pessoalmente as suas questões perante o tribunal; eram representados pelos procuradores que preparavam os processos e pelos advogados que o defendiam (TOCQUEVILLE, 2016, p. 31).

Antes dessa realidade de unificação pelo poder monárquico, havia, na França, uma espécie diferente de tribunal para cada categoria de pessoas: a Corte do Senhor para os nobres vassaloss, outra justiça para os camponesses, a corte dos burgueses para as pessoas da cidade, e tribunal da igreja para os clérigos. Cada

tribunal julgava de acordo com um costume, que diferia não apenas em relação à condição da pessoa sujeita à justiça, mas também conforme a localidade: a tradição mais ao norte e o direito escrito mais ao sul. E esse regime só foi se transformando na medida em que os julgamentos passaram a ser ditados pelos juízes profissionais, e os processos defendidos pelos advogados que haviam estudado o direito romano.

Ocorre que a Justiça realizada pelos Paramentos no séc. XVI não guardava maiores preocupações com o valor da justiça, de modo que todas as “justiças” dos senhores feudais, por baseadas na sua categoria de proprietário, conservavam o direito de julgar os habitantes do domínio; o juiz nomeado pelo senhor, a maioria das vezes ignorantes do Direito, continuava a explorar os camponeses por meio das custas do processo e das multas, e assim sucessivamente. Das sentenças destes juízes de aldeia, até se podia apelar para o juiz real, que tomava por conselheiros os advogados de seu tribunal, mas, não era algo corriqueiro (SEIGNOBOS, 1938).

É somente no reinado de Frederico I que a prática da justiça foi transformada no reinado de Frederico I por duas inovações de grande alcance. Os atos judiciais, até então redigidos em latim, passaram a ser redigidos em francês, a língua nacional, e os processos civis dos leigos, antes julgados pelo tribunal eclesiástico, foram atribuídos aos tribunais seculares do rei.

No reinado de Luís XIV (1661-1715), outras mudanças na seara jurídica deixaram seu legado no histórico do controle constitucional daquele país. O rei conservou alguns dos chamados conselhos, compostos pelos juízes de toga, estudiosos do Direito. O *Conseil D'État*, encarregado ao mesmo tempo de preparar as ordenações e os regulamentos e de julgar e os processos entre os particulares e o Estado, sobreviveu desde sua criação até os dias atuais com, basicamente, as mesmas atribuições que tinha inicialmente (MARQUES, 2001, p. 48-51).

Dessa maneira, após tais reformas, a autoridade dos reis na resolução de conflitos era exercida de forma mais tímida e menos aparelhada. O Parlamento de Paris então passou impune aos conflitos constantes com os ministros do rei nesse período. Acabou por se intitular o órgão representativo da nação francesa e reclamou a si o poder de livremente verificar os editos de criação dos impostos (equivalentes às leis), o que implicava poder recusar a própria criação tributária. Ou seja, criado como uma instância técnica de aplicação legal, terminou, após sucessivas alterações, por se autodeclarar “guardião das leis fundamentais do reino” (TOCQUEVILLE, 2016, p. 80). Mesmo o defensor célebre da monarquia, Edmunde

Burke, teceu o comentário de que “esses Paramentos impuseram, senão os melhores, pelo menos consideráveis corretivos aos excessos da monarquia” (BURKE, 2016, p. 192), mas, justamente por não ter seguido a esses limites, a revolução viria à tona de maneira inevitável.

Então, os conflitos entre os ministros do rei e o Parlamento continuaram acirrando-se a cada divergência, a cada baliza realizada pelo Parlamento de Paris, até o momento em que o ministro real René-Nicolas de Maupeou (1768-1790), numa situação de aproveitamento da oportunidade, substituiu o Parlamento de Paris por vários tribunais formados de juizes de sua indicação, dóceis as suas vontades (TOCQUEVILLE, 2016, p. 89-91).

Esses tribunais de exceção fizeram com que o príncipe dominasse os novos juizes e a técnica jurídica, até então largamente difundida na França, passasse longe ao voluntarismo político recém-instalado. Nesse esteio, afirma o ex-membro da Assembleia Nacional Constituinte da França:

Quem lê os decretos e declarações do rei publicados no decorrer do último século da monarquia, como também os decretos do Conselho promulgados na mesma época, não encontra muitas atas em que o governo, após ter tomado uma medida, não acrescenta que as contestações que poderia gerar e os processos que poderia provocar exclusivamente da alçada dos intendentes e do conselho. A fórmula habitual é a seguinte: ‘Sua Majestade manda, além do mais, que todas as contestações que poderão surgir quanto à execução do presente decreto, circunstâncias e dependências sejam apresentadas ao intendente para que as julgu, exceto quando houver recurso ao conselho. Proibimos aos nossos tribunais e cortes de justiça que deles tomem conhecimento (TOCQUEVILLE, 2016, p. 93).

A organização judiciária, assim, passou a ser majoritariamente subordinada aos interesses nobiliárquicos, pouco comprometida com valores de justiça, e, voltada à manutenção da exploração do Terceiro Estado através dos tributos.

É, entretanto, com a quarta vacância de sucessão real, originada pela morte de Luís XIV e seu período regencial, que começam os levantes revolucionários que vão culminar, mais tarde, na Revolução Francesa. Podem ser identificadas, pulverizadas no séc. XVIII, os embriões das ideias políticas que contestavam a sociedade estamental, repleta de injustos privilégios, gerada pela monarquia absolutista francesa, a saber: Diguít, Jellinek, Solari, e, principalmente Jean-Jacques Rousseau são os principais autores dos escritos nesse sentido. Sobre isto, aponta Raul Machado Horta:

Evidentemente, os revolucionários de 1789 não leram apenas na cartilha de Rousseau, mas nela foram colher algumas noções fundamentais de seu ideário político. Dentre elas, com as consequências que acarretaram, o culto

e o respeito religioso pela lei, erigida em solene “*expression de la volonté générale*”. Para os homens de 89, como para Rousseau, “*la loi ne peut être injuste*”(HORTA, 2010, p.144).

Também o filósofo irlandês Edmund Burke, embora, como dito, reconhecido por seu arraigado conservadorismo anglo-saxão, escreveu em suas Reflexões sobre a Revolução Francesa, que:

o governo, com o poder público, com a disciplina e a obediência dos exércitos, com o recolhimento e a boa distribuição dos impostos, com a moralidade e a religião, com a solidez da propriedade, com a paz e a ordem, com os costumes públicos e privados. À sua maneira, todas essas coisas são bens, e se elas vierem a faltar, a liberdade deixa de ser um benefício e perde a chance de durar muito tempo (BURKE, 2016, p. 64).

Foi a morte de Luís XIV (1715) e o contestadíssimo período regencial que permitiu às instituições francesas tradicionais reivindicar seus antigos direitos e realizar também novos pedidos. Fez, assim, reabrir tanto o debate político quanto o constitucional. A vida política, com discussões em diversos campos, efervesceu e, com ela, novas discussões a respeito da constituição da França e a possibilidade de reformá-la. Se antes a autoridade real fazia impedir a certos peticionamentos, com a regência até mesmo pedidos de reformas fiscais foram intentados (MATTEUCCI, 1988, p. 217).

A publicação, em 1748, de “O Espírito das Leis”, de Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, levantou a polêmica contra as tendências despóticas da monarquia francesa, propondo um novo ideal de monarquia equilibrada. Montesquieu afirma, entre outros pontos igualmente relevantes, que o governo com prevalência das leis fundamentais é o que distingue qualitativamente a monarquia do despotismo (MONTESQUIEU, 2015, p. 82).

Além disso, a exigência de juízes autônomos e independentes dos nobres também é forte no arcabouço teórico da revolução francesa, revelando a insatisfação geral com a classe. Era premente que os julgadores não tivessem atividade criativa na interpretação das normas, e, sobretudo, que não estivessem ligados aos que legiferam, que criam a norma.

Como se depreende, o rompimento com a ordem anterior (de obediência temerária aos reis e seus magistrados) é completa e profunda nesse período revolucionário. Não somente passou a admitir-se a lei como expressão de uma vontade nacional, democrática, como também entendia-se a lei como uma instância incapaz de equívocos, uma vez que era a personificação da vontade geral

democraticamente expressa pelo Parlamento, que agora tinha representação pessoal e não estamental, como antes da revolução.

Corroborando com esta posição de infalibilidade legal, é notável a própria linguagem trazida pelos documentos desse período: “a lei é expressão da vontade geral, representada pelo Parlamento” (art. 6º, Declaração de Direitos de 1789), “a imutabilidade é a primeira característica de uma boa legislação” (Cambacérès, 1792), “não pode haver na França autoridade superior à lei” (art. 3º, Título III, Cap. II, da Constituição da República Francesa de 1791).

### 3.2 O Novo Papel do Legislativo

O Poder Legislativo, consubstancial à vontade popular soberana e as suas raízes também jacobinas, tinha como dogma o princípio da supremacia da Assembleia e a imagem do magistrado como simples executor das leis parlamentares (*le bouche de la loi*, a boca da lei, sendo a expressão mais famosa), impedido de interpretar as normas, não cabendo falar-se em discricionariedade, em atuação judicial, ou nada do gênero. Tratava-se, portanto, de um culto exagerado à lei, a um legalismo formalista, em que o juiz esbarrava nas fronteiras de uma aplicação mecanicista das normas-regras jurídicas, reduzindo a atividade jurisdicional à interpretação estrita e literal da lei escrita pelo Parlamento, este sim, soberano.

A estipulada nova cosmovisão da Constituição como um instrumento escrito (porque acreditava-se ser isto um elemento garantidor de segurança jurídica), e não um conjunto de costumes tradicionais como na *Common Law* inglesa, faz com que esse novo meio de expressão nacional rompa com o passado, dirigindo-se ao futuro do Estado, baseando-se em valores burgueses individuais.

Na nova organização judiciária da nação francesa, a unidade não mais estava contida na obediência a um mesmo rei, mas na uniformidade e legitimidade das instituições aceitas pelos representantes de cada região na aplicação dos princípios comuns de liberdade, igualdade, fraternidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão resumia bem esses princípios numa fórmula de direito natural: “os homens nascem e morrem iguais em direitos”. E então, o epíteto real foi substituído pelo nacional (SEIGNOBOS, 1938, p. 333).

Vale-se ressaltar que o período pós-revolucionário foi marcado por, inicialmente, ter autoridades públicas recrutadas nos Estados Unidos da América (por eleições diretas ou em dois graus) para a administração das unidades nacionais francesas, e, como conseqüência disto, juizes e administradores de departamentos e distritos foram elegidos inicialmente pelo sufrágio. A Revolução dava a todas as regiões francesas administrações eletivas autônomas, inteiramente independentes do poder central, como nos EUA, e conferia-lhes o poder efetivo de manter a ordem, o poder de polícia, e de cobrar impostos (SEIGNOBOS, 1938, p. 335). Os elegidos, é claro, eram autoridades locais conhecidas, e, o sistema de sufrágio para lotação de servidores não duraria muito, mas, serviu-se à clareza da profundidade do rompimento erigido com a Revolução Francesa.

A Justiça, como sinal distintivo do novo regime, foi declarada gratuita, e remodelada de maneira a abreviar os processos, tornando-os mais simples, e a diminuir-lhes os custos também (SEIGNOBOS, 1938, p. 337).

A passagem para o Estado de Direito, com prevalência da Lei feita por parlamentares eleitos foi permeada de percalços e tentativas de diversos modelos. A centralização administrativa também foi paulatina, seguindo a medida do desvencelamento com as relações, antes estreitas em demasia, com os Estados Unidos (SEIGNOBOS, 1938, p. 338).

À vista disso, pode-se inferir duas assertivas. Primeiro, porque está-se a falar do nascimento do Estado Liberal, não se pode aventar outra espécie de direitos fundamentais que não os individuais, os ditos direitos fundamentais de primeira geração. Segundo, o nascimento desse primeiro rol de direitos civis clássicos com *status* de norma constitucional não os isentou de um *déficit* de eficácia (SARMENTO, 2021, p. 113). Ora, a única efetividade dos direitos fundamentais que poderiam ser aventadas no contexto revolucionário de 1789, é quanto aos direitos individuais expressamente consagrados em leis infraconstitucionais codificadas, pois, se os juizes não interpretavam a lei, por proibição da nova ordem estabelecida, sequer poderiam adequar leis aos mandamentos constitucionais.

As tradições francesas de desconfiança nos juizes, de superioridade das leis do Parlamento, bem como, a tradição refratária ao controle da constitucionalidade de normas, portanto, tem origem nesse período. Mesmo após os esforços de codificação, e sua profusão normativa, a jurisprudência dos tribunais franceses,

tivessem eles natureza judicial ou administrativa, reiteradamente negava sua competência ao exame desse controle.

Assim, no legado constitucional francês, juízes eram majoritariamente vistos como baluartes simbólicos da nobreza em decadência. Com o estabelecimento da República, então, passa a se pensar nos magistrados como a mera “*bouche de la loi*” (MONTESQUIEU, 2015, p. 75), isto é, como aplicadores de um método interpretativo limitado ao cotejamento de situações concretas (premissa menor) com a lei (premissa maior), para alcançar-se uma conclusão terminativa (dispositivo de sentença). Dessarte, sempre que um caso concreto estivesse encaixado à hipótese normativa, não faria o juiz mais que aplicar o comando legal, sem nenhuma elucubração de ordem moral ou político sociológica.

A supremacia do Parlamento, então, manifestava-se na atuação dos órgãos de natureza jurisdicional, e, também na atividade da Administração Pública. Fato amplamente conhecido (sobretudo entre os administrativistas) é que a França possui uma espécie de bifurcação entre suas Justiças: uma é a Justiça do Poder Judiciário, de natureza jurisdicional, portanto; outra, é a Justiça Administrativa, responsável pela promoção do interesse público (LAMBERT, 1921, p. 28-31).

Enquanto sob os juízes impera o princípio da inércia judicial, só permitindo-os atuar quando provocados, paira sobre a instância administrativa a supremacia do interesse público, princípio que permite à Administração agir inclusive de ofício (não obedecendo ao que chamamos inércia judicial) em nome desse interesse coletivo. Para essa segunda espécie de executores normativos, igualmente vedada a interpretação criativa.

Exemplificativo da cosmovisão da época é o art. 10 da Lei de 24 de agosto de 1790, segundo o qual os tribunais não poderiam interferir nem no Poder Executivo, nem no Parlamento, sequer poderiam impedir ou suspender a execução de decretos parlamentares. Além disso, a lei previa, em caso de dúvida suscitada pelos juízes, que a interpretação das leis fosse realizada pelo próprio legislador. No mesmo ano, a lei de 1º de dezembro criou o chamado *Tribunal de Cassação*, um órgão auxiliar ao Poder Legislativo, que, mediante *recurso de cassação*, conferia supostas transgressões dos magistrados à autoridade da Lei, e, caso verificada a mácula, o Tribunal cassava a decisão com remessas ao juízo de origem para retratação e prolação de nova sentença conforme (HAURIOU, 1929, p. 272).

Erigia-se assim o Estado de Direito Legislativo, cujo critério último de averiguação da validade do ordenamento jurídico era o princípio da legalidade. A validade de uma norma repousava-se na autoridade que a confeccionou, e não na sua capacidade de ser justa, como passou a ser validada a norma após mudanças históricas ocorridas já no séc. XX.

Após a Revolução Francesa, foi concluída uma nova fase do constitucionalismo ocidental, em que um novo modelo de governo ganhou força: o modelo democrático. Limitações ao poder estatal foram impostas pelo texto constitucional, e mesmo as instituições sobreviventes ao Antigo Regime passaram a funcionar de modo diverso. A democracia foi alçada ao patamar de sobreprincípio nas constituições liberais, e o Estado de Direito, isto é, a ideia de que o império é do Direito, deve instrumentalizar a efetivação da democracia. A nação, força criadora da revolução, protagonizava os atos públicos e a estrutura do estado recém-reformado.

Os modelos de governo no sistema político-democrático que sucedeu as constituições liberais foram basicamente de três tipos, segundo o politólogo italiano Nicola Matteucci:

a forma de governo do regime presidencial, que tem como referencial a Constituição dos Estados Unidos da América; o regime assembleísta, que encontra suas formulações em alguns momentos da Revolução Americana e sobretudo na Revolução Francesa, em que são extremamente altas as participações e a mobilização política; e, o parlamentarista, que tem sua primeira origem na Inglaterra (MATTEUCCI, 1998, p. 287).

O critério utilizado pelo autor para diferenciar esses modelos de governo é amparado da teoria da separação dos poderes. No modelo presidencialista, o protagonismo é do Poder Executivo. Os poderes do Presidente se legitimam por derivarem diretamente do povo, eles só podem ser removidos do governo por “impeachment”., e são dotados do poder de veto, sem o qual poderia ser aniquilado pelo Poder Legislativo.

Com efeito, na França pós-revolucionária, fixou-se um modelo de governo democrático do tipo assembleísta. Ali, a instância do Executivo é reduzida à mera execução das leis parlamentares, sendo o Presidente pouco provido de poderes legislativos, e o Judiciário reduzido à reprodução da literalidade legal. O Chefe de Estado é um simples símbolo representativo e não existe o controle da constitucionalidade das leis da Assembleia. Se a lei era expressão da vontade da nação francesa, não havia que se falar em cotejá-la com a constituição. Além disso, a constituição ainda não havia galgado ao topo hierárquico do sistema normativo. É

somente no início do séc. XX em diante que o constitucionalismo avança nesse sentido; até então, as constituições eram cartas de promessas estatais, norteadoras dos valores adotados pelo povo ou nação constituinte, e não uma norma jurídica, dotada dos atributos de cogência e obrigatoriedade geral.

A propósito, as constituições escritas, por conterem normas de maior abstração (os princípios), não tinham a importância hierárquica que passaram a possuir após a duas Grandes Guerras do séc. XX, uma vez que o mau uso das normas-regras durante o nazifascismo fez repensar acerca da posição dos direitos fundamentais abstratos. Representativos de valores mais essenciais à dignidade humana que as regras, os princípios, previstos nas normas constitucionais, arrastaram este tipo normativo a patamar mais elevado no pós-guerras. A partir desse momento, a regra de interpretação vigente passou a ser de ler-se a regra à luz dos princípios constitucionais, em razão de seu conteúdo axiológico. Foi definitivamente a vitória do conteúdo de valor sobre o pragmatismo formal. E em decorrência das constituições serem os instrumentos desse tipo normativo principiológico, é que ascendem e se tornam a pedra de toque do ordenamento jurídico (CAMBI, 2018, p. 156).

A ordem doutrinária francesa do período revolucionário, entretanto, ainda não tinha essa complexidade, guardava a simplicidade da seguinte ideia: a nação detinha o poder, e o exercia por meio das leis exaradas pelos parlamentares eleitos por si. Cada indivíduo teria a possibilidade de, pelo voto, eleger um representante de sua vontade diante do Parlamento, e essa condição garantiria a igualdade de todos perante a criação legislativa, independentemente de sua origem.. A lei parlamentar, conseqüentemente, não faria nenhuma distinção entre os cidadãos, vez que sua criação também obedeceria ao critério democrático e paritário.

E assim, entendia-se que a lei era soberana por representar a vontade do povo no Estado instituído. O Executivo, poder com menor expressão nesse modelo de governo, constituía-se no mero delegado do povo, incumbido da Administração Pública, agindo somente conforme os ditames legais democráticos. E, o magistrado, por seu turno, inerte até a lide, agiria somente para enunciar o comando normativo, repetindo-o, sem a possibilidade de outro método interpretativo que não o literal.

Essa preocupação em estabelecer limites claros entre as atuações de cada um dos três poderes republicanos, reflete a preocupação central do primeiro momento da república: fazer valer a doutrina da separação de poderes. Ora, seria

somente pela divisão entre as funções republicanas que seria garantida a supremacia legal. Isso porque o sistema de freios e contrapesos, na prática, faria remeter ao absolutismo do antigo regime. A primeira meta era limitar o poder, antes soberano, repartindo-o, e, imiscuindo-os, esse escopo estaria comprometido.

Naturalmente, a ideia de separação estanque e extrema entre os poderes republicanos não duraria muito tempo, e levou a França a uma verdadeira ditadura do Legislativo. Nesse sentido, acrescenta o constitucionalista espanhol M. J. C Vile em sua análise:

*La insatisfacción ante los resultados de la separación extrema de poderes llevó a los teóricos franceses a resaltar la unidad del poder dentro de un Estado equilibrado; sin embargo, durante el período histórico de la Tercera y la Cuarta Repúblicas se hizo evidente que este equilibrio sólo se mantendría si se establecía en Francia un nivel mayor de separación de funciones y personas. La Constitución de la Quinta República representó un intento de plasmar esa combinación de la separación de poderes con el sistema de frenos y contrapesos, aunque un examen atento lleva a dudar de la sinceridad de sus creadores cuando declaraban que su deseo era conseguir el verdadero equilibrio entre los poderes del Estado (VILE, 2007, p. 269).*

Com efeito, a França percorreu um longo caminho até a admissão de que a ideia de soberania legal estava conduzindo a uma autocracia da lei parlamentar. As maiorias parlamentares, formadas pelos mais influentes, terminava por legislar contra minorias sem maior representatividade parlamentar, ou, sendo indiferente aos seus legítimos interesses. Até a Quinta República muitos foram os percalços constitucionais. Para o início da construção de um equilíbrio possível entre os poderes, as experiências e influências internacionais foram inúmeras.

Não é à toa que longo é o debate em França a respeito de ser ou não a Autoridade Judiciária um poder. Autores há que defendam não ser um poder propriamente porque os magistrados são extraídos do corpo social, e não de uma instância democrática permanente (VILLIERS, 1998). E há, noutra senda, os que entendem ser a função jurisdicional um poder, sim, pois não existiria, “no Estado unitário, nenhum centro autônomo de poder fora do governo central, constituindo-se a divisão de poderes numa base exclusivamente funcional” (BOBBIO; MATTEUCCI, PASQUINO, 2009, p. 91).

A despeito de tal discussão doutrinária, ganhou força a posição de Bobbio, a partir da Quinta República. O conceito de um Estado com funções equilibradas talvez ainda não tenha ocorrido na prática francesa, mas, a previsão constitucional, sem dúvida, demonstrou dar um passo em direção a uma nova posição ideológica.

Os artigos 16 e 62 da Constituição da Quinta República Francesa não deixam dúvida sobre isso:

**Art. 16.** Após 30 dias de exercício dos poderes excepcionais, o Conselho Constitucional pode ser convocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores para examinar se as condições enunciadas no primeiro parágrafo continuam em vigor (...).

**Art. 62.** As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2018).  
Tradução livre. Grifos nossos

A criação do Conselho Constitucional, cujas decisões impõem-se aos poderes e autoridades públicas em todo o território, sobretudo após as mudanças por que passou este órgão desde sua criação até os dias atuais, denotam a nova fase do constitucionalismo francês: mais aberto e menos refratário ao controle valorativo das leis parlamentares.

## 4 A ESTRUTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA

### 4.1 Admissibilidade de um Controle Normativo

Fortemente marcada por seus conflitos e revoluções, a história do constitucionalismo francês segue de mãos dadas aos adventos sociais e políticos circundantes. Sem dúvida, a Revolução de 1789, além de indicar o início da Modernidade, foi o evento mais marcante para seu constitucionalismo, e para o constitucionalismo ocidental, pois representou a eficácia e a legitimidade de uma forma limitadora do poder estatal. Antes aterrorizados pela fome assoladora do Antigo Regime, os franceses, de forma inédita, começava a experimentar garantias mínimas do cidadão face ao Estado, muito maior e mais aparatado.

Contando desde a primeira Constituição Francesa, em 03 de setembro de 1791, o país totaliza 14 constituições escritas já editadas. É o país das constituições (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 296). Os percalços históricos por que passaram os franceses ensinaram técnicas e modelos estatais e governamentais, que, eles foram testando e aprimorando ao longo do tempo em seus textos constitucionais, até que chegassem ao modelo constitucional *standard* que têm hoje, e que tanto tem a ensinar e enriquecer o debate sobre a justiça constitucional.

De mais a mais, alguma capacidade de mudança e também a prática de revisão interna de seus modelos jurídicos a partir do estudo de seus vizinhos é um fenômeno que ocorre tempos em tempos na França. Aprendeu com a independência norte-americana, experimentou inicialmente copiá-los, e, não obtendo êxito na mimese, engendrou formas próprias de administração pública e de funcionamento parlamentar; Montesquieu pesquisara quase que exaustivamente os modelos governamentais ingleses antes de escrever sua obra-prima, *Do Espírito das Leis*. Isso somente para exemplificar, pois a França também é uma das iniciadoras nos estudos de Direito Comparado, e, sempre esteve atenta às vivências jurídicas adjacentes, uma vez que os países do continente europeu são riquíssimos no que apresentam de institutos e formas constitucionais, sobretudo no que tange ao controle da constitucionalidade dos atos normativos.

Malgrado possa tardar em alterar um instituto ou formato interno (mesmo porque a segurança jurídica é um forte valor nacional), a França jamais deixou de atentar ao entorno em busca de aprimoramentos e análises mais profundas.

No que concerne ao controle da constitucionalidade das leis, a França adotou uma postura observatória desde o caso *Marbury versus Madison*. O nascimento do paradigma da supremacia constitucional e seu consectário, o controle de constitucionalidade, foram observados e estudados desde então, afinal, a supremacia da norma constitucional bem como o próprio Estado Democrático de Direito só são possíveis devido a um sistema que os garante.

A fundação republicana dos Estados Unidos foi permeada pela efervescência de ideias político-constitucionais: um modelo e conceituação próprios de democracia; as soluções judiciais parâmetro; o sistema presidencialista avesso à supremacia parlamentar; entre outras peculiaridades.

Mas o controle constitucional dos atos normativos foi, antes de tudo, uma construção, o resultado somado de diversos esforços que, em seus antecedentes mais remotos remontam à própria Antiguidade Clássica. Na cidade-Estado ateniense, e.g., registram-se dois tipos normativos principais: as *nomói* e o *pséfisma*, sendo que, este último deveria ser redigido conforme as primeiras, em razão de uma sabida hierarquia (CAPPELLETTI, 1992, p.51-52). Assim, os então magistrados poderiam julgar segundo a *pséfisma*, mas, desde que esta apresentasse conformidade com as *nomói*, caso contrário, não seria de aplicabilidade obrigatória.

Em Roma, sobretudo após as codificações de Justiniano, restou clara a superioridade das leis romanas, cujos destinatários eram os cidadãos romanos, e as leis feitas para os estrangeiros e não-cidadãos; e, entre aquelas, a superioridade das normas sobre a jurisprudência. A Idade Média, malgrado sua fama de Idade das Trevas, em realidade, admitia como parâmetro de superioridade normativa o direito natural, derivado da ordem divina, e, do qual todas as outras normas deveriam obter sua inspiração. Mesmo na Inglaterra, anteriormente à Revolução Gloriosa, predominou a doutrina de Sir Edward Coke, em que havia prevaleciam as normas do *Common Law* em face das leis do Rei e do Parlamento. Explicava o pensador britânico que tal estado de coisas era garantido pelos juízes, pois, podiam conferir legitimidade (ou não) às leis parlamentares no momento de sua aplicação, devendo negar, portanto, aplicação às leis parlamentares diversas da *Common Law* (CAPPELLETTI, 1992, p.58-63).

A doutrina de Coke, embora tenha sucumbido na Grã-Bretanha após o advento da Revolução Gloriosa (que estabeleceu a supremacia das leis parlamentares), terminou por influenciar as colônias norteamericanas. Era comum

que as leis promulgadas pela colônia sucumbissem nos tribunais locais, sob o argumento de que contrariavam as leis da Coroa, e, isso, aliás, foi um dos motivadores para a revolução de independência estadunidense.

A ideia de confiar a um juiz a decisão sobre qual norma será superior no cotejo entre duas normas de distintas naturezas é, sem dúvida, de inspiração em Cooke. Nessa toada, o art. VI, da Constituição dos Estados Unidos da América preconiza:

Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas de acordo com a mesma; e todos os Tratados feitos, ou que venham a ser feitos, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a Lei suprema da Terra; e os Juizes de cada Estado estarão obrigados a isso, não obstante qualquer Coisa em Contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado. (CONSTITUIÇÃO DOS EUA, 1787).

Conforme se pode observar da leitura do dispositivo, não só está declarada a superioridade da norma constitucional, como também a tarefa do controle dessa constitucionalidade está delegada aos magistrados, que passam a ter o poder-dever de fazê-lo. Neste ponto, aliás, há autores que afirmam pela construção paulatina do *Judicial Review*, como é o caso de Larry Kramer, em cuja célebre obra "*The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*", afirma ter existido, ao menos, três precedentes ao célebre *Marbury vs. Madison*.

O primeiro, em julho de 1793, em que um júri absolveu um homem acusado de crime contra o direito internacional por servir a bordo de um navio corsário francês, porque se entendeu como sendo a solução conservadora da constituição do povo. O segundo caso, em 1795, diz respeito a uma reunião popular em frente ao *Federal Hall*, em Nova Iorque, em protesto contra o *Jay Treaty*, um tratado internacional que seria desfavorável aos comerciantes e trabalhadores locais. Na ocasião, Alexander Hamilton, na tentativa de conter os ânimos, teria dito que era desnecessário o povo opinar sobre a escritura de um novo tratado, uma vez que confiariam no Presidente e no Senado para fazê-lo, e isso teria enfurecido o povo, que, segundo o autor, queria ser escutado. Por fim, o terceiro caso, em 1798, em que o povo mobilizou-se indignado contra um ato presidencial que dava a si o poder de deportar estrangeiros mesmo em tempos de paz. Segundo o pensador norte-americano, uma companhia militar da Virgínia chegou a declarar que não colaboraria com o cumprimento de tais ordens, por serem declaradamente inconstitucionais (KRAMER, 2004, *pari passu*).

Atribuindo a esses casos o status de precedentes ao *Marbury vs. Madison* ou não, a decisão de Marshall indubitavelmente consagrou a supremacia constitucional frente a todo e qualquer outro ato normativo, além de fixar a revisão judicial da constitucionalidade das leis. Assim, naquele modelo de governo, ficou estabelecido que a interpretação judicial caberia aos juízes, e estes, defronte uma lei contrária à Constituição, tem o dever de rejeitar sua aplicação. Afinal, ou a Constituição é dotada do caráter supremo e o Legislativo não tem o condão de alterá-la segundo a dança das maiorias parlamentares, ou, a Constituição não era suprema e, com isso, sucumbiria à lei ordinária parlamentar.

Entre as duas alternativas, a Corte seguiu a solução de Marshall, consolidando, de uma vez por todas, o sistema do *Judicial Review* nos EUA. É válido frisar que, por conta das circunstâncias excepcionais envolvidas no caso, o próprio Poder Executivo se viu forçado a acatar sem ressalvas a solução de Marshall, vez que este escolhera, inteligentemente, um caso de interesse republicano (partido de situação), obrigando-o a concordar com a decisão da Corte. Logo, apesar das acusações de concentração de poder nas mãos do Judiciário, retirando uma medida da soberania popular, o fato é que o embrião da *Judicial Review* já estava colocado pela própria Constituição dos EUA de 1787. Nesse diapasão escreve o professor Dirley da Cunha Jr:

Com efeito, o próprio artigo VI, cláusula 2<sup>o</sup> (a supremacy clause), da Constituição norteamericana já consagrava a supremacia de suas normas, ao prever que a Constituição é o “direito supremo do país” e ao “vincular” os juízes de todos os Estados-Membros, que lhe deverão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário. Para além disso, já dispunha seu artigo III, seção II, que o Poder Judiciário teria jurisdição “sobre todas as causas de direito e equidade suscitadas no domínio da Constituição”. Acrescente-se a tudo isso, o que prevê a Primeira Emenda àquela Constituição, aprovada em 25 de setembro de 1789, que proíbe o Congresso de elaborar leis ordinárias a certos direitos civis e políticos (CUNHA JR, 2022, p. 257).

Ocorre que, para os *Founding Fathers*, ao contrário do que ocorria na França, o Parlamento era sinônimo, não de expressão da vontade geral, como entendia a linha rousseauiana, mas, uma instância de constante potencial abuso da nação metrópole contra a tributariamente explorada colônia, de tal maneira que seria necessária uma baliza, um referencial, para que as *decisões raras do povo* (Constituição) prevalecessem sobre as *decisões dos governantes* (leis do Parlamento, cuja maioria era inglesa) (HAMILTON; MADISSON; JAY, 2016, p. 167).

Édouard L'Ambert, jurista francês expoente no estudo do Direito Constitucional Comparado, chegou a levantar a possibilidade de implantação, na França, de um sistema de controle de normas à semelhança do sistema norteamericano alertando apenas para a possibilidade de uma proeminência da atividade judicante que poderia, segundo seus receios, culminar num “governo de juízes” (LAMBERT, 1921, p. 28-31).

Maurice Hauriou, noutra senda, não vislumbrava esse risco no sistema francês, posto asseverar que a França contaria com um sistema próprio de Justiça Administrativa, capaz, segundo ele, de debelar os excessos judiciais (HAURIUO, 1929, p. 272). Na obra “As Cortes Constitucionais”, Louis Favoreu, por seu turno, afirma que precisamente é a existência da dualidade de jurisdição que teria motivado o fracasso dessa tentativa de adoção, porque, “a justiça constitucional não se divide; ora ela é difusa, mas no centro de um aparelho jurisdicional único, (...); ora ela é concentrada nas mãos de uma jurisdição constitucional única” (FAVOUREU, 2004, p. 21), não podendo resultar noutra coisa que não a insegurança jurídica constitucional se adotada no sistema francês.

Para mais, optar pelo sistema estadunidense sem considerar sua qualidade não poderia resultar num prognóstico positivo. Nos EUA, o juiz recusa aplicação à lei específica em um caso concreto, não a anula, ela continua válida no ordenamento, o que não fere, portanto, o princípio basilar republicano da separação de poderes. No modelo europeu austro-germânico, noutra prisma, anula-se a lei, isto é, o magistrado legifera negativamente, fazendo flexionar o princípio separativo (FAVOUREU, 2004, p. 27-28). No modelo estadunidense, não há, portanto, nenhum indício de prevalência do Judiciário sobre o Legislativo; ao passo que, no modelo austro-germânico, pode-se debater nesse sentido, em função da expulsão da norma controlada no ordenamento jurídico.

Essa posição de controlar a constitucionalidade notadamente vai de encontro aos ideais dos pensadores iluministas franceses, para quem os magistrados sempre foram considerados apenas agentes de um dos muitos serviços públicos. Inclusive, não obstante o advento da Revolução Francesa e as constituições que lhe seguiram, não era dado a nenhum juiz declarar a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou administrativo, os magistrados lá não intervinham de maneira nenhuma no Executivo ou no Legislativo. A doutrina da separação limitante dos poderes (ou funções) públicos fora levada a cabo, foi a ideologia dominante por séculos a fio, responsável,

inclusive pela adoção, na França, de um controle constitucional realizado por órgão não-judicial necessariamente.

A marcante Revolução Francesa alçou a ideia da soberania a ser exercida e manifestada na lei, estando as outras fontes do Direito subordinadas a ela. Então, a França, por muito tempo, não se preocupou em limitar poderes, sobretudo parlamentares, por meio do Direito, como ocorrera em outros constitucionalismos (nomeadamente o norteamericano).

No que tange a outros países do continente europeu, sobretudo Alemanha, Itália, Áustria, Espanha e Portugal, embora conhecessem as ideias do constitucionalismo norteamericano desde há muito, foi somente após a II Guerra Mundial (e após o horror nazifascista, portanto) que buscou-se uma remodelação da *jurisprudência dos conceitos* (STRECK, 2018, p. 54-56).

Quando se percebeu (e a que custo) que o Direito tão somente não seria um sistema autossuficiente na promoção da Justiça (enquanto valor), então, houve mudança no sentido de incluir normas do tipo “princípios” nas constituições e, ademais, proporcionar mecanismos assecuratórios de sua prevalência.

As duas Grandes Guerras do séc. XX, que assolaram a Europa num grau extremo de destruição, talvez somente comparável ao período das chamadas “guerras santas” ou das pestes (HOBSBAWM, 2011, p. 293) causaram uma copernicana revolução no pensamento jurídico do Ocidente. Não só duvidava-se da racionalidade legal como sobrepunham-se agora valores fundamentais às próprias regras de direito, por meio do reconhecimento de princípios como subespécies de normas jurídicas, juntamente às regras. A dignidade humana, nesse novo contexto, foi alçada ao patamar de fundamento de validade da própria ordem jurídica e as constituições deixaram de ser meras cartas políticas intencionais.

As constituições dos Estados são, desde então, normas jurídicas, dotadas de força, imperatividade, cogência, e seus consectários. Nesse diapasão, assevera o constitucionalista alemão Konrad Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 15).

As constituições, a partir desse traumatizante momento histórico, passam de cartas de intenções políticas a fundamentos de validade da ordem jurídica do Estado

e garantia de prevenção à “ditadura das majorias”, conforme já pregava a clássica doutrina norteamericana (HAMILTON; MADISSON; JAY, 2016, p. 78). Ora, se as majorias nos Estados Totalitários do início do séc. XX foram capazes de cometer genocídios, então, seria preferível escolher um mecanismo preventivo a tal situação.

A defesa da supremacia das constituições e o reconhecimento de sua força normativa passam a ser a tônica do novo momento da história constitucional. Passasse, após a II Guerra, à fase do chamado neoconstitucionalismo. Nesse período, que nos é contemporâneo, a dignidade humana, os direitos fundamentais e outros valores salvaguardados pela Constituição têm prevalência diante de qualquer outra norma jurídica. E por essa razão, a escolha do poder público a realizar o controle axiológico do ordenamento jurídico se faz uma discussão essencial.

A Grã-Bretanha, além de não possuir constituição escrita (impossibilitando sua classificação como rígida), permaneceu, ao longo de todos esses séculos após a Revolução Gloriosa, fiel a sua tradição de conferir a supremacia às leis parlamentares. Em tese, na Inglaterra, mesmo uma lei ordinária parlamentar pode revogar uma norma constitucional (costumeira). Naturalmente, dado o caráter milenarmente tradicional de sua monarquia constitucional, revogações são excepcionais; mas, de fato, não há empecilho formal algum para que ocorra. E assim, pelo curso da *Common Law* britânica, o debate acerca do controle constitucional dos atos normativos no Reino Unido segue sem encontrar grandes polêmicas ou situações problemas merecedoras de maior atenção nesse momento.

Na Europa continental, no entanto, o cenário é bem diverso. Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, Áustria, dentre outros, preocuparam-se em estabelecer, sobretudo após a II Grande Guerra, sistemas garantidores da supremacia dos valores constitucionais em seus territórios. A preocupação premente passa aí a ser a prevalência dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Hans Kelsen, responsável pela discussão acerca do controle de constitucionalidade na Europa continental, levantara a discussão sobre a possibilidade de existência de um órgão estatal responsável pela jurisdição constitucional. Por ocasião da elaboração da Lei Fundamental austríaca em 1920, Kelsen propôs o conceito de um controle *concentrado* da constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional a cargo de um *Tribunal Constitucional*. Com a função única da guarda da integridade da Constituição no ordenamento jurídico, o então Tribunal Constitucional zelaria pela correta aplicação e interpretação

da constituição (reconhecida sua supremacia), julgando, quando provocado, as leis e atos normativos como constitucionais ou inconstitucionais (KELSEN, 2013, p. 121-123). Assim, no modelo kelseniano, este tribunal atuaria como um legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as leis e os atos normativos incompatíveis com o Texto Maior.

A partir daí, a jurisdição constitucional ficou dividida em dois principais tipos: a jurisdição constitucional concentrada (ou o controle concentrado da constitucionalidade, ou modelo austríaco) e a jurisdição constitucional difusa (ou o controle difuso da constitucionalidade, ou o modelo norteamericano).

A essencial diferença entre a jurisdição constitucional concentrada e a jurisdição constitucional difusa reside no número de órgãos capazes da realização do controle (CUNHA JR, 2022, p. 312). No modelo estadunidense, difuso portanto, há pluralidade de sujeitos a interpretar a Constituição, uma vez que todo e qualquer magistrado, nesse caso, é apto a afastar com efeitos *inter partes* a aplicação de lei que considere inconstitucional. Por outro lado, no modelo austríaco, ou concentrado, é reservada a um único órgão a competência para exercer a fiscalização constitucional das leis e atos normativos, retirando a lei do ordenamento jurídico nacional e tornando-a inaplicável, com efeitos *erga omnes*, se considerada inconstitucional pelo órgão único.

Na idealização kelseniana, o órgão responsável pela interpretação constitucional (o Tribunal Constitucional) poderia até integrar o Poder Judiciário, uma vez que realizaria o afastamento da norma incompatível com a constituição, mas, esta não seria uma atividade, segundo Kelsen, tipicamente judicial, pois, não julgaria nenhuma pretensão concreta, examina a norma em abstrato, averiguando sua compatibilidade lógica com a *Lex Mater* (KELSEN, 2013). O Tribunal Constitucional, em kelsen, seria uma espécie de órgão especializado na jurisdição da constituição, não sendo utilizado para a resolução de casos concretos.

Além disso, o jurista austríaco também advogou pela não-interferência política no Tribunal Constitucional. Instaurou-se um elegante debate entre Kelsen e Schmitt sobre qual instituição deveria ser a guardiã da Constituição. Para o primeiro, a Constituição seria a Lei Fundamental, base da ordem jurídica nacional, mas, diversa da Norma Hipotética Fundamental, que lhe seria pressuposta e seu fundamento de validade. O segundo, entende a Constituição como fruto de uma decisão política fundamental antecedente à elaboração da Constituição formal; e, assim, o conceito

constitucional consistiria não só na formação de um Estado pelas decisões, mas, representaria a própria unidade política de um povo.

Com isso, depreende-se que o elemento político é indissociável na visão schmittiana, a essência da constituição não estaria numa norma jurídica, menos ainda numa norma hipotética Fundamental, mas, antes, numa vontade política, vez que antes da norma já existia uma comunidade política, uma nação. Dessa forma, o controle da constitucionalidade, para Schmitt, não poderia ser realizado por nenhum outro órgão que não o Presidente do Reich, aquele que teria maior legitimidade democrática em realizar a vontade e a decisão política nacional. Na visão de Kelsen, noutra senda, o controle da constitucionalidade caberia tão somente a um órgão técnico, responsável unicamente pela interpretação da constituição.

Na Europa continental, expandiu-se, assim, o modelo austríaco de jurisdição constitucional. O próprio Kelsen tornou-se, depois, membro e conselheiro permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria, realizando a atuação idealizada por ele mesmo. Outros países seguiram e adaptaram para seus Estados o tipo austríaco de justiça constitucional: a Alemanha adotou o modelo em 1949, a Itália em 1948, Portugal em 1982, a Grécia em 1975, a Bélgica em 1984, e a Espanha em 1980, entre outros países, no mesmo período.

Dentre as razões para a pulverização do modelo austríaco no continente europeu, aponta-se com frequência a origem romanística da aplicação do direito nesse território. Ocorre que no modelo difuso de controle todos os órgãos judiciais têm o poder-dever de não aplicar leis consideradas inconstitucionais no caso concreto. No entanto, o bom funcionamento do modelo se dá em razão da regra do *stare decisis* (a regra do precedente). Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial (*ratio decidendi*) pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER, 2010, p. 385). Em outras palavras, as decisões proferidas pelos juízes superiores em casos repetitivos passa a ter força vinculante diante das instâncias inferiores.

O funcionamento do modelo norteamericano de justiça constitucional encontraria barreiras nos países de tradição da *Civil Law*. Por não possuir a regra do precedente, a aplicação do modelo difuso levaria à situação de que uma mesma lei ou ato normativo poderia não ser aplicada por um órgão jurisdicional, por ser interpretada inconstitucional, e, ao mesmo tempo, ser aplicada por outros juízes, por terem interpretação diversa (CAPPELLETTI, 1992, p. 88). Consequentemente, isso

poderia causar tensão entre os órgãos judiciários, além de gerar incerteza, para os jurisdicionados, sobre a aplicação das leis.

Assim, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, entre outros, preferiram adotar o modelo austríaco de controle da constitucionalidade, concentrando a função de interpretação constitucional num único órgão, o Tribunal Constitucional.

E não podendo, escapar ilesa às transformações dos institutos jurídico constitucionais da Europa Continental, nem ao próprio curso evolutivo da História, a França, na Constituição da Quinta República, promulgada em 22 de setembro de 1958, incorporou às suas instituições o *Conselho Constitucional*.

A admissão de alguma espécie de controle de constitucionalidade, significando, em outras palavras, o acolhimento da ideia de que uma lei pode ser imperfeita (do ponto de vista constitucional), mesmo tendo sido elaborada e devidamente promulgada pelo Parlamento, já é, em si, um ato revolucionário revelador das particularidades da justiça constitucional francesa.

Após tão longo período de tempo avesso ao controle normativo das leis e atos normativos, e mesmo já reconhecida a superioridade das normas constitucionais, a França deu os primeiros indícios, na ocasião da Constituição de 1958 (a Constituição da Quinta República), de simpatia por alguma forma de fiscalização da atividade legiferante. Seria, noutros termos, o primeiro reconhecimento da possibilidade de flexibilização no princípio da supremacia do Parlamento, que tanto tempo imperou no país.

Com o avanço das trocas intermediadas pela globalização, sobretudo após a criação da União Europeia, a França trocou muito elementos, jurídicos inclusive, com seu entorno. Multiplicaram-se as constituições permeadas de novas estruturas examinadoras da constitucionalidade, e, a França não restaria inteiramente alheia aos novos institutos e disposições.

A particularidade maior, entretanto, consiste na maneira como a França incorporou o controle da constitucionalidade das leis. A escolha por um órgão eminentemente político, e com poderes de averiguação da constitucionalidade antecedentes à promulgação da norma, dão as características que tornam o modelo unitário no mundo. Assim, a França tem um modelo de controle de constitucionalidade eminentemente político quanto ao sujeito realizador da fiscalização, e, também, de natureza preventiva, posto que o controle é parte do próprio processo legislativo.

Isso significa dizer que a França permaneceu refratária ao controle da constitucionalidade pelo Judiciário. Apesar da persistência francesa em construir mecanismos para limitar e controlar o poder público, as constituições francesas pouca ou nenhuma atenção dispensaram ao tratamento do Judiciário como uma possível instância de controle público, muito menos de interpretação da constitucionalidade, entendida no país como um ato eminentemente político.

O célebre autor do panfleto “O que é o Terceiro Estado?”, Emmanuel-Joseph Sieyès, defendeu a criação de um “*jury constitutionnaire*”, para que fizesse a moderação entre o Executivo e o Legislativo, e com poderes para invalidar atos normativos contrários à Constituição. Além disso, já defendia também a ideia de supremacia constitucional, afeito às ideias norteamericanas predominantes naquele momento (HORTA, 2010, p. 104-105). No entanto, a sociedade francesa permanecia desconfiada da entrega de tal função aos membros do Judiciário, “pela memória acerca do funcionamento das cortes superiores do velho regime” (NOBRE JR., 2010, p.4), fadando a ideia a sua impermanência.

Foi somente após as intercorrências vistas nesta seção que a França admitiu alguma espécie de controle da constitucionalidade, mas, ainda assim, sem inclinar-se pela criação de organismo integrante do Judiciário. E então, a Constituição de 1958 criou o Conselho Constitucional, incumbindo-o da interpretação constitucional nas leis parlamentares, e da fiscalização no cumprimento da Constituição pela atividade estatal normativa.

## **4.2 Órgãos da Justiça Constitucional Francesa**

Neste tópico, serão expostos os órgãos de controle da normatividade na Constituição da República Francesa de 1958. A singularidade do modelo francês exige que sejam expostos cada órgão compositivo do sistema nacional francês, explicitando e diferenciando seus papéis institucionais, a fim de chegarmos a compreensão de como sucede a justiça constitucional naquele país. Com efeito, no momento da promulgação da Constituição de 1958, a natureza do controle constitucional era exclusivamente preventivo, seguindo a tradição histórica e ideológica de uma fiscalização eminentemente política e preventiva, fazendo prevalecer o princípio da supremacia parlamentar.

Além disso, como a partir de Sieyès a ideia de soberania da lei só poderia ser controlada pelas próprias assembleias legislativas, o controle da constitucionalidade, desde então, sempre fora entregue a um órgão político. A Constituição de 1958 criou o Conselho Constitucional como o único órgão competente ao controle da constitucionalidade das leis.

Na Constituição da Quarta República, que vigorou de 1946 a 1958, chegou a existir um *Comité Constitucional*, ao qual caberia a decisão acerca da constitucionalidade das leis. As leis votadas pela Assembleia e já promulgadas eram averiguadas pelo Comitê, mas isso se o Presidente da República e o Presidente do Conselho da República, em conjunto, requeressem. O Comitê examinava a lei visando conformar os interesses da Assembleia Nacional e do Conselho da República, e, somente não sendo possível tal conformação, decidiria por uma revisão à Constituição, que deveria ser reenviada à Assembleia para nova deliberação. A lei, então, não poderia ser promulgada até que a Constituição fosse reformada, estaria suspensa até que prevalecesse a norma constitucional reformada.

Ora, é perceptível que o Comitê não realizava propriamente um controle de constitucionalidade da lei, o que realizava, em verdade, era a conformação da constituição à lei, e não o inverso, donde se percebe que o caminho estava ao avesso do que prega a teoria da constituição no que se refere ao conceito de supremacia constitucional. Dessa maneira, só podemos falar da criação de um órgão mais afeito ao controle da constitucionalidade de normas na Constituição de 1958, com a criação do Conselho Constitucional da Quinta República (DANTAS, 2016, p. 480).

O Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) é diverso do Conselho de Estado (*Conseil D'État*) e da Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), que são, respectivamente, os tribunais de cúpula administrativo e judicial.

A primeira função do Conselho Constitucional é a garantia do respeito à Constituição e à integridade dos direitos e liberdades nela assegurados. Já o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, como adiante exposto, são responsáveis pela promoção da justiça em litígios privados (realizada pela Corte de Cassação, acompanhada das Cortes de Apelação e dos Tribunais de Instância) e o aconselhamento, julgamento e administração do governo (realizados pelo Conselho de Estado, acompanhado de oito Cortes Recursais, e quarenta e dois Tribunais Administrativos).

#### 4.2.1 O Conselho Constitucional da V República

Sediado no *Palais-Royal* de Paris, o Conselho Constitucional nasceu com as competências fundamentais de zelar: pela regularidade das eleições presidenciais e parlamentares (cabendo-lhe examinar as reclamações e proclamar os resultados das eleições); pelo bom andamento dos referendos legislativos e constituintes (proclamando, inclusive, seus resultados); pela solução de litígios envolvendo o pleito parlamentar; pela manutenção do equilíbrio entre o Estado e as coletividades integrantes; pelo controle da entrada de normas internacionais na ordem jurídica interna; pelo correto processo de elaboração das leis; pela garantia da constitucionalidade das leis orgânicas (adequando seu conteúdo às normas constitucionais (FRANÇA, *Constitution de La République Française*, article 54).

O Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), previsto no Título VII, entre os artigos 56 e 63 da Constituição de 1958, e regulado também pela *Ordonnance n. 58-1067, de 7 de novembro de 1958* (espécie de Estatuto regente do órgão), tornou-se equivalente ao que é o Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) na esfera administrativa, no sentido de ser supremo nas decisões dos contenciosos envolvendo o Poder Público. Sobre isso, acrescenta O constitucionalista francês Louis Favoreu em artigo:

*En 1958, il n'y a pas, semble-t-il, de volonté de créer un système complet et réfléchi de justice constitutionnelle : on veut simplement instituer un gardien de la Constitution chargé de veiller à ce que le Parlement ne sorte pas des limites fixées par celle-ci et ne remette pas en cause le « parlementarisme rationalisé », élément essentiel de la nouvelle organisation constitutionnelle. Cette tâche est confiée à un nouvel organisme dénommé « Conseil constitutionnel », par référence au Conseil d'État (FAVOUREU, 1985, p. 11)<sup>1</sup>.*

Dos três poderes republicanos, nenhum alcançava maiores aceitabilidade e confiança da nação que os de representatividade político democrática. Isso porque, em sua História pós-revolucionária, como abordado, o país via no Parlamento a representação das vontades gerais da nação,

---

<sup>1</sup> “Em 1958, parecia não haver desejo de criar um sistema de justiça constitucional completo e ponderado: havia simplesmente o desejo de estabelecer um guardião da Constituição responsável por garantir que o Parlamento não ultrapassasse os limites por ela estabelecidos, e fazer o ‘parlamentarismo racionalizado’, elemento essencial da nova organização constitucional. Esta tarefa foi confiada a um novo órgão denominado ‘Conselho Constitucional’, por referência ao Conselho de Estado” (Tradução livre).

diversamente dos juízes, cujo alinhamento com as antigas posturas absolutistas monárquicas havia gerado uma desconfiança na atividade judicante.

A Constituição de 1958, então, conhecida como a Constituição da Quinta República, moldou uma instituição especializada, à parte dos três poderes republicanos, incumbida legitimamente do controle do cumprimento da Constituição pelo aparelho estatal normativo.

Esse órgão, o Conselho Constitucional, guarda sua natureza política. É um órgão próximo ao Legislativo (embora deste diverso) e cujos membros participam por indicação das duas Casas Parlamentares (Assemblée e Senado) e do Poder Executivo para exercerem mandatos fixos. Nessa toada, enuncia o art. 56 da Constituição da República Francesa:

Art. 56. O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado.

O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate (FRANÇA, Constitution de la République Française, Dalloz, 2018, p. 66).

Coadunando com toda sua tradição historico-constitucional, a composição, a estrutura e também a organização do Conselho Constitucional francês privilegia a atuação política na atividade de interpretação constitucional. Não se trata de um Tribunal Constitucional puramente no modelo kelseniano, conforme foi adotado em outros países do continente, embora dele se aproxime; o Conselho Constitucional não se situa na estrutura organizacional dos tribunais judiciais ou dos tribunais administrativos. Tampouco o Conselho Constitucional tem como gente da fiscalização o Presidente, o chefe nacional, como previsto no modelo Schmitiano. É um órgão singular.

Com efeito, a concepção francesa de soberania do Parlamento (POULLAIN, 1986, p. 179-194) conduziu à criação de um Conselho interpretativo eminentemente político cuja função não é jurisdicional, propriamente, porque não consiste em perseguir a resolução de controvérsias, de lides, entre pessoas individuais, mas a

resolução de um conflito abstrato de normas. Tanto assim o é que o professor Ivo Dantas, ao debruçar-se sobre os principais modelos de justiça constitucional, aponta:

Dentre os modelos contemporâneos, o sistema mais representativo de controle da constitucionalidade por órgão de natureza política é vigente na França através do *Conseil Constitutionnel*, tendo sido adotado pela Constituição de 1958, e não atingido pelas modificações ocorridas através das Leis Constitucionais de 4.06.1960, 6.11.1962, 30.12.1963 e 25.06.1992 (DANTAS, 2016, p. 272).

Os constituintes de 1958, então, em consonância com a tradição arredia aos juízes, optaram por um sistema de natureza política. Dessa forma, adotaram um modelo concentrado e abstrato, afinado, em certa medida, à doutrina austro-germânica, porém, estabeleceram um controle eminentemente preventivo (até 2008/2010), com vistas a não macular o primado legiscêntrico.

Leal às suas tradições e condizentemente com suas idiosincrasias históricas, portanto, a França criou, em seus primórdios de controle de constitucionalidade, um órgão de natureza política. Naturalmente, aquele país não aceitaria de pronto a flexibilização do princípio da soberania parlamentar. Na ocasião da promulgação da Constituição de 1958, a ideia não era exatamente criar um sistema de controle constitucional aos moldes norteamericano ou austro-germânico, como no restante do continente europeu; ao revés, a ideia era fortalecer o sistema de freios e contrapesos, criando uma instância a fim de garantir que o Parlamento não ultrapassasse os limites estabelecidos pela Constituição.

Em verdade, desde sua criação, o Conselho Constitucional sofrera descrédito por uma parte da doutrina nacional e por uma parte da classe política, avessa à ideia de um controle normativo dentro da Assembleia Nacional (FAVOUREU, 1985, p. 12). Sobre esse ponto, esclarece Louis Favoureu:

*En fait, la France n'a fait que rejoindre le formidable mouvement qui a marqué l'évolution constitutionnelle de plusieurs pays d'Europe occidentale au cours des trente ou quarante dernières années, à savoir le développement et l'extension du modèle européen de justice constitutionnelle. Après l'Autriche, qui a remis en vigueur en 1945 le système imaginé par Hans Kelsen en 1920, l'Allemagne fédérale, puis l'Italie, ont créé des cours constitutionnelles dotées d'une autorité et d'attributions considérables qui ont profondément influencé la vie juridique et politique de ces pays. Plus récemment, les États ayant instauré des systèmes démocratiques après des périodes plus ou moins longues de dictature ont immédiatement mis en place une justice constitutionnelle soit sur le modèle européen (l'Espagne en 1978 et le Portugal en 1977-82) soit sur le modèle américain aménagé (la Grèce en 1975) (FAVOUREU, 1985, p. 11-40)<sup>2</sup>.*

<sup>2</sup> “De fato, a França apenas aderiu ao formidável movimento que marcou a evolução constitucional de vários países da Europa Ocidental nos últimos trinta ou quarenta anos, nomeadamente ao desenvolvimento e extensão do modelo europeu de justiça constitucional. Depois

E com efeito, é somente a partir da decisão de 1971, cujo objeto fora a liberdade sindical, que o Conselho Constitucional alça sua afirmação enquanto garantidor de liberdades e, com a reforma de 29 de outubro de 1974, abre o encaminhamento aos parlamentares, ensejando seu pleno funcionamento enquanto órgão de justiça constitucional.

#### 4.2.1.1 A Decisão 71-44 DC do Conselho Constitucional

A Decisão 71-44 DC, tomada pelo Conselho Constitucional em 16 de julho de 1971, efetivou a liberdade de associação sindical com base no preâmbulo da Constituição Francesa de 1958, que prevê:

*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 (FRANÇA, Constitution de la République Française, 2018, p. 17)<sup>3</sup>.*

Ocorre que, a Constituição de 1958 não se deteve em elencar um rol de direitos fundamentais. O princípio da liberdade de associação era um vago princípio fundamental reconhecido pelas leis da República, contido no Preâmbulo de 1946, ao qual fazia referência o Preâmbulo de 1958. Daí, com a propositura de um projeto de lei que cerceava o princípio da liberdade de associação, o Conselho Constitucional decidiu constitucionalizar o Preâmbulo de 1958 e, com ele, as normas-princípios enunciadas na Declaração de 1789 e no Preâmbulo de 1946, garantindo, em última análise a liberdade associativa.

Essa foi a decisão mais importante na história jurídica recente da França, pois, com ela afirmaram-se três pontos principais: o novo parâmetro de controle de constitucionalidade; a função garantidora de liberdades do Conselho Constitucional; e, o papel amplo do Conselho Constitucional.

---

da Áustria, que reviveu em 1945 o sistema idealizado por Hans Kelsen em 1920, a Alemanha Federal, e depois a Itália, criaram tribunais constitucionais dotados de considerável autoridade e poderes que influenciaram profundamente a vida jurídica e política desses países. Mais recentemente, os Estados que estabeleceram sistemas democráticos depois de períodos mais ou menos longos de ditadura instauraram a justiça constitucional, seja no modelo europeu (Espanha em 1978 e Portugal em 1977-82) ou no americano (Grécia em 1975)” (Tradução livre).

<sup>3</sup> “O povo francês proclama solenemente sua ligação aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tais como definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946, bem como aos direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004.” (Tradução livre).

Com a constitucionalização do preâmbulo constitucional, outras normas, fora do texto principal, passaram ao *status* de norma fundamental da República Francesa, estabelecendo o chamado bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*), que, em França, agora passava a ser: a Constituição de 1958; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; o Preâmbulo da Constituição de 1946; os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República (onde estava inserido o princípio da liberdade associativa); e, por fim, a Carta Ambiental de 2004 (FAVOUREU, 2004, p.97-98).

Além disso, com esta decisão, deixava claro que não era um mero órgão fiscalizador dos excessos parlamentares, mas também garantidor de direitos e liberdades fundamentais, antes não previstas diretamente pelo legislador constituinte.

E assim, o descrédito com que poderia antes se tratar o Conselho Constitucional enquanto órgão realizador de uma justiça constitucional foi solenemente substituído por maior curiosidade e legitimação de seu papel.

O impacto da Decisão 71-44 DC, de 16 de julho de 1971, demonstra a enorme importância do Conselho Constitucional. Uma vez que o respeito à Constituição é garantido por um juiz, esta ocupa realmente o *status* de norma fundamental. Essa mudança de paradigma é capital porque como o legislador, ele mesmo, deve respeito à Norma Fundamental, isso resulta, necessariamente, numa regulação da via política francesa pelo Direito Constitucional, constitucionalizando, por consequência, todos os outros ramos do Direito (MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PACTET, 2021).

#### 4.2.1.2 A Reforma de 1974

A segunda grande mudança ocorrida no Conselho Constitucional foi em virtude da reforma constitucional de 29 de outubro de 1974. Até então, segundo disposto no art. 61 da Constituição francesa de 1958, somente os Presidentes da Assembleia Nacional, do Senado, da República e o Primeiro Ministro tinham a atribuição de provocar a atuação do Conselho Constitucional.

Porém, após a referida emenda constitucional, as minorias parlamentares (geralmente a oposição) passaram a ter a mesma faculdade. A partir de 1974, o quantitativo de 60 senadores ou 60 deputados (1/8 de seus membros) poderiam atuar politicamente contra projetos de lei defendidos pelas maiorias parlamentares,

em geral, coligadas. Isso sem dúvidas, fortaleceu os partidos menores, reduzindo sua fragilidade face aos partidos maiores, e, além disso, consolidou de uma vez por todas o papel do Conselho Constitucional na jurisdição constitucional.

As decisões tomadas pelo Conselho passaram a interessar cada vez mais à mídia e à opinião pública, pois capazes de coroar ou reprimir determinadas políticas que o Governo tentava operacionalizar. Nesse sentido, afirma o jurista Domingos Augusto Paiva de Almeida:

A reforma de 1974, combinada com a decisão de 16-7-1971, levou o Conselho a firmar vasta jurisprudência, calcada sobretudo em princípios, como o da igualdade diante da lei (27-12-73), liberdade individual (12-1-77), liberdade de ensino (23-11-77), direito de greve (25-7-79), pluralismo dos meios de expressão (27-7-82), direito de propriedade e liberdade de comércio (16-1-82, Nacionalizações; 25,26-6-86, Privatizações), liberdade sindical (25-7-89), dignidade da pessoa humana (27-7-94), etc (ALMEIDA, 1999, p. 200).

Sendo assim, o Conselho Constitucional, que foi criado como expressão da ideologia hegemônica do sistema de freios e contrapesos no país, terminou se tornando a porta de entrada para a efetivação de uma justiça constitucional.

#### 4.2.1.3 Composição

A redação do projeto da Constituição de 1958 previa inicialmente nove membros compositivos do Conselho Constitucional, sendo quatro indicados pelo Presidente da República, 2 indicados pelo Senado, 2 indicados pela Assembleia Nacional, e, o último nomeado pelos membros já designados. No entanto, em razão da disparidade quantitativa de nomeações, entendeu-se pela violação ao princípio da separação dos poderes tal distribuição e elegeu-se maneira diversa.

O Conselho Constitucional, então, é formado por um número variável de membros, sendo no mínimo 9 (nove) os membros permanentes: três nomeados pelo Presidente da República, três nomeados pelo Presidente da Assembleia Nacional, e três pelo Presidente do Senado. A cada um desses membros, atribui-se um mandato de nove anos, proibida a recondução. O Conselho é renovável por terços a cada três anos, cada autoridade nomeia um membro a cada três anos, o que garante uma certa continuidade e também uma diversidade de origem, expressando o equilíbrio entre os poderes republicanos já na composição do órgão.

Além dos membros permanentes, compõem facultativamente o Conselho Constitucional todos os ex-Presidentes da República como membros vitalícios de

pleno direito, sendo que apenas o Presidente mais antigo exerce a titularidade do cargo, segundo disposto na *Ordonnance n. 58-1067*, de 1958.

No caso dos membros nomeados, até 2008, não havia interferência de qualquer outro órgão ou poder republicano, fazia-se a nomeação livremente. No entanto, após uma reforma constitucional havida no referido ano, as indicações feitas pelo Presidente da República são submetidas a comissões parlamentares, que podem realizar sabinas e até mesmo rejeitar os candidatos por uma maioria de 3/5 (três quintos), dispensando-se o procedimento se a nomeação for realizada pelo Senado ou pela Assembleia Nacional.

Os Conselheiros nomeados prestam juramento perante o Presidente da República, conforme art. 3º da *Ordonnance n. 58-1067*, de 1958, jurando cumprir suas funções de forma justa e fiel, exercê-las de forma imparcial, respeitando a Constituição, e mantendo o sigilo das deliberações e dos votos, além de não tomar qualquer posição pública, e não proceder a qualquer consulta sobre questões de sua competência (França, *Conseil Constitutionnel, Ordonnance n. 58-1067*, 1958).

Não há limitações de idade ou profissionais para ser membro do Conselho Constitucional, embora a prática revele a maioria dos membros com formação jurídica e uma minoria com formação política. Mas para além das suas qualificações jurídicas, vale salientar que muitos destes membros têm também uma experiência especial em assuntos de Estado, tendo sido já parlamentares, ou secretários, etc (França, *Conseil Constitutionnel, Les Membres Depuis 1959*).

A função do conselheiro torna-se incompatível com a de membro do Governo ou do Conselho Econômico, Social e Ambiental, e também com qualquer mandato eleitoral, conforme o art. 4º, da *Ordonnance n. 58-1067*, de 1958. E as mesmas incompatibilidades profissionais dos parlamentares atingem os conselheiros, isto é, durante seu exercício, os conselheiros constitucionais não podem ser nomeados para um outro cargo público e não podem receber promoções se já são servidores (França, *Conseil Constitutionnel, Ordonnance n. 58-1067*, 1958).

Os membros do conselho constitucional podem de livre e espontânea vontade decidir deixar suas funções, sem qualquer prejuízo, desde que, nesse caso, não retornem ao Conselho. Eles também podem ser afastados das suas funções em caso de incompatibilidade ou de invalidez permanente reconhecida pelo próprio Conselho Constitucional (França, *Conseil Constitutionnel, Ordonnance n. 58-1067*, 1958).

O Presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República dentre os que já são membros (de qualquer categoria), e este permanece isento de voto, apenas conduzindo os trabalhos (reunindo os membros, designando relatores, presidindo as sessões, etc), exceto quando há empate, ocasião em que exerce tem o voto de minerva. Nesse aspecto, vale dizer que o Presidente da República geralmente nomeia dentre os membros que já indicou, pois, como é uma função com relevante poder prático, escolhe ter aí bom trânsito.

Para mais, existe também a figura do Secretário-Geral, indicado pelo Presidente do Conselho Constitucional para nomeação pelo Presidente da República. Tal cargo geralmente é ocupado por um conselheiro constitucional com maior traquejo jurídico e administrativo, que, além disso, tenha om trânsito com o Presidente do Conselho, já que sua principal função é promover o diálogo entre o Presidente do Conselho e os outros membros, além de, no contencioso, realizar o registro das petições e elaborar as atas das sessões deliberativas, se for o caso (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 305).

Em todo o caso, uma vez nomeados, os juízes constitucionais gozam de total independência porque, por um lado, o seu mandato de nove anos não é renovável e, por outro, não podem ser destituídos ou exonerados, salvo pelo próprio Conselho Constitucional e em circunstâncias muito excepcionais.

O Decreto de 13 de novembro de 1959 (*Décret du 13 novembre 1959*) modificaram a *Ordonnance n. 58-1067*, de 1958, para incluir que os conselheiros constitucionais tivessem a obrigação de abster-se a respeito de qualquer comportamento ou discurso que possa comprometer a independência e a dignidade das funções que exercem. Naturalmente, não há que se falar em completa neutralidade política dos membros do Conselho Constitucional, mas, são proibidos de exercer direção de partido político, segundo o al. 3, do art. 2º, do mencionado Decreto (França, *Conseil Constitutionnel, Décret du 13 novembre 1959, 1959*).

#### 4.2.1.4 Funcionamento

As regras procedimentais atinentes ao Conselho Constitucional estão previstas principalmente em sua Lei Orgânica, a *Ordonnance n. 58-1067*, de 07 de novembro de 1958. Essa lei pode ser complementada, a qualquer tempo, por regras do próprio Conselho no exercício de sua competência regulamentar.

Existem também regulamentos específicos dispendo sobre os procedimentos a serem adotados em questões eleitorais e no julgamento da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC). Ainda sobre o tema dos procedimentos, o Conselho Constitucional pode ainda guiar-se por normas não-escritas, de direito consuetudinário, consagradas pela prática (FAVOUREU, 1985, p. 11-40). Encontramos nestas normas tanto o caráter de jurisdição constitucional como de jurisdição regular do Conselho Constitucional.

Segundo o Direito Processual francês, as deliberações devem ser tomadas coletivamente, de forma secreta, e ficam excluídas não só opiniões divergentes ou individuais, mas até mesmo a indicação da divisão das vozes durante as deliberações, uma vez que, antes de tomar posse, os membros prestam tal juramento. As decisões exprimem o posicionamento do órgão como um todo e não de seus membros, porque o sistema francês é o *per curiam*, isto é o de decisão única do Conselho Constitucional como um todo, ao contrário do sistema *seriatim*, cujos votos são contabilizados por membro (VALE, 2014).

Durante as sessões, realizam-se os debates a fim de obter-se um consenso, firmando-se o entendimento da corte, redigindo-se a decisão (que aliás costuma ser extremamente sucinta) apenas ao final da sessão.

As intervenções da justiça constitucional situam-se em campos bastante diversos: controle da constitucionalidade das leis, contencioso eleitoral, acompanhamento de referendos, controle da entrada de normas internacionais na ordem jurídica interna, etc. Como o nosso objetivo é analisar a justiça constitucional francesa, centremo-nos neste ponto.

O controle da constitucionalidade francesa acontece previamente (maior parte da demanda) ou posteriormente à promulgação da norma, por força da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que introduziu a Questão Prioritária de Constitucionalidade (a QPC) no Direito francês.

O controle preventivo de constitucionalidade, por consistir numa atividade de fiscalização de projetos de lei aprovados pelo Parlamento, é essencialmente um passo no processo legislativo, e envolve um controle obrigatório e um controle facultativo. O controle preventivo obrigatório se dá quando o objeto do controle forem leis orgânicas, ou Regulamentos de Casas Parlamentares. Nesse caso, o Conselho Constitucional age como parte do processo legislativo, sem qualquer provocação de qualquer legitimado, devendo se pronunciar da constitucionalidade desses tipos

normativos antes de sua promulgação (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Le Conseil*).

No que concerne às leis orgânicas, ordinárias, ou, aos compromissos internacionais, o controle preventivo é facultativo. Aqui, o Conselho precisa da provocação de algum legitimado (Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado, ou, por iniciativa de 60 deputados ou 6 senadores) para realizar a justiça constitucional. Nessa toada, acrescenta o jurista Louis Favoreu:

Em França, mesmo os atos das assembleias regionais não são atos legislativos, mas sim atos administrativos que, como tal, são da responsabilidade do juiz administrativo (tribunais administrativos e Conselho de Estado) e não do juiz constitucional. Essas leis podem ser leis orgânicas ou leis comuns. Entre estes, podemos distinguir várias variedades (actos financeiros, actos políticas, actos de ratificação dos Tratados, actos de Habilitação), mas todos estão sujeitos a recurso ao Conselho Constitucional (FAVOUREU, 1985, p. 11-40).

Tanto no controle obrigatório quanto no facultativo, o Conselho Constitucional tem o prazo de um mês para seu pronunciamento, exceto quando, a pedido do Governo, há urgência, porque aí o prazo passa para oito dias. Neste ínterim, promulgação da lei fica suspensa.

Uma decisão declarando uma lei inconstitucional impede a sua promulgação. Se apenas uma parte do texto for declarada inconstitucional, a lei pode seguir para promulgação parcial se os artigos não conformes à Constituição forem “separáveis” do conjunto do dispositivo. Além disso, o Conselho Constitucional pode também declarar disposições legislativas conformes com a Constituição, sob certas reservas de interpretação (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°39: le contrôle de la constitutionnalité des lois*).

Quanto ao controle da constitucionalidade após a promulgação da norma, deixar-se-á tal discussão para o tópico correspondente à Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC).

#### 4.2.1.5 Limitações

As restrições a que estão submetidas o Conselho Constitucional são frutos da teoria da separação dos poderes, tão hegemônica na França. Ora, como não se pode criar um órgão que, no limite, termine por controlar a atuação dos três poderes republicanos, então, também o Conselho Constitucional sofrerá refreamentos.

Com efeito, embora sua atuação seja próxima do Poder Legislativo no controle prévio da constitucionalidade o Conselho Constitucional, o Conselho Constitucional é um órgão apartado dos três poderes, e independente deles (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Le Conseil*).

Entretanto, o Guardião da Constituição da Quinta República precisa de limites que o faça não se sobrepor aos demais.

Primeiramente, sua competência é restrita às hipóteses constitucionais; e, em segundo plano, a distribuição de seus membros é extremamente paritária na indicação pelos Poderes, conduzindo, assim, a um órgão de origem múltipla e equitativa.

#### 4.2.2 *Jurisdição Administrativa: o Conselho de Estado (Conseil D'État)*

Pelos motivos históricos já trabalhados em seção própria, a França optou pela bifurcação de sua estrutura jurisdicional, existindo uma jurisdição administrativa e uma jurisdição judiciária muito claramente distintas. A descrença com os magistrados, oriunda do Antigo Regime, alcançou a formação estrutural da jurisdição na época republicana, de forma a implicar no modelo duplo jurisdicional que ora se apresenta.

Com efeito, a Constituição da Quinta República Francesa não trata de forma ampla e exaustiva esse órgão, tão relevante ao bom funcionamento do Poder Público nacional. Pode-se encontrar referências constitucionais ao órgão, dizendo de suas atribuições e competências (arts. 38, 39 e 74, por exemplo), mas, ele não é tratado de forma específica, em seção própria. Assim, o Conselho de Estado é regulamentado brevemente pela Constituição, e mais amplamente pelas leis e decretos posteriores, além da *Charte de Déontologie de La Jurisdiction Administrative*<sup>4</sup> (FRANÇA, *Conseil D'État, Déontologie*).

A origem do Conselho de Estado remonta à *Curia Regis*, que era formada por grandes estudiosos próximos ao monarca e que o assistiam em diversas questões desde a Idade Média. Com a Revolução Francesa, no entanto, a Assembleia Nacional Constituinte resolveu que a Administração Pública não seria mais submetida à autoridade judicial. E, finalmente, na Constituição Francesa de 13 de dezembro de 1799 (Era Napoleônica), instituiu-se o Conselho de Estado, com as

---

<sup>4</sup> Carta Deontológica da Jurisdição Administrativa. Tradução livre.

atribuições hodiernas estabelecidas por lei em 1872 (FRANÇA, *Conseil D'État, Déontologie*).

Presidido em direito pelo Primeiro-Ministro mas dirigido, na prática, pelo seu Vice-Presidente, O Conselho de Estado é composto por trezentos membros (Conselheiros de Estado, Mestres de Pedidos e Auditores), recrutados por concurso ou pela via externa, e dos quais dois terços estão em atividade interna, e, um terço, em atividades externas, que, podem ser, por exemplo, atuar ao lado do Presidente da República ou de outros membros do Governo, ocupar cargos da Administração francesa, atuar como juízes nacionais nas altas jurisdições internacionais (Corte Internacional de Justiça, Corte Europeia de Justiça, etc), ou, ainda, alguns membros pedem para ser postos em disponibilidade, para exercerem temporariamente funções no setor privado (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°7: Le Conseil d'État*).

No que tange às suas funções, sabe-se que o Conselho de Estado é a mais alta jurisdição administrativa na França, concentrando os papéis de: *Corte Máxima da jurisdição administrativa*, inclusive com os poderes de cassação para os acórdãos dos tribunais administrativos de recurso, sendo também competente para conhecer, em primeiro e último recurso, certos litígios, como os recursos por excesso de poder dirigidos contra os decretos; *Conselheiro do Governo e do Parlamento*, conforme art. 39 da Constituição de 1958, podendo emitir pareceres sobre qualquer ato normativo (projetos de lei, *ordonnances*, alguns decretos e portarias), ou sobre qualquer questão jurídica ou administrativa específica; e, *Administrador*, tanto dos 41 tribunais administrativos e das 8 cortes administrativas de apelação (gerenciando, assim, toda a magistratura administrativa do país) quanto de algumas jurisdições especializadas (dentre as quais, a Corte Nacional de Direito de Asilo) (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°7: Le Conseil d'État*).

O Conselho de Estado, por ser o tribunal de cassação na jurisdição administrativa, mantém a unidade da jurisprudência administrativa a nível nacional. As decisões deliberadas em contencioso pelo Conselho de Estado são soberanas e não são passíveis de recurso, salvo o recurso de revisão ou de retificação de erro material pelo próprio órgão. Tal jurisdição administrativa é competente para os litígios entre uma pessoa pública e uma pessoa privada (um particular, uma associação, uma sociedade) ou entre duas pessoas públicas, abrangendo diversas temáticas, atis como as liberdades públicas, polícia administrativa, tributos, contratos

administrativos, função pública, saúde pública, concorrência, direito ambiental, organização territorial, urbanismo, etc (FRANÇA, *Conseil D'État, Déontologie*).

Em suas atribuições consultiva e jurisdicional, o Conselho de Estado é um organismo essencial na relação entre os cidadãos e os poderes públicos, pois, através dela, garante a submissão da Administração Pública à lei e à Constituição. O papel de garantidor do Estado de Direito é reconhecido inclusive institucionalmente pela Assembleia Nacional, que esclarece em sua regulação:

*C'est enfin la loi du 24 mai 1872 qui donne au Conseil d'État l'organisation qui est encore la sienne aujourd'hui. C'est également à partir de cette époque que le Conseil d'État fixe les grands principes du droit administratif français contribuant à la construction de l'État de droit en France*<sup>5</sup> (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°7: Le Conseil d'État*).

A revisão constitucional havida em França em 2008, a mesma que criou a *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC), também ampliou os poderes do Conselho de Estado. A partir de então, o Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado pode submeter ao Conselho de Estado, para parecer, qualquer proposta de lei apresentada na mesa de qualquer das duas casas parlamentares, antes da análise do texto em comissão (FRANÇA, *République Française, Vie Publique: au coeur du débat public*). Com isso, o órgão consegue filtrar os procedimentos da QPC, protegendo direitos, e, garantindo as liberdades públicas e o regular funcionamento da Administração.

Nos termos do art. 61-1, da Constituição de 1958, com a redação dada pela revisão de 23 de Julho de 2008:

*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*<sup>6</sup> (FRANÇA, *Constitution de la République Française*, p. 68-69).

Significando que, no curso do processo judicial, o cidadão poderá levantar, se entender cabível, a questão constitucional. E daí, caberá ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação decidir, num prazo de três meses, se transmite ou não a

<sup>5</sup> “É finalmente a lei de 24 de maio de 1872 que dá ao Conselho de Estado a organização que ainda é sua hoje. É também a partir dessa época que o Conselho de Estado fixa os grandes princípios do direito administrativo francês que contribuem para a construção do Estado de direito em França”. Tradução livre.

<sup>6</sup> “Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado”. Tradução Livre.

questão da constitucionalidade ao Conselho Constitucional, seja a questão suscitada pela primeira vez em recurso, ou em cassação. A única ressalva diz respeito à questão aventada já ter sido alvo de análise em controle *a priori* (preventivo) e constar em dispositivo de decisão do Conselho Constitucional, situação em que, só pode ser levada adiante se consistir em temática diferenciada quanto às circunstâncias de fato ou de direito, caracterizando a novidade (VERPAUX, 2015, p. 498).

#### 4.2.3 *Jurisdição Ordinária: a Autoridade Judiciária e a Corte de Cassação (Cour de Cassation)*

A organização da jurisdição francesa caracteriza-se pela estrita separação das ordens judicial e administrativa, e, pela hierarquização existente entre seus órgãos. Com pouco reconhecimento sobre ser genuinamente um poder republicano, a Autoridade Judiciária, assim referida pelo Título VIII da Constituição de 1958, recebe seu tratamento constitucional entre os artigos 64 e 66 (FRANÇA, *Constitution de la République Française*, p. 75-78).

Os magistrados da jurisdição comum são recrutados por concurso e treinados na Escola Nacional de Magistratura. Os magistrados do Ministério Público são, a esse título, responsáveis pela defesa dos interesses da sociedade e pela execução das decisões judiciais, e dependem da autoridade do Ministério da Justiça, que pode inclusive lhes incumbir da implementação da política penal definida pelo Governo. A separação entre o *parquet* e os demais magistrados não é, portanto, hermética, podendo, ao longo da sua carreira, passar, em várias ocasiões, de um para outro (FRANÇA, *Vie Publique: au coeur du débat public*).

Nesse sistema, os processos civis são julgados em primeira instância, pelos tribunais de instância ou de grande instância, enquanto que os processos penais, aos quais se aplica um processo de tipo inquisitório, são julgados por tribunais penais distintos em função da gravidade dos fatos (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°8: L'autorité judiciaire: l'ordre judiciaire et la Cour de cassation*).

Em razão da Constituição estabelecer a Autoridade Judiciária como guardiã da liberdade individual em seu art. 66, as decisões proferidas em última instância pelos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, bem como as decisões dos tribunais de recurso podem ser objeto de recurso para a Corte de Cassação. O recurso de

cassação deve basear-se num motivo sério, relativo a uma questão de aplicação da regra de direito pelo órgão jurisdicional de mérito, uma vez que a Corte não julga os processos quanto ao mérito, mas, unicamente, quanto ao direito (FRANÇA, *Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°8: L'autorité judiciaire: l'ordre judiciaire et la Cour de cassation*).

A Corte de Cassação, então, é composta por seis câmaras de julgamento, cada uma especializada em certos tipos de contencioso: três câmaras civis, uma câmara comercial, uma câmara social e uma câmara criminal. No entanto, a depender da complexidade exigida, podem-se reunir mais de uma câmara de julgamento, ou, ainda, o plenário da Corte. Além disso, a Corte de Cassação também pode também ser chamada a emitir, a pedido expresso dos órgãos jurisdicionais, pareceres em matéria civil e penal, sobre questões de direito novas, que apresentam uma dificuldade grave e que se colocam em numerosos litígios (VERPAUX, 2015, p. 503).

Com efeito, após a fase revolucionária de 1789, quando o magistrado deveria ser apenas “*la bouche de la loi*”, e, em caso de lacuna legal, remeter-se ao Legislativo para a complementação, a partir de 1804, conferido aos juízes o poder de interpretação da lei. Através dos seus acórdãos e pareceres hoje, a Corte de Cassação assegura a unidade interpretativa do ordenamento jurídico francês.

Por fim, saliente-se, que a revisão constitucional de 2008 atribuiu nova redação ao art. 61-1 da Constituição da V República, e, com isso a Questão Prioritária da Constitucionalidade. Dessa forma, quando, por ocasião de um processo em curso perante a Autoridade Judiciária, for alegado que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição de 1958, então, a questão poderá ser submetida ao Conselho Constitucional para pronunciamento no prazo de três meses. Refrisando-se que a única ressalva diz respeito à questão aventada já ter sido alvo de análise em controle *a priori* (preventivo) e constar em dispositivo de decisão do Conselho Constitucional, situação em que, só pode ser levada adiante se consistir em temática diferenciada quanto às circunstâncias de fato ou de direito, caracterizando a novidade (VERPAUX, 2015, p. 498).

### **4.3 A Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) em 2008**

A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito legislado foi marcada por violentos conflitos na França, sobretudo porque marcado de desconfianças institucionais para com os órgãos aplicadores do Direito, os magistrados. Construiu-se, inicialmente, uma formulação paulatina quanto às atribuições desse magistrado, que, por alguns anos revolucionários, sequer podia interpretar a norma que aplicava, havendo que remetê-la ao Parlamento para a edição de nova norma solucionadora da demanda.

Durante o séc. XX, no entanto, os eventos radicais por que passou a Europa, máxime as duas Grandes Guerras, o primado legiscêntrico passara por uma modificação substancial: nascia o império constitucional. O Estado Constitucional prevê que todas as normas estejam submetidas aos seus princípios e regras dignificantes da pessoa humana, e, devido ao seu intrínseco valor axiológico, passou a ser a Norma Fundamental do ordenamento jurídico, a pedra sobre a qual todas as outras normas edificar-se-ão.

Assim, com vistas a adequar todo o sistema normativo aos dispositivos constitucionais, esprou-se na Europa a técnica do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Na maior parte dos países (Espanha, Portugal, Alemanha, Áustria, Itália, etc), adotou-se o modelo concentrado austrogermânico, preterindo-se o modelo difuso norteamericano. Isso porque, como demonstrado alhures, tais países mantêm uma tradição de *Civil Law* incompatível com o modelo difuso, tão afeito aos Estados ligados à família de *Common Law*.

A França, por maior refração ao controle das leis que seu princípio da soberania parlamentar irradiasse, não pôde resistir às inevitáveis mudanças trazidas pelo curso do tempo e pela intensificação da convivência e das trocas de elementos, inclusive jurídicos, com a comunidade europeia. Além disso, o neoconstitucionalismo já começava a reclamar priorização das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

A Constituição da Vª República, então, trouxe, dos arts. 56 a 63, um órgão novo, de natureza política, cuja função primordial era controlar concentradamente a constitucionalidade dos projetos de lei e outros atos normativos. O Conselho Constitucional ficou incumbido da compatibilidade entre os projetos normativos e a Constituições de maneira prévia à promulgação, antes que começasse o ato a surtir efeito no mundo fático, e dessa maneira, a inovação estava colocada naquele sistema jurídico, sendo uma forma de tentar garantir a primazia constitucional.

#### 4.3.1 A Revisão Constitucional de 2008

No ano de 1989, François Mitterrand anunciou uma revisão da Constituição no sentido de instituir um controle pela via de exceção da constitucionalidade das leis. Apesar do conselho Constitucional ter estado atuante nos seus anos iniciais, é fato que a justiça constitucional não era alcançável pelos cidadãos, uma vez que o momento do controle constitucional era exclusivamente prévio à promulgação. Daí, os direitos fundamentais, as liberdades e as garantias constitucionais permaneciam com sua proteção insuficiente. Nos idos do mandato de Mitterrand, não houve consenso parlamentar a fim de aprovar a medida, bem como, em 1993, quando nova iniciativa houve no mesmo sentido, o Senado e a Assembleia Nacional também não aprovaram a votação (FAINTE-ROUGE; MALJEAN-DUBOIS; SEVERINO, 2016, p. 173).

No curso do mandato do ora presidente Nicolas Sarkozy (2007-2012), todavia, o debate doutrinário já havia amadurecido o suficiente para aventar-se a possibilidade de um controle constitucional das leis em momento posterior a sua promulgação, para incluir as demandas cidadãs à jurisdição constitucional (FAINTE-ROUGE; MALJEAN-DUBOIS; SEVERINO, 2016, p. 177).

Em 23 de julho de 2008, então, é promulgada, através do procedimento previsto no art. 89 da Constituição de 1958, a revisão constitucional que modernizou as instituições da Vª República, atingindo diversos artigos constitucionais, e, estabelecendo a técnica da Questão Prioritária de constitucionalidade (QPC), de modo a resultar na ampliação das competências do Conselho Constitucional.

A revisão constitucional de 23 de Julho de 2008 introduz o art. 61-1 e altera o art. 62 da Constituição francesa para permitir a verificação de uma “disposição legislativa” já em vigor, pelo Conselho Constitucional, quanto a sua conformidade com a Constituição:

**ARTICLE 61-1.** *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.*

*Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.*

**ARTICLE 62.** *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel*

*détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (FRANÇA, Constitution de La République Française, 2018).*<sup>7</sup>

Da leitura dos dispositivos acima, depreende-se que não houve menção alguma à expressão “questão prioritária de constitucionalidade”, porque, de fato, essa foi a locução consagrada pela doutrina francesa. As designações “questão prejudicial de constitucionalidade” e “questão prévia de constitucionalidade” também foram levantadas, no entanto, as iniciais QPC (Questão Prioritária de Constitucionalidade) já estavam sendo usadas como código para os iniciados no assunto e impuseram-se com maior força e rapidez, sobretudo após seu uso pelo Conselho Constitucional.

Ora, dizer que a questão é prioritária é dar três enunciados primordiais. O primeiro, de ordem processual, é dizer que o magistrado, diante do pedido da parte de QPC, deve proceder logo ao reenvio prejudicial, antes de qualquer outro fundamento processual ou material. Uma vez submetido ao órgão jurisdicional o argumento de inconformidade de uma disposição legal com o bloco de constitucionalidade, o magistrado ou tribunal de segunda instância, decidida a admissibilidade da QPC, tem oito dias para transmitir a questão à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado para que decidam sobre a remessa ou não ao Conselho Constitucional, que, por sua vez, tem o prazo de três meses para se pronunciar (FRANÇA, *Vie Publique, Service Public, Qu'est-ce qu'une question de constitutionnalité*, 2022). A intenção do poder reformador, nesse caso, é certamente, não atrasar em demasia o curso do processo concreto, não afetando o princípio da razoável duração a que todo processo tem o direito.

---

<sup>7</sup> “Art. 61-1. Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determinará as condições de aplicação do presente artigo.

*Art. 62.* Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada. Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são suscetíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e judiciais”. Tradução livre.

O segundo, também de natureza processual, concerne à apresentação múltipla de fundamentos, contestando, ao mesmo tempo, a constitucionalidade da norma (QPC) e sua adequação a tratados e acordos internacionais (exceção de inconvencionalidade). Nesse caso, por decorrência do princípio da soberania, o magistrado avaliará de forma prioritária a questão da constitucionalidade, e só depois a convencionalidade (CAVINET, 2020).

O segundo enunciado significativo da expressão “prioritária”, é de ordem material e deontológica, pois diz respeito ao fato de que as garantias e liberdades constitucionais não somente têm a preferência, mas, a primazia, a antecedência, sobre qualquer outra norma, não podendo ser contrariada dada seu caráter de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o deputado Jean-Jacques Urvoas, em relatório sobre a QPC, elaborado em 2013, afirmou:

A «QPC» é uma revolução jurídica. “A Constituição saiu do universo fechado das faculdades de direito para entrar nos pretórios. Tornou-se a coisa dos cidadãos, a arma dos advogados e a referência dos magistrados”. Os particulares se apropriaram da norma suprema nacional, o que constitui um progresso para o Estado de Direito. Além disso, os intervenientes no processo (órgãos jurisdicionais, ordens dos advogados, pessoas coletivas na origem de questões que o Conselho Constitucional examinou) consideram o seu funcionamento globalmente satisfatório (FRANÇA, *Assemblée Nationale, RapInfo*, 2013). Tradução livre.

Da mesma forma, aduz o constitucionalista francês Dominique Rousseau que, apesar de a QPC incidir majoritariamente sobre o direito fiscal e sobre o direito penal, as decisões do Conselho Constitucional em sede de QPC são um “sucesso”, pois, em tese, podem incidir sobre qualquer domínio do Direito. As decisões mais emblemáticas do Conselho Constitucional, diga-se, não atinem à matéria criminal ou tributária, e acrescenta:

A QPC induziu uma mudança importante das mentalidades, passando de uma cultura d lei, onde a lei votada pelo Parlamento é a expressão da vontade popular, para uma cultura da Constituição, em que esta é superior às leis votadas pelo Parlamento (ROUSSEAU, 2018).

De fato, a QPC, na medida em que difundir-se seu uso, será uma forma de ampliação da cidadania, mais um artifício de participação do cidadão na condução da coisa pública, vez que aproxima-se das intuições democráticas.

A QPC só foi efetivamente concluída em 1º de março de 2010, após, portanto, a entrada em vigor da Lei Orgânica n. 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, reguladora do procedimento para a QPC, e que incluiu o capítulo II ao Decreto n. 58-1067, a norma organizadora do Conselho Constitucional, para acrescentar as etapas

de recepção e julgamento da QPC perante o Conselho Constitucional, bem como dispor sobre os efeitos de tal decisão (CARCASSONE; DUHAMEL, 2015, p. 32).

Decidida a entrada em vigor da QPC, passou-se, por conseguinte, a um novo estado da justiça constitucional na França, uma vez que tornou-se permitido o controle da constitucionalidade das leis após sua publicação, pela via de exceção, por qualquer pessoa singular (desde que atendidos determinados requisitos) como meio de defesa de seus direitos, garantias e liberdades fundamentais, constitucionalmente assegurados. Dessarte, a reforma de 2008 teve dupla função: primeiro, a de conferir a qualquer litigante o direito de denunciar ao órgão competente o atentado, realizado pela lei, aos seus direitos fundamentais; dois, e talvez o objeto essencial à QPC: concretizar a sujeição de toda e qualquer lei, independentemente de sua antiguidade, à Constituição, realizando a força normativa desta última (LOTTIN, 2010).

Naturalmente, entre 1958 (criação do Conselho Constitucional) e a revisão constitucional de 2008, já houve ocasião de surgirem, perante os órgãos jurisdicionais franceses, por diversas vezes, problemáticas referentes à constitucionalidade ou não de leis vigentes. E sobre isso, o Conselho Constitucional, em 25 de janeiro de 1985, decidira que a constitucionalidade de uma lei promulgada “pode ser utilmente contestada por ocasião do exame de disposições legislativas que a modifiquem, a completem ou afetem o seu domínio” (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Décisions*). Noutros termos, quando a constitucionalidade de uma disposição legal era alevantada em juízo, os magistrados tinham, antes da QPC, duas opções: ou se negavam ao poder de controlar a constitucionalidade da norma, ou, argumentavam pela “exceção de caducidade” da lei, para afastar sua aplicação no caso em litígio (CANIVET, 2010).

A QPC, portanto, garantiu a melhoria nessa sistemática da averiguação da constitucionalidade no caso concreto, atribuindo o exame meritório da constitucionalidade ao órgão criado especificamente para este fim, além de não permitir que o cidadão, o jurisdicionado, termine sem a devida defesa de suas liberdades e garantias constitucionalmente asseguradas.

#### 4.3.2 Processamento da QPC

O advento da questão prioritária de constitucionalidade trouxe à tona, sobretudo no meio acadêmico francês, a discussão a respeito da emergência de um Direito Processual Constitucional. Um grupo de pesquisadores da Escola de Direito da Universidade de Paris I (antiga Sorbonne), por ocasião dos 10 anos de aplicação da QPC (2020) publicou seus resultados de pesquisa neste campo.

Dentre os mais notáveis pontos, destaca-se a reflexão acerca das relações jurídicas estabelecidas entre os atores da QPC, isto é, os litigantes (demandantes e demandados), seus respectivos consultores jurídicos, os órgãos jurisdicionais que intervêm nas diferentes fases do processo, o Secretariado-Geral do Governo e mesmo o Parlamento, fazendo pensar na urgência de uma doutrina específica acerca do processo constitucional na França, a fim de investigar seus institutos próprios (ROBLOT-TROIZIER; ARRETO, 2020).

A vista disso, demonstra-se adiante o processo incidental da QPC, a fim de, no momento oportuno, realizar a pertinente comparação com o formato da jurisdição constitucional brasileira.

#### 4.3.2.1 Condições de Admissibilidade

Antes do julgamento, em qualquer instância, de sua causa (que pode ser sobre matéria cível, administrativa, penal, fiscal, ambiental, empresarial, etc), qualquer litigante, demandante ou demandado, possui o direito de colocar a QPC. A exceção reside apenas na matéria penal, pois aí apresentação da QPC pode dar-se desde a fase de instrução (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Décisions*).

As regras de representação são as mesmas da jurisdição aplicável ao caso (administrativa ou ordinária), tendo em comum o dever de ser escrita (mesmo se a jurisdição regente prever processo oral) e fundamentada em separado das demais disposições da eventual peça processual em que for trazida. Se um advogado é obrigatório no caso, ele deverá apresentar o QPC ao órgão jurisdicional; se não for possível o pagamento de um advogado, conta-se com o serviço de apoio judiciário para tanto, garantindo o amplo acesso à justiça por parte dos necessitados; e, se, por fim, no caso não for obrigatória a postulação por advogado, a própria parte poderá apresentar a questão (CARCASSONE; DUHAMEL, 2015, p. 41).

Para que seja aceita pelo órgão jurisdicional que primeiro a conhecer, a QPC deve atender a três requisitos de admissibilidade.

O primeiro diz respeito à lei impugnada ser diretamente aplicável ao litígio concreto. A disposição legislativa deve ter relação direta com o processo, ou, constituir o fundamento do processo para que se dê andamento.

A segunda condição de admissibilidade trata de verificar se a lei já não foi declarada conforme a Constituição pelo Conselho Constitucional em sede de controle preventivo (nos fundamentos ou em dispositivo de decisão). Existe um rol das disposições legislativas que já foram alvo desse tipo de decisão do Conselho Constitucional disponível para a consulta em sítio próprio, devendo ser observado antes da propositura da questão. Aqui, saliente-se: esta condição comporta uma exceção. Se houver mudança de circunstâncias de fato ou de direito dentro do caso concreto, mesmo a disposição legal já tendo sido declarada conforme a Constituição pelo Conselho Constitucional em controle prévio, poderá ser proposta a QPC desde que se demonstre a mudança tão cedo quanto possível (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Guide Pratique de la QPC*, 2020).

Por fim, como terceira condição, verifica-se se a pergunta colocada tem caráter sério ou novo. A fim de evitar-se a QPC em caráter processual protelatório, exige-se que o arguinte fundamente bem em que é que a disposição legislativa (ou lei inteira) desrespeita seus direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ou, se for o caso, em que a questão é nova (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Guide Pratique de la QPC*, 2020). Esse é o critério mais subjetivo dos três, uma vez que envolverá a avaliação do magistrado quanto às possibilidades de generalidade e abstração da própria norma. Ou seja, nesse ponto, o juiz interpretará subjetivamente se a lei em questão foi ou não capaz de prever a situação concreta *sub judice*.

#### 4.3.2.2 Objeto e Parâmetro

O objeto impugnado da QPC pode ser uma lei inteira, parte dela, ou uma disposição legislativa. Mas, apenas leis podem ser contestadas, sejam elas leis orgânicas, leis ordinárias, os despachos ratificados pelo Parlamento ou, ainda, uma lei do país da Nova Caledônia (território ultramarino francês).

A data de entrada em vigência da lei contestada é irrelevante na análise quanto ao objeto (CAVINET, 2020).

Os despachos não ratificados, os textos regulamentares (como os decretos), ou, as decisões individuais não podem ser objeto dessa questão, uma vez que seu controle cabe à esfera da jurisdição administrativa.

Quanto ao parâmetro de controle de constitucionalidade no campo da QPC, frise-se: são os direitos e liberdades garantidos pela Constituição de 1958 (incluindo os direitos econômicos e sociais enumerados neste preâmbulo e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República) ou pelos textos remetidos no preâmbulo dessa mesma Constituição, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta Ambiental de 2004. Isto é, o parâmetro dessa forma de controle não abarca textos normativos decorrentes do direito internacional (CAVINET, 2020).

#### 4.3.2.3 Procedimentos

O demandante da QPC não pode apresentá-la diretamente ao Conselho Constitucional, é o órgão jurisdicional a que a questão é submetida que deve proceder o primeiro filtro, averiguando se ali estão presentes as três condições de admissibilidade da pergunta. Se entenderem não estarem presentes os requisitos, a QPC não segue, e o processo litigioso segue seu curso, não sendo cabível nenhuma forma de impugnação à decisão denegatória de QPC. Isto é, se o magistrado que conhece a QPC é de primeiro grau ou tribunal (ordinário ou administrativo), e, denega a questão, ela sequer é levada ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação para o segundo filtro. E, se a QPC é apresentada pela primeira vez já no Conselho de Estado ou na Corte de Cassação, e é negada, também não seguirá ao Conselho Constitucional. O prazo para o magistrado aplicador do primeiro filtro decidir é de oito dias, bem como o prazo se repete para, se for o caso, o segundo filtro nas cortes superiores (CARCASSONE; DUHAMEL, 2015, p. 90).

Se, no entanto, o magistrado a conhecer a QPC entende que os requisitos estão presentes, ela é remetida *incidenter tantum* ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação para segundo filtro (se é que eles já não são os juízos cognoscentes) para decisão em igual prazo de oito dias.

Sendo a decisão favorável à QPC, ela é remetida do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação para o Conselho Constitucional.

Uma vez no Conselho Constitucional, a QPC tem prazo de três meses (a contar da data em que a questão lhe for submetida) para ser solucionada. Nesse tempo, em observância ao contraditório, é facultado às partes apresentarem observações por escrito por meio eletrônico (não é imprescindível advogado).

Em seguida, os advogados (se houverem) podem fazer sustentações orais no dia da audiência. Este ato último, sim, é privativo de advogado, e essas audiências são tornadas públicas, estando gravadas e disponíveis no sítio do Conselho Constitucional para consulta pública (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Guide Pratique de la QPC*, 2020).

Após isso, a cúria se reúne em segredo para deliberação e votos, sendo publicada apenas a decisão final do Conselho Constitucional como um todo (no mesmo dia da audiência ou não), tendo a decisão como características (até agora) a clareza de linguagem e a brevidade de sua extensão. Frise-se que o Conselho Constitucional leva em média 76 dias para julgamentos de QPC, respeitando, assim, o prazo estabelecido por seu regimento. A QPC já corresponde a 80% do trabalho do órgão, emitindo em média 75 decisões por ano, todas no prazo (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Guide Pratique de la QPC*, 2020).

#### 4.3.2.4 Efeitos da Decisão

Se o Conselho constitucional declara a disposição legislativa impugnada conforme a Constituição de 1958, o tribunal de origem deve aplicá-la, considerando, por suposto, as ressalvas interpretativas do Conselho Constitucional, se houver. Mas, em todo caso, mantendo-se a lei em sua posição na sistemática jurídica interna, só podendo o tribunal originário deixar de aplicar a norma se entender incompatível com dispositivo de tratado internacional ou incompatível com o Direito da União Europeia (CARCASSONE; DUHAMEL, 2015, p. 161).

A decisão do Conselho Constitucional tem força *erga omnes*, vinculando todos os poderes públicos, sejam autoridades governamentais, administrativas ou jurisdicionais. A declaração de inconstitucionalidade, inclusive, aproveita todas as pessoas que porventura tenham QPC pendentes sobre o mesmo dispositivo.

Se, noutra senda, a decisão do Conselho Constitucional é no sentido de entender inconstitucional o dispositivo legal contestado, então ele é revogado, e, expugnado do ordenamento jurídico francês.

É possível ao órgão de controle constitucional decidir pela modulação ou não dos efeitos de suas decisões, podendo perfeitamente determinar data posterior à decisão para o início da produção dos efeitos. Isso se serve, sobretudo, para que o Parlamento tenha a oportunidade de apreciar as consequências da decisão, e, eventualmente, corrigir a inconstitucionalidade (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Guide Pratique de la QPC*, 2020).

As decisões do Conselho Constitucional são publicadas no Jornal Oficial e tanto o dispositivo decisório quanto as razões fundantes têm força de coisa julgada, conforme o art. 62 da Constituição de 1958.

Acrescente-se, por fim, que não é possível recorrer de uma decisão exarada pelo Conselho Constitucional.

#### **4.4 Apontamentos à QPC**

Tão logo o instituto da Questão Prioritária constitucional adentrara o ordenamento jurídico, em 2008, e, posteriormente, iniciou-se sua aplicação, em 2010, os pesquisadores e aplicadores do direito mantiveram grande observância quanto às peculiaridades desse sistema de controle constitucional, bem como se manteve a atenção quanto a sua efetividade em garantir direitos e liberdades constitucionais (previstos ou não na Constituição da Vª República). Sobretudo no continente europeu, o tema passou à preferência das academias e eventos jurídicos, curiosos da forma de funcionamento real de um controle *a posteriori* num país que tanto resistiu aos modelos implantados por seus vizinhos.

Dentro de um contexto de império, não da lei, mas da Constituição como Norma Fundamental e superior a todas as outras normas do ordenamento jurídico, a França conseguiu, por muito tempo, manter vigente o princípio da soberania parlamentar. A despeito, é certo, de certa vulnerabilidade dos cidadãos quanto à tutela jurisdicional de seus direitos fundamentais face a uma realidade individual e coletivamente digital, globalizada, miscigenada, pós-moderna, bem diversa do contexto de surgimento da Assembleia Nacional.

Embora já existisse em solo gaulês a possibilidade de controle prévio e político de constitucionalidade, é certo que, com o reconhecimento da possibilidade de imperfeição das leis, a França alçou-se a um patamar de salutar crítica da própria teoria jurídica. Afinal, a generalidade e abstração normativa não dão conta de prever

as infinitas possibilidades de atos-fatos jurídicos gerados pela ação humana. As possibilidades de ações humanas são tão ilimitadas quanto as possibilidades de criação artística ou científica. A pretensão de criação de um conjunto normativo total, dotado do condão de prever todas as esferas de conflitos humanos, deve restar como uma utopia napoleônica egocêntrica e inalcançável por definição.

Reconhecida a falibilidade legal, o ordenamento francês alcança maior potencialidade de completude sistêmica por meio de um *savoir faire* de justiça constitucional dinâmico e flexível. O Conselho Constitucional, com efeito, tem funcionado, nesses anos de aplicação da QPC, como uma grande instância de efetivação de direitos, como uma instituição pública garantidora da força normativa da constituição e fortalecedora da cidadania republicana, a cada julgamento de questão constitucional levada por partes em litígios concretos.

Não sendo, no entanto, impassível de apontamentos e apreciações, por ocasião dos 10 anos de QPC, o Conselho Constitucional veiculou um caderno de publicações, redigidas majoritariamente por seus próprios membros, em que são analisados alguns desvios do controle de constitucionalidade *a posteriori*. Assessorados por diversos acadêmicos de todo o país, e, abertos ao diálogo com diversos advogados e consultores jurídicos, os conselheiros constitucionais expuseram uma série de artigos e resenhas em que, no limite, avaliam sua própria atuação (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Titre VII*, 2020).

Logo no editorial, redigido pelo Presidente do Conselho Constitucional, Laurent Fabius, é apontado que:

*Beaucoup de chercheurs ont appelé notre attention sur l'intérêt de renforcer la motivation de nos décisions sous certains aspects. Mes collègues et moi sommes conscients de cette attente et, après y avoir déjà beaucoup travaillé, nous sommes déterminés à continuer à y répondre*<sup>8</sup> (FRANÇA, *Conseil Constitutionnel, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Titre VII*, 2020).

Donde se infere que, o que inicialmente pode parecer uma virtude, a da concisão nas decisões judiciais, para os jurisdicionados franceses, destinatários finais do controle constitucional, finaliza por ser uma falha (sanável). Temem os pesquisadores pela fundamentação decisória deficitária, que, em último grau,

---

<sup>8</sup> “Muitos pesquisadores chamaram a nossa atenção para o interesse de aumentar a motivação de nossas decisões em alguns aspectos. Os meus colegas e eu estamos conscientes desta expectativa e, depois de termos trabalhado muito nela, estamos determinados a continuar a dar-lhe resposta”. Tradução livre.

poderia engendrar, mais adiante, um órgão passível de ser acusado de arbitrariedade em suas colocações. Até as decisões mais polêmicas do Conselho Constitucional, como a Décis C n. 2010-1 QPC, de 28 de maio de 2010, sobre a cristalização das pensões, que é das mais longas, não totaliza vinte páginas.

A motivação das decisões é medida de clareza, legitimidade decisória e publicidade do ato público, a fim de assegurar a higidez processual e a confiabilidade dos cidadãos no sistema de Justiça. Sem a fundamentação, as partes, os outros órgãos jurisdicionais e a sociedade não conheceriam o porquê de a Corte ter tomado aquela decisão. A fundamentação é indispensável para a fiscalização da atividade judiciária, assegurando-lhe a transparência. Esse controle é essencial nos Estados Democráticos, e, por esse motivo, a fundamentação, tida como deficitária, segue sendo combatida pelos juristas franceses.

Noutro ponto, também foi aventado, na ocasião, acerca dos filtros para os controles constitucionais. É sabido que existem condições para a admissibilidade da questão prioritária, e que esses requisitos são avaliados logo pelo primeiro magistrado a receber a demanda. O que se coloca é: se o magistrado originário faz o juízo quanto à seriedade da questão prioritária, admitindo ou não, de plano, o seguimento do incidente, então, também analisa o mérito da constitucionalidade aventada. Nesse sentido, afirma Dominique Rousseau que “os juízes ordinários, no exercício da admissibilidade da questão prioritária, exercem um pré-controle de constitucionalidade na medida em que avaliam a seriedade da pergunta que será feita ao Conselho Constitucional” (2015, p. 51-52).

O filtro é elástico e subjetivo, sem dúvidas. Avaliar a pergunta como séria ou não requer uma desconfiança (ou certeza interna) de que existe uma (in)constitucionalidade envolvida na disposição legislativa. Se o magistrado não pressente a inconstitucionalidade, reenvia a pergunta ao próximo órgão; e, se pressente a norma compatível com a Constituição, não reenviará. Com efeito, não há completa autocontenção nessa atividade, o magistrado invariavelmente se coloca para dizer da novidade ou seriedade atinente à matéria.

Além disso, vale dizer que não existe clareza quanto aos critérios de admissão ou denegação da admissibilidade da QPC por este primeiro juízo. Não existe um banco de dados demonstrativo da transparência de motivos que levaram o magistrado cognoscente da QPC a adotar tal ou qual decisão. A jurisprudência do Conselho Constitucional, do Conselho de Estado e da Corte de Cassação, de fato, é

clara e transparente pelo sítio próprio de cada um desses órgãos, todavia, os profissionais sofrem com a ausência de informações a respeito das decisões de QPC proferidas pelos juízes de fundo.

Por fim, como o procedimento da QPC é incidental, e o juiz da ação não é o mesmo que julgará da constitucionalidade da norma aplicável, há uma certa abstração no julgamento pelo Conselho Constitucional. Na demonstração de como a lei é inconstitucional, o demandante não tem a oportunidade de colocar todas as questões fáticas e de direito que demonstrou no juízo instrutório. Em consequência, o julgamento de mérito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade distancia-se do caso concreto. Laurent Fabius, presidente do Conselho Constitucional, afirmou que “por razões que se prendem com as consequências manifestamente excessivas das decisões de censura, um terço delas não beneficia o particular na origem da QPC” (FABIUS, 2020). Ora, a jurisdição constitucional não pode dispensar a jurisdição ordinária porque necessita verificar se o alcance de sua análise está vulnerando ou não os direitos fundamentais e liberdades públicas.

Qual é o resultado útil da decisão em sede de justiça constitucional se, antes de tudo, não garantir a proteção ao direito fundamental? A satisfação das partes ao final do processo e a sensação de utilidade do sistema judiciário são baluartes de um Estado Democrático de Direito e as sementes da confiança dos cidadãos nas instituições republicanas. Se as decisões em sede de QPC não estariam ainda em conformidade com a grandeza da pequena demanda, então, seria mesmo o caso de repensar a sistemática procedimental do reenvio da questão.

Por fim, acrescente-se que o modelo francês de controle constitucional ainda não comporta terceiros intervenientes ao processamento da Questão Prioritária de Constitucionalidade (*amicus curiae*, etc). Além disso, mesmo no controle político-prévio não é possível a participação de terceiro dentro dessa etapa legislativa.

#### **4.5 Classificações Possíveis ao Sistema Francês**

Apresentada a estrutura da justiça constitucional francesa, seu histórico, fundamentos, instituições, funcionamento e crítica, passa-se à possibilidade classificatória de seus institutos e órgãos de controle constitucional.

A princípio, importa esclarecer que o controle de constitucionalidade francês obedece a uma formatação *sui generis*, não podendo ser comparado diretamente

nem ao modelo norteamericano, nem ao austro-germânico, embora, possam ser identificados elementos esparsos de um e de outro, pois o controle é concentrado como no modelo kelseniano, e, na QPC, parte de um caso concreto, como no modelo estadunidense.

Não se pode dizer que em tempos atuais, com o avanço e intensificação dos estudos comparativos e das trocas de elementos culturais (respostas jurídicas inclusas), exista efetivamente no mundo algum sistema de controle constitucional pura e unicamente concentrado, ou pura e unicamente difuso. Daí, é necessário encarar a questão sem a inflexibilidade do dualismo, dizer que é exclusivamente difuso ou exclusivamente concentrado é excluir do debate os diversos tons acinzentados entre uma situação e outra.

Por outro lado, como não se pode percorrer a trilha acadêmica sem o fio condutor de alguma classificação possível e aplicável, propõe-se nem bifurcar o caminho (um lado unicamente concentrado e o outro difuso), nem abolir todas as formas de norteameritamento quanto ao agrupamento dos elementos e características dos sistemas de controle da constitucionalidade.

Dessa forma, pode-se dizer que a natureza do órgão exercente da justiça constitucional francesa é mista. Não se pode afirmar que o órgão tem natureza exclusivamente política, porque suas decisões no âmbito da QPC são revestidas de todos os elementos afeitos à atividade jurisdicional (LOTTIN, 2010). Sobre isso, acrescenta o prof. Edilson Pereira Nobre Júnior que o papel ativo na tutela dos direitos e liberdades fundamentais ocasionou mudança no modo de visão da doutrina em relação ao Conselho Constitucional, a qual “passou a obscurecer-lhe o cariz de órgão político, equiparando-o, pelo método desenvolvido em sua atividade, a um autêntico tribunal ou corte constitucional” (NOBRE, 2010, p. 09). E, também, não se pode dizer que sua natureza é somente jurisdicional, porque, quando do exercício do controle prévio da constitucionalidade das normas, o Conselho Constitucional assume ares de participante do processo legislativo de formação das leis, exercendo o filtro da constitucionalidade como uma etapa procedimental.

No que diz respeito ao momento em que esse controle é exercido, a França também apresenta modelação mista. Previamente à promulgação normativa, existe a possibilidade de controle político pelo Conselho Constitucional, por meio do seu papel ou como etapa obrigatória no processo legislativo ou como órgão político consultivo da constitucionalidade (se a consulta ao Conselho Constitucional for

facultativa). E, posteriormente ao início de vigência da norma, existe a garantia cidadã da QPC, que, em caso de violação a garantias e liberdades fundamentais, pode o cidadão provocar a atuação do Conselho Constitucional, que, agora, atua como verdadeiro órgão jurisdicional, instado a manifestar-se pelos tribunais superiores, afastando a incidência normativa de disposição incompatível com a Lei Fundamental e superior hierárquica (LOTTIN, 2010). Em sede de QPC, trata-se de verdadeiro exercício jurisdicional. Embora o Conselho Constitucional não pertence a nenhuma das duas jurisdições ordinárias francesas, exerce, em QPC, a “última palavra” sobre a interpretação das disposições constitucionais, resolvendo o incidente (e a lide original) de forma definitiva.

Ademais, justamente por não pertencer à estrutura da “Autoridade Judiciária”, mas sim, constituir um órgão à parte e especializado na interpretação da Constituição e do bloco de constitucionalidade, é que o Conselho Constitucional se faz mais próximo do modelo de Corte Constitucional desenhado por Kelsen em 1929. O jurista austríaco reservou ao órgão efetivador da justiça constitucional o ofício jurisdicional aplicador da Norma Máxima, porém, afastando-o da jurisdição ordinária, a fim de não reservar maiores poderes ao Judiciário, mantendo-se a ideia de repartição das funções republicanas (VILHENA, 2018).

Quanto ao número de órgãos exercentes do controle da constitucionalidade, conclui-se que a jurisdição constitucional francesa é concentrada. À exceção da ressalva feita por Dominique Rousseau, de que o magistrado cognoscente da QPC exerceria, em tese, um pré-controle da constitucionalidade quando analisa a admissibilidade do incidente, não se pode dizer que o sistema é do tipo difuso. O controle tipicamente difuso permite a qualquer órgão jurisdicional afastar a incidência da norma contestada se entender inconstitucional, não necessitando reportar-se a nenhum outro órgão. Como não é isso que acontece na França, uma vez que a questão prioritária de constitucionalidade só é resolvida pelo Conselho Constitucional, inclusive suspendendo o processo originário, então, infere-se, que o modelo francês é exclusivamente concentrado.

Por último, e não menos importante, no tangente ao modo de manifestação do controle constitucional, a França apresenta o controle por via incidental. Isto é, a arguição da inconstitucionalidade de disposição legislativa deve surgir dentro do curso normal de um processo judicial, sendo a inconstitucionalidade de caráter prejudicial, já que precisa ser analisada antes do mérito instaurador do processo

primeiro. Para acolher ou não a demanda do autor, o magistrado precisará da resposta sobre a conformidade com a Constituição. Assim, a inconstitucionalidade não constitui pedido inicial, mas, causa de pedir, porque seu fundamento jurídico. Além disso, frise-se que o controle incidental é sempre concreto, porque envolve a resolução de um litígio ou controvérsia entre as partes.

Sobre o ponto derradeiro, é válido ressaltar que, quando o Conselho Constitucional avalia a conformidade de projetos de lei (ou outros atos normativos) de maneira preventiva, não está realizando controle abstrato de constitucionalidade. Primeiro porque, quando da manifestação obrigatória do órgão, não há pedido algum formulado por parte alguma, não há o “contencioso constitucional” (DANTAS, 2010, p 48); e, segundo, porque essa atividade apenas constitui uma etapa do processo legislativo, não sendo, portanto, nessas hipóteses, um controle de constitucionalidade jurisdicional.

Assim, a justiça constitucional francesa hoje, após a revolução jurídica da QPC, se classifica como mista quanto ao órgão a exercê-la (controle político e jurisdicional, a depender da natureza do momento da atividade do Conselho Constitucional); mista também em relação ao momento em que esse controle é exercido (captando o controle prévio, político, e, o controle a posteriori, jurisdicional); quanto ao número de órgãos exercentes, o controle é concentrado (propriamente, apenas o Conselho Constitucional o faz); e, por fim, no modo de manifestação, a França tem controle pela via incidental, quando julga em sede de QPC, e, quando emite parecer na consulta legislativa de conformidade à Constituição, então, não exerce controle principal, posto não tratar-se de um pedido formulado, mas, de uma etapa do processo legislativo de formação legal.

## 5 O SISTEMA BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 5.1 Contexto

Adrede, importa esclarecer que uma jurisdição constitucional só é possível a partir de dois pressupostos elementares: primeiro, que haja uma constituição, uma norma fundamental, estruturadora do Estado, limitadora de poderes e garantidora de um rol de direitos e garantias ditos fundamentais. Depois, cumpre ser suprema. É uma constituição dotada de supremacia que legitimará falar-se numa justiça da constituição.

No Brasil, desde a invasão portuguesa, normas escritas foram a tônica da construção nacional. Em princípio, as Ordenações da Coroa regulavam as relações jurídicas do Brasil colonial, e após, paulatinamente, foram adotando-se outros instrumentos regulatórios, como as leis de reino, entre outras espécies.

Após a chegada da família real portuguesa, em 1808, já na condição de reino unido à Portugal, é que houve ainda maior produção normativa, sobretudo com vistas a melhor assentar o poder central colonizador por meio de regras mais claras (GOMES, 2014, p. 201). Com efeito, o advento das constituições é processo tardio no país, pois é somente após a independência que se torna premente a necessidade de uma estruturação normativo fundamental própria ao Brasil.

Embora em 1817 os revolucionários pernambucanos tenham redigido uma constituição, sob o epíteto de Lei Orgânica de 1817, e que vigorou por setenta e cinco dias, consta oficialmente que a primeira Constituição Brasileira data de 25 de março de 1824.

Insurgência semelhante à Inconfidência Mineira e à Conjuração Baiana, a Revolução Pernambucana de 1817 teve natureza separatista em relação à Portugal e cunho ideológico republicano, essencialmente iluminista, por força do contexto mundial da época (ressalte-se que a Revolução Francesa eclodiu em 1789).

Inconformados sobretudo com a carga tributária e com as medidas da Coroa portuguesa, inciam os pernambucanos, em 06 de março de 1817, uma revolução cujo escopo era formar um Estado próprio (FRANÇA, 2015, p. 37). Para tanto, e inspirados sobretudo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, redigem a Lei Orgânica de 1817, estruturando os três poderes republicanos, renunciando a igualdade entre os homens (inclusive com a lenta e gradativa

libertação dos escravos), e já garantindo direitos fundamentais individuais como a liberdade de imprensa (art. 25) e a tolerância religiosa (art.23), por exemplo (FRANÇA, 2015, p. 38).

Um texto normativo promotor de uma forma republicana de governo, que limita o poder pela tripartição de funções, e, que garante de direitos fundamentais, é essencialmente uma constituição. No entanto, devido ao caráter não nacional da Lei Orgânica de 1817, a historiografia brasileira atribui à Constituição de 1824 o ineditismo.

## **5.2 A Constituição de 1824**

Nas palavras do jurista mineiro Raul Machado Horta, “não há concomitância no tempo entre a técnica da rigidez constitucional e a prática do controle da constitucionalidade das leis” (HORTA, 2010, p. 100). De fato, uma vez que o Estado adota uma Lei Fundamental como sendo a superior hierárquica dentro daquele ordenamento jurídico, costuma, a depender dos interesses políticos envolvidos, aderir à Lei Maior a característica da rigidez, para que não seja ordinariamente alterada pelo legislador comum, assim também para que seja necessário maior consenso parlamentar (através do quórum diferenciado) para sua mudança.

Tal técnica, no entanto, não implica obrigatoriamente na adoção imediata e posterior de um sistema de controle da constitucionalidade dos atos normativos. Isso porque existem fatores políticos e ideológicos circundantes, que, terminam por influenciar esse processo, podendo perfeitamente retardar o controle constitucional, mesmo havendo uma Norma Suprema a ser observada.

O exemplo de que esta pesquisa tratou no capítulo anterior é emblemático nesse ponto: a França, ligada fortemente a uma interpretação rígida da teoria da separação dos poderes, adstrita, outrossim, ao princípio da soberania parlamentar como forma de assegurar o princípio democrático, resistiu fortemente a ideia de um controle da constitucionalidade das leis. Conforme trabalhado outrora, veio a adotar um órgão controlador da constitucionalidade apenas em 1958, e, somente a partir de 2008-2010 dar a sua atividade a condição de jurisdição constitucional.

Além disso, cumpre compreender as possibilidades semânticas concernentes à expressão “controle de constitucionalidade”. Com efeito, se pensarmos na expressão como uma atividade típica da magistratura (seja ela parte integrante ou

não do Poder Judiciário), então, inquestionavelmente, ter-se-á uma limitação quando do reconhecimento do momento inicial do controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil. Imaginar-se-á, como marco originário da técnica no Brasil, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Sobre isso, adverte o constitucionalista Marcelo Casseb Continentino:

A segunda premissa, conectada à primeira, acolhe a ideia de que a elaboração de uma história do controle de constitucionalidade precisa desmitificar a tradicional narrativa da linearidade de sua evolução legislativa, segundo a qual o controle foi introduzido no Brasil com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e, Constituição após Constituição, foi ampliado e consolidado na Constituição de 1988, em que teria atingido sua forma mais bem elaborada (CONTINENTINO, 2017, p. 2521-2543).

Ora, se o controle de constitucionalidade for entendido como uma atuação reclusa aos juízes, cabível a todo juiz, como no modelo norteamericano, ou competente a um órgão jurisdicional afora do Judiciário, como no modelo kelseniano, então, haverá uma restrição no alcance da expressão. No entanto, se considerarmos a justiça constitucional como um campo mais aberto da linguagem, mais ligado à “interpretação constitucional”, daí, será possível apreender alguma forma de controle constitucional no período de 1824 a 1891.

Nesse diapasão, alerta o professor Marcelo Casseb Continentino:

São três as razões normalmente apontadas para se concluir pela inexistência do controle de constitucionalidade à luz da Constituição de 1824 (CONTINENTINO, 2015, p. 29-47): (i) o controle das leis era exercido pelo Poder Legislativo, tendo em vista que a Carta do Império atribuía expressamente à Assembleia Geral a competência para interpretar as leis e para zelar na guarda da Constituição; (ii) o consenso em torno de uma atuação dos juízes limitada à simples aplicação da lei; (iii) a existência do Poder Moderador revestido de funções próprias de uma corte constitucional (CONTINENTINO, 2017, p. 2523).

Malgrado os pressupostos adotados pela doutrina nacional para o não reconhecimento de um controle constitucional das leis na Constituição de 1824 serem de ordem válida, posto sua clara inspiração em alguns dos princípios franceses (soberania parlamentar e juízes limitados à aplicação literal da lei), a presente abordagem amplia o leque semiótico da expressão “controle de constitucionalidade” para acatar a existência de uma justiça constitucional no período imperial brasileiro.

A Carta Magna de 1824 é peculiar em alguns aspectos, máxime no estabelecimento de um Poder Moderador, que, representado unicamente pela pessoa do Imperador, estaria acima dos demais poderes (Executivo, Legislativo e

Judiciário), “equilibrando-os e harmonizando-os”, conforme a redação do art. 98 da Constituição de 1824. O Poder Moderador tinha poderes suficientes para a dissolução do parlamento, para a concessão de asilo e para a suspensão de magistrados. Isto é, na prática, o Poder Moderador poderia ser capaz de estabelecer a ordem constitucional, fazendo prevalecer a ordem constituinte. Para Marcelo Casseb, a conjuntura político constitucional do império tornava o imperador uma “figura sagrada e mítica, infalivelmente voltado para realizar o interesse coletivo e o bem-estar da sociedade, de sorte que a validade de leis não encontraria seu limite na Constituição, mas em sua vontade legítima e, por isso mesmo, constitucional” (CONTINENTINO, 2017, p.2524).

Além disso, a Carta do Império atribuiu à Assembleia Geral a função de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, incisos IX, da Constituição Imperial de 1824), realizando a interpretação da Lei Fundamental, e, por conseguinte, caberia também ao Poder Legislativo a defesa da supremacia constitucional, além da ordenação constitucional promovida pelo Poder Moderador.

Ao contrário do que se pode supor, portanto, a causa para a inexistência de um controle constitucional pela via judicial não reside na existência de um Poder Moderador (CONTINENTINO, 2017, p. 2525). Antes, tem suas causas na própria conjuntura política e ideológica da época, que comportava o ideal francês de atuação contida dos magistrados como maneira de assegurar a soberania das leis editadas pelo parlamento, necessariamente democráticas, segundo essa linha de pensamento.

Acrescenta o professor Marcelo Casseb Continentino que o Ato Adicional de 1834 estabeleceu “procedimento específico de tutela da Constituição de 1824, tornando-se, pois, inquestionável que a ordem constitucional imperial passou a abrigar a prática do controle de constitucionalidade (embora não judicial)”. Isso porque, a partir dessa revisão constitucional, restou estabelecido que os presidentes de Províncias e a Assembleia Geral (e provinciais) poderiam opor-se às leis contrárias à Constituição (art. 11, §9º, Lei n. 16/1834).

Com isso, pode-se concluir que, na realidade, o controle da constitucionalidade existiu no período imperial, no entanto, exercido pelas instâncias políticas: o Imperador, o Legislativo, e, depois do Ato Adicional de 1834, o Poder Executivo (inclusive regional). Denota-se disto, mais uma vez, a influência ideológica das construções jurídicas francesas, vez que, lá, às instituições políticas, por

gozarem de muito maior prestígio social, foram atribuídas as funções de zelar pela ordem constitucional e pela efetivação de uma justiça constitucional.

### **5.3 A Constituição de 1891**

Leciona o professor Ivo Dantas que “proclamada a República (1889), o constitucionalismo brasileiro deixa de sofrer influência direta do modelo francês, para inspirar-se no americano” (DANTAS, 2010, p. 94). Verdadeiramente: a instituição de uma república “dos Estados Unidos do Brasil”; um formato federativo de Estado; a criação de uma Corte Suprema; estabelecimento de uma justiça federal (inclusive com atribuições de controle constitucional); e a própria confiança de uma justiça constitucional atribuída aos magistrados. Tudo isto torna incontestemente a hegemonia das ideias do gênio de Rui Barbosa, tão afeito aos institutos e forma de funcionamento dos Estados Unidos.

Sob esta influência, a Constituição de 1891 inaugura o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes no Brasil. Na realidade, tal controle judicial da constitucionalidade havia sido consagrado desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890. O Decreto n. 510, art. 58, §1º, alínea b, e o Decreto n. 848, estabeleceram que na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. Daí, a Constituição de 1891, influenciada pelo constitucionalismo norteamericano, incorporou o critério de controle difuso pela via de exceção processual.

A princípio, os juízes nacionais estiveram reticentes para atuar de forma a interpretar o texto constitucional afastando a incidência de uma norma parlamentar ou um ato do Poder Executivo. Todavia, Rui Barbosa, em defesa de suas ideias, redigiu, na obra “Comentários à Constituição Federal Brasileira”:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desapplicá-las, segundo esse critério (BARBOSA, 1932, p. 133).

O ex-magistrado José Carlos Moreira Alves, nessa toada, lembra que o próprio Supremo Tribunal Federal, composto sobretudo de antigos membros do Supremo Tribunal de Justiça, tiveram receio, no início, de exercer o poder de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos e executivos (ALVES APUD DANTAS, 2010, p. 95). Após as defesas de Rui Barbosa, entretanto, esse papel começou a ser exercido com menor timidez.

Através da reforma constitucional de 1926, clareou-se melhor a atuação dos juízes nesse controle, sobretudo no que tange ao Supremo Tribunal Federal, porque tornou indubitável a atribuição do órgão para julgar os recursos que impugnassem “a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição” e isto negado fosse pelo tribunal do Estado, conforme art. 60, §1º, alínea a, da Constituição reformada.

O certo é que o sistema pensado por Rui Barbosa ocasionou muita insegurança jurídica, vez que os diversos juízes, todos competentes ao exame da constitucionalidade, tinham interpretações variadas sobre a mesma lei, e, também não estavam vinculados, como nos Estados Unidos, às decisões precedentes.

#### **5.4 A Constituição de 1934**

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, em seu art. 76, inciso III, alíneas *b* e *c*, optou pela manutenção do controle judicial difuso da constitucionalidade, incluindo algumas alterações.

O contexto de promulgação da terceira constituição brasileira era definitivamente outro: o otimismo científico, o pós I Grande Guerra, os problemas decorrentes do Estado liberal (máxime a Crise de 1929), o advento da Constituição de Weimar, a Revolução Russa de 1917, entre outros, formavam o palco dessa primeira tentativa democrática e inclusiva.

Os eventos sucedidos entre 1890 e 1934 fizeram repensar sobre o papel do Direito na promoção do bem-estar social. Muito destaque era dado nas academias nacionais acerca do Direito Civil e do Direito Comercial, e quase nenhuma atenção ao Direito Público e suas potencialidades. O Direito Público, nas mãos das oligarquias era mais um instrumento para a utilização do poder, do que a condição necessária para o seu exercício (POLETTI, 2015, p. 13). E, se o palco para a discussão dos novos papéis do ordenamento jurídico não estava pronto em 1890, quando da República, estava sem dúvidas em 1930: a Comissão elaboradora do

projeto da constituição adentrou temas caros ao constitucionalismo, ao surgimento da categoria dos direitos sociais, estava-se buscando uma racionalização do poder (POLETTI, 2015, p. 16).

E assim, com a inauguração dos direitos sociais no texto constitucional, a Constituição de 1934 traz também novidades em relação ao controle da constitucionalidade. Mantém o sistema de controle judicial difuso, porém, com algumas notáveis modificações: a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais (fazendo com que, nos tribunais, a inconstitucionalidade, dado seu caráter excepcional, fosse pronunciada somente com a anuência da maioria absoluta de seus membros); e trouxe também a atribuição ao Senado do poder-dever de “suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV c/c art.96, da Constituição de 1934), a fim de sanar a problemática da insegurança jurídica causada pela ausência de força vinculatória dos precedentes.

Além disso, a Constituição de 1934 criou a chamada “Representação Interventiva”, de iniciativa do Procurador-Geral da República e de competência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 12, V, §2º, da Constituição de 1934). Tal ação, hoje correspondente à Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, deveria ser proposta na hipótese de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis estabelecidos no art. 7º, I, da mesma Constituição, e é apontada como o prenúncio do desenvolvimento, no Brasil, do controle concentrado da constitucionalidade.

## **5.5 A Carta Política de 1937**

Fruto de articulações políticas atuantes na oportunidade, a Carta Política de 1937, conhecida como a “constituição polaca”, em referência a sua inspiração fascista, foi redigida essencialmente pelo jurista Francisco Campos e outorgada por Getúlio Vargas. Teve como principais características o retorno à centralização de poderes na figura do Executivo. Sob o discurso de uma “cruzada” contra o comunismo, o Presidente da República instituiu a nomeação dos interventores nos Estados (que por sua vez nomeariam os representantes governamentais nos municípios), extinguiu os partidos políticos e a Justiça Eleitoral, aboliu o mandado de

segurança e a ação popular, além de estabelecer a censura prévia aos meios de comunicação.

Nessa toada, quanto ao controle da constitucionalidade das leis, manteve o controle difuso incidental, permitindo aos juízes a análise da conformidade constitucional na forma como estava sendo realizado, porém, ao mesmo tempo, intimidou o Poder Judiciário através da possibilidade de tornar sem efeito decisão do STF em sede de controle constitucional:

Art 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937).

Como em todo regime autoritário, na vigência da Carta Política de 1937, houve grave supressão da atividade parlamentar, e, com isso, o Chefe do Executivo poderia simplesmente editar um decreto-lei substitutivo do procedimento constitucionalmente previsto, fazendo valer sua vontade em sede de interpretação constitucional. Ademais, suprimiu a ADI interventiva e a suspensão da norma tida como inconstitucional pelo Senado Federal, enfraquecendo simultaneamente os poderes Judiciário e Legislativo.

Acrescente-se que, nesta seção optou-se pelo uso da expressão “Carta Política” em substituição ao termo “Constituição”. Um, porque o termo Carta Política evidencia o sentido político schmittiano de constituição, e de fato a Carta de 1937 consubstanciou esse sentido. Dois, devido ao fato de que, em regimes autoritários, não há uma limitação/tripartição de poderes eficaz a ponto de fazer fiscalizar o poder Executivo, nem a necessária atenção aos direitos e garantias individuais, ambas as características elementares ao sentido material de constituição (CANOTILHO, 2003, p. 945).

## **5.6 A Constituição de 1946**

Após o turbulento período varguista, em que apesar do fortalecimento de alguns direitos trabalhistas e de um crescimento industrial notável, houve também

grandes arbitrariedades ditatoriais, seguiu-se a Quarta República. Nesse período, o contexto político populista gerou uma atmosfera de crescimento econômico, porém, foi marcado pela acentuação dos problemas sociais como a falta de moradia, transporte e déficit grave na educação (BALEERIO, 2015, p. 12).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, teve uma redação parecida com a Constituição de 1891, acrescentando mecanismos de fiscalização do Poder Executivo, melhorias na ordem tributária (acabando com a bitributação), e elencando maior autonomia aos Municípios (BALEIRO, 2015, p. 13).

Quanto à justiça constitucional, manteve o controle judicial difuso da constitucionalidade como na Constituição de 1934, sem a intervenção do Executivo; e voltou a incluir a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Senado Federal. E em 1965, a Emenda à Constituição n.16 introduziu a Representação Genérica de Inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade por ação), inaugurando no Brasil o modelo austríaco abstrato de constitucionalidade. A competência para o julgamento dessa ação foi atribuída, por força do art. 101, I, k, ao STF. Para mais, a mesma emenda constitucional acrescentou o inciso XIII ao art. 124 da Constituição de 1946, autorizando a adoção do controle de constitucionalidade estadual, de normas municipais em confronto com as constituições estaduais.

Com isso, percebe-se que a partir de 1965 já se encontravam no país os dois modelos de controle constitucional das leis: tanto o modelo norteamericano quanto o modelo kelseniano, ainda que este último limitado às representações genérica e interventiva, caracterizando o tipo misto.

Acerca de uma dúvida da época quanto à obrigatoriedade ou facultatividade do Procurador-Geral da República em propor esse tipo de ação, uma vez representado, adverte o prof. Ivo Dantas que, como a titularidade das representações de inconstitucionalidade era conferida somente a este órgão, então “trata-se de *obrigatoriedade*, dentre outros motivos, pelo fato de que a ele (Procurador-Geral) seria dada oportunidade de pronunciar-se, posteriormente, nos autos, quando, então, poderia opinar de forma contrária ao entendimento da inconstitucionalidade” (DANTAS, 2010, p. 105).

É preciso esclarecer, nesse ponto, que tal emenda à Constituição de 1946 foi realizada diante de um regime político questionável, e, em verdade, funcionava mais

como um instrumento legitimador do poder, pois não houve qualquer intenção de defesa das instituições democráticas face às maiorias parlamentares assembleístas. Percebe-se isto pela parca atuação do período, tanto no que diz respeito à proposição de ações representativas quanto do ponto de vista de seus tímidos julgamentos.

### **5.7 Os Textos de 1967 e 1969**

Partindo da classificação proposta pelo prof. Ivo Dantas na obra “Ciência Política – Teoria do Poder e da Constituição”, em que advoga pelo agrupamento das constituições quanto à origem (podendo elas ser do tipo votadas ou do tipo outorgadas), a “Constituição” de 1967 seria, verdadeiramente, fruto de um pacto entre o Chefe do Poder Executivo da União e a comunidade, representada pelo Poder Legislativo Federal (DANTAS, 2010, p. 107). Por esta razão, usa-se, no título desta seção a expressão “Texto de 1967” e não “Constituição”. Afinal, não se pode dizer que o Texto de 1967 foi promulgado pelo povo.

Com efeito, uma constituição que não procurou assegurar e efetivar direitos fundamentais e garantias individuais não pode receber o título de constituição. Para comprovar a afirmação, o exemplo trazido pelo prof. Ivo Dantas é bastante elucidativo: o art. 173, das Disposições Gerais e Transitórias do Texto de 1967, estabelece que “ficam aprovados e excluídos da apreciação judicial os atos praticados pelo Conselho Supremo da revolução de 31 de março de 1964 (...)” (DANTAS, 2010, p. 108), significando a impossibilidade de fiscalização dos atos do Poder Executivo (concentração excessiva de poder), bem como uma irregular exceção ao princípio da inafastabilidade jurisdicional (a apreciação judicial contribui com o Estado de Direito).

Dessa forma, pode-se dizer que, na vigência desse Texto, o controle de constitucionalidade existiu apenas formalmente, em abstrato na norma; todavia, distante de regular e controlar a constitucionalidade dos atos do Executivo.

O Texto de 1967/69, inclusive – corroborando com a ideia da insinceridade normativa da previsão do controle de constitucionalidade – trouxe poucas alterações aos sistemas incorporados pelo ordenamento jurídico antecedente. Limitou-se a não permitir que os Estados-Membros pudessem realizar o controle de leis municipais

com o parâmetro da Constituição Estadual, e, previu a possibilidade de cautelares a serem pedidas nas representações genéricas de inconstitucionalidade.

De novo, houve que na Emenda n. 01 de 1969 foi instituída a representação interventiva (ação direta interventiva), pelos Estados, no sentido de assegurar a defesa dos princípios sensíveis previstos nas constituições estaduais, conforme art. 15, §3º, *d*, do Texto de 1967. E, além disso, a Emenda n. 07 de 1977 acrescentou dois pontos: primeiro, o art. 119, I, *l*, que passou a prever a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser julgada pelo STF; e, no art. 119, I, *p*, previu a possibilidade da concessão de medidas cautelares em sede de representações genéricas de inconstitucionalidade apresentadas pelo Procurador-Geral da República.

Vê-se, assim, que o Texto de 1967/1969 prevê formalmente os mecanismos elementares e essenciais ao bom funcionamento do regime político-democrático. Sobre isso, acrescenta o jurista Themístocles Brandão Cavalcanti que “esses instrumentos são adequados a uma ação política democrática, dando ao governo os meios necessários para um controle efetivo de sua posição política e de um mecanismo econômico de acordo com a orientação que julgue mais satisfatória” (CAVALCANTI, 1999, p. 28).

No entanto, apesar da estrutura formal favorável à democracia, o regime foi fortemente caracterizado por uma centralização do poder no sistema federal, e, dentro deste, numa centralização do poderio Executivo. Ademais, o voto indireto para Presidente da República, a redução da atividade fiscalizadora parlamentar, a proibição do pluripartidarismo, o controle dos meios de comunicação, o poder de cassação dos direitos políticos, a forte repressão às manifestações populares, e, por fim, o parco controle de constitucionalidade são todos elementos desfavoráveis à afirmação de uma mínima observância aos direitos fundamentais necessários a uma legítima democracia.

## **5.8 A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**

O discurso de promulgação da Constituição Cidadã elenca diversas de suas características distintivas em relação ao momento político-constitucional anterior. Proferido pelo advogado e ex-deputado Ulysses Guimarães, traz:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia. Dois de fevereiro de 1987: “Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.” São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (Palmas.) **A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão (...)** (BRASIL, Câmara dos Deputados, **Discurso de Promulgação**, 1988).

**Grifos nossos**

O objetivo de demarcar a ruptura com o regime militar fez com que a palavra “mudança” e outras expressões do mesmo campo semântico fossem a tônica do discurso. Resultado de grande esforço político conciliatório de interesses, a promessa da Constituição (que mais tarde receberia o epíteto de “cidadã”) começa a ganhar forma com a instauração da Assembleia Constituinte em 1987. A relativa popularização do evento político ganhou contornos a nível nacional, tendo resultado num esforço homérico, para as comissões temáticas, a recepção de um sem número de setores da sociedade civil no Parlamento, cada qual com seus interesses a serem defendidos pelo texto constitucional como forma assecuratória de evitarem-se violações e garantir-se sua concretude. Foi um momento único na história constitucional brasileira, sobretudo pela ampla participação popular nas discussões, e pelo anseio do rompimento com o regime antecedente.

Para além da ampliação do rol de direitos fundamentais e garantias individuais, era preciso demarcar bem mecanismos de evitação ao retrocesso institucional. Foram estabelecidos Poderes Legislativo e Judiciário com ampla atuação, sobretudo fiscalizatória e participativa da condução da coisa pública. E também se pensou em tornar constitucionais os princípios ordenadores para um Estado de bem-estar social, garantindo-se direitos sociais como o Sistema Único de Saúde, a Seguridade Social, a educação pública universal, e ainda outros, de ordem trabalhista, como a unificação do salário mínimo em todo o território brasileiro, a limitação para a jornada de trabalho a 8 horas/dia e 44 horas semanais, o décimo terceiro salário e aviso prévio para demissões.

A proteção social aliada a uma firme defesa da construção de uma cidadania, além da expressão, em muitos pontos, da soberania popular, tornam clara a intenção de devolver a constituição ao seu titular, o povo. O esforço exigiu o levantamento de muitos princípios, que, precisavam ser colocados na Constituição.

A demanda pela expressão constitucional de numerosos princípios relaciona-se ao fato de que a Constituição Cidadã reafirmou fortemente o princípio da

legalidade como fundamento da ordem jurídica. Tal princípio é, ao mesmo tempo, fonte de direitos e obrigações para os cidadãos, e, limite à atuação do poder estatal. A hierarquia legal, bem como a supremacia constitucional, seriam os próprios critérios de validade da atuação legiferante do Poder Legislativo e elemento legitimador da atuação do Poder Executivo e do Poder Público em geral.

Acima da legalidade, no entanto, vige o princípio da supremacia da constituição. A Norma Fundamental estar acima formal e materialmente das demais normas do ordenamento jurídico é o que consolida o Estado Democrático de Direito, isto é, constrói, no limite, o Estado em que é a constituição, em toda a sua carga principiológica, que impera sobre todos, fazendo da dignidade humana e demais princípios estruturantes a própria ordem vigente.

Outrossim, é a supremacia constitucional o pressuposto essencial para a existência de uma técnica que controle/fiscalize a constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. A Carta Maior de 1988, em atenção ao *déficit* da força normativa constitucional do regime político anterior na matéria, manteve praticamente inalterado o modelo difuso-incidental herdado pelo sistema norte-americano, e, paralelamente a isto, expandiu o modelo concentrado. Dessa vez, com a intenção clara de efetivar as previsões normativas.

A Constituição de 1988 inspirou-se na Constituição Portuguesa para a importação dos institutos da inconstitucionalidade por omissão, e, ainda, para o mandado de injunção (TÁCITO, 2015, p. 21). Além disso, com a instituição dessas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ao lado das ações diretas de inconstitucionalidade por ação já existentes); o fim da unicidade de iniciativa do Procurador-Geral da República para a representação de inconstitucionalidade (o modelo atual contempla nove legitimados à propositura de ações diretas); as ações declaratórias de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental; e a manutenção das ações diretas de inconstitucionalidade interventiva, pode-se dizer que, desde a promulgação, o nosso sistema de controle de constitucionalidade permaneceu praticamente o mesmo.

Sobre tais novidades implementadas pela CRFB/1988, comenta o prof. Ivo Dantas:

(...) a criação de novos institutos (...), as novas atribuições que foram conferidas pela Constituição ao STF como decorrências das novéis ações, ao lado da mencionada amplitude da Legitimação Ativa para a propositura de ADIn explicam a frequência com que, a partir de 1988, tem sido proposto,

junto aquele pretório, grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (DANTAS, 2010. p. 180).

A observação do constitucionalista evidencia a profusão das proposições de ações de controle concentrado (e difuso, por inferência) de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. Isso se deve sobretudo ao contexto político e constitucional, que se tornaram favoráveis ao escorreito funcionamento das instituições democráticas após o período da redemocratização.

### **5.9 Estrutura do Controle Constitucional Brasileiro**

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, convivendo tanto o método difuso, de raiz norteamericana, quanto o concentrado, inspirado no modelo austro-germânico. Conforme abordado, cada um desses sistemas teve origem num momento político-constitucional diferente no Brasil e sofreram modificações, por vezes até supressões ilegítimas, de modo que muitos foram os percalços para o estabelecimento de um controle de constitucionalidade nos moldes atuais.

Pelo método difuso de controle constitucional, todo e qualquer magistrado nacional pode analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, além das omissões inconstitucionais, do Poder Público. E pelo método concentrado, é somente o Supremo Tribunal Federal (ou o Tribunal de Justiça do Estado-Membro, quando o parâmetro de controle for a Constituição Estadual) que pode exercer, quando provocado por ação direta própria, o controle da constitucionalidade do ato normativo ou omissão inconstitucional em caráter abstrato.

Na Constituição de 1988, o controle abstrato foi aperfeiçoado, ampliando-se as espécies de ações de controle concentrado e acrescentando maior número de legitimados à propositura dessas ações. Além disso, reconheceu-se força vinculante às decisões do Supremo Tribunal federal (STF) em sede de controle abstrato de constitucionalidade, obrigando a todos, Poder Público ou não (à exceção, é claro do próprio constituinte reformador), a observância de seus dispositivos.

Esse novo regramento, naturalmente, também é uma resposta ao contexto internacional em que o Brasil está inserido. Com uma emergência de crescente comunicação entre as nações, muitos alinhamentos se fazem necessários e o constitucionalismo brasileiro não é uma ilha “a milhas e milhas de qualquer lugar”, é,

antes, uma porção situada histórica e politicamente, inclusive com potencialidades inúmeras de ampliações e melhoramentos de seus institutos vivos. Sobre isso, adverte o prof. Ivo Dantas:

O ciclo constitucional brasileiro iniciado com a Constituição de 5 de outubro de 1988, não se encontra imune às influências do Direito Constitucional estrangeiro (=processo), que nas últimas décadas vem sofrendo radicais modificações, tanto de conteúdo quanto de forma.

Neste sentido, pode-se lembrar, como o fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira ao analisarem o texto português, que a Constituição Brasileira 'não difere muito dos demais documentos contemporâneos', já que alarga a matéria constitucional (...) (DANTAS, 2016, p. 480).

Ora, há inegável alargamento da matéria constitucional sempre que um novo instituto é recepcionado ou criado. Na maior parte das vezes, o que se observa é a recepção legislativa de figuras estrangeiras para uso interno, mas nada impede que sejam criadas estruturas e categorias internas para o atendimento das nossas múltiplas demandas de melhorias jurídicas.

#### *5.9.1 Controle Prévio da Constitucionalidade*

Assim como na tradição francesa, deixa-se no Brasil um espaço para a discricionariedade política. É oportuno que nas esferas legislativas e administrativas haja um campo impassível da análise de conveniência pelo Judiciário. Apesar da admissão do “sistema de freios e contrapesos”, não se pode imaginar um Judiciário interventor em todas as esferas de poder. Negar um exercício livre do Legislativo seria criar um superpoder para o Judiciário, enfraquecendo a instituição legiferante, fragilizando o princípio democrático.

Formalmente, o processo legislativo é o método de debaterem-se os diversos interesses sociais e chegar-se com isso a um consenso viável, traduzido em norma jurídica. Nesse ínterim, é necessário que seja dada alguma medida de liberdade para a atuação parlamentar, que se permita a execução dos atos *interna corporis*, caso contrário, seria invadir impropriamente a esfera desse poder republicano, prejudicando a representação democrática nas figuras dos parlamentares.

Foi nesse sentido que se adotou no Brasil o controle de constitucionalidade em momento prévio à promulgação normativa. Com efeito, é possível que, ainda em sede de projeto de lei, exista um exame de critério constitucional no croqui normativo. O chamado controle prévio de constitucionalidade se desenvolve exatamente nesse

sentido: trata-se de possibilidade, a ser efetuada pelos três poderes republicanos, em momentos e situações deflagradoras diversas.

O controle prévio de constitucionalidade é primeiro exercido pelo próprio Poder Legislativo, que, desde a propositura do projeto de lei deve, como etapa imprescindível no processo legislativo, submetê-lo ao exame das Comissões de Constituição e Justiça (CCJ). Tais comissões são um órgão permanente e obrigatório em todos os parlamentos nacionais, em qualquer esfera federativa; são compostas pelos próprios parlamentares, obedecendo a critérios minimamente técnicos, como a formação profissional de cada parlamentar, entre outros critérios políticos expostos no Regimento Interno do órgão parlamentar. As CCJ são formadas na oportunidade da primeira sessão legislativa do mandato, tendo duração de dois anos, ocasião em que é oportunizado a outras coligações o mesmo papel (BRASIL, Câmara dos Deputados, Regimento Interno, 2022).

A priori, as CCJ são destinadas a um primeiro olhar quanto à adequação do texto normativo, ainda projeto proposto, à Norma Máxima. Dessa atividade, resulta um parecer (o parecer da CCJ), que deve ser voltar ao parlamentar proponente.

Até o ano de 2004, se esse parecer apresentado pela CCJ (da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal) opinasse pela inconstitucionalidade, ao parlamentar proponente caberia optar por dois caminhos: poderia concordar com a análise, autoconter-se, e rever a parte inconstitucional ou deixar de seguir com seu projeto normativo; poderia também, noutra senda, caso discordasse do parecer, simplesmente seguir no curso procedimental legislativo, uma vez que o parecer da CCJ não vinculava o parlamentar, nem as discussões, votos, enfim, nenhuma etapa do processo legislativo era obstaculizada com os pareceres da CCJ, gerando uma situação irreal de controle da constitucionalidade.

Após a Resolução n. 20/2004, no entanto, as redações dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal passou a ser a seguinte:

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas (...);

§ 1º **Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente**, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254 (BRASIL, Senado Federal, Regimento Interno do Senado Federal)

Art. 54. **Será terminativo o parecer:** ("Caput" do artigo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991)

**I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria** (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**).  
*Grifos nossos.*

A partir de 2004, portanto, os pareceres das comissões de constituição e justiça na órbita federal deixaram de ser meras sugestões, e, constituem discricionariedade político constitucional da própria Casa Legislativa, fortalecendo seu papel de autocontenção e ratificando seu papel democrático. Ademais, frise-se que os citados regimentos internos prevêm procedimento para quando houver dúvida da CCJ quanto à constitucionalidade ou juridicidade do projeto em análise. Se isso ocorrer, devem submeter o projeto para o plenário da Casa. Isso porque a análise em plenário constitui igualmente uma forma legítima de controle político prévio da constitucionalidade. Os representantes do povo, ou dos Estados-Membros da federação, reunidos plenamente tornam a discussão ampla, transparente e passível de um debate rico, em que diversas ideologias e interpretações constitucionais possam ser aventadas. Ora, na seção “4.1” discutiu-se precisamente a legitimidade do controle político da constitucionalidade, concluindo-se pela perfeita adequação e reconhecimento desse modelo.

Afora isso, no plano federal, após as etapas de deliberações, votos, e aprovação, nas duas casas do Congresso Nacional, o projeto de lei, ordinária ou complementar, fica pronto para a análise do Chefe do Poder Executivo (já que emendas constitucionais, decretos legislativos e resoluções não possuem essa etapa). Na ocasião, o Presidente da República, sempre assessorado pela Advocacia-Geral da União, poderá realizar o seu controle político e prévio de constitucionalidade (art. 66, §1º, da CRFB/1988).

Lastreado num juízo de constitucionalidade ou de interesse público, deve sancionar ou vetar o projeto de lei. Se o Presidente da República sanciona o projeto de lei, então, quer dizer que o considerou constitucional e de acordo com o interesse público, homologando o projeto, e remetendo-o para promulgação e publicação no Diário Oficial da União. Para tanto, não é necessário que o Presidente justifique u fundamenta sua análise, porque a constitucionalidade dos atos normativos é presumida (DALLARI, 2015, p. 19).

Por outro lado, se o Presidente da República decide vetar o projeto de lei, então, deve fundamentar sua decisão, justificando a exceção à presunção de constitucionalidade expressamente e por escrito. O veto presidencial pode lastrear-

se ou na ausência/contrariedade ao interesse público, ou, na inconstitucionalidade. Se é o caso deste último fundamento, então, é dito que exerce o Presidente o controle político prévio de constitucionalidade (DALLARI, 2015, p. 23).

Por força de previsão constitucional e também em observância ao princípio da separação harmônica entre os Poderes, no entanto, o veto presidencial retorna às Casas Parlamentares para que seja decidido sobre sua manutenção ou derrubada. Em outras palavras, o veto presidencial é uma declaração de não concordância com o projeto de lei, baseado ou em critério técnico (inconstitucionalidade) ou em critério político (interesse público), mas, sem o caráter da vinculação, da obrigatoriedade, de interromper o andamento do projeto de lei, afinal, prevalece na prática legislativa nacional o princípio da soberania do parlamento no que concerne ao controle político prévio de constitucionalidade.

O que faz o Presidente quando veta o projeto de lei é, na verdade, devolver a matéria ao Parlamento para reanálise. Não há uma forma de autoridade nesse ato, mas sim uma via dialógica e comunicativa entre esses dois poderes.

O prazo constitucional para o veto presidencial é de quinze dias úteis. Se o silêncio presidencial ultrapassar este prazo, a norma automaticamente será considerada sancionada. É imprescindível também que o veto, se for o caso, seja seguido de justificativa, por escrito, ao presidente do Senado, no prazo de 48 horas. Por fim, uma vez na Casa Parlamentar, o veto presidencial precisa de quórum qualificado para que seja desconsiderado, o que é um percentual parlamentar maior que o necessário à aprovação da lei, indicando, mais uma vez, que o objetivo do veto é mais reforçar a reavaliação da juridicidade da lei do que propriamente tolher os trabalhos legislativos. É um juízo sobretudo político, ainda que com roupagem técnica quanto aos seus fundamentos.

No que concerne ao Poder Judiciário, por fim, tem o poder de realizar de modo atípico e excepcional o controle preventivo jurisdicional da constitucionalidade. Para tanto, é exigido que haja provocação por um legitimado por meio de uma ação específica.

O legitimado é o parlamentar específico que participa do processo legislativo (deputado ou senador na órbita federal). O instrumento, por seu turno, é o mandado de segurança, que deve assegurar ao parlamentar a participação em um processo legislativo que seja hígido, sem contaminações por inconstitucionalidades ou antijuridicidades.

Embora tal possibilidade não encontre previsão expressa na Constituição de 1988, foi possível estabelecer-se a partir da jurisprudência do STF. Ainda na década de 1980 surge a problemática da capacidade ou incapacidade do STF em avaliar a constitucionalidade do processo legislativo. Na ocasião do Mandado de segurança n. 20.257/DF, os senadores Itamar Franco e Antônio Canale pediram ao STF a tutela de não participar de um processo legislativo inconstitucional. Com efeito, embora os ministros do STF tenham denegado a segurança, reconheceram (e vêm reconhecendo desde então) a admissibilidade de mandado de segurança na proteção do direito líquido e certo de parlamentar em não participar de processo legislativo incongruente com a Constituição Federal (BRASIL, Supremo Tribunal federal, MS 20.257/DF, 1980).

A jurisprudência do STF inclusive entende por uma variação da amplitude do *writ* quando seu objeto for projeto de lei ou projeto de emenda à Constituição. Se projeto de lei, o *mandamus* apenas poderia averiguar os aspectos formais do processo legislativo, e o STF teria como parâmetro de julgamento a Carta Maior. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade por vício formal, o projeto normativo deve ser arquivado, podendo ser reproposto, e tendo nova possibilidade de acerto.

Se o mandado de segurança, por outro lado, tem como objeto a emenda constitucional, então, o STF teria maior capacidade de julgamento, vez que poderia averiguar os elementos formais do processo legislativo, e também os aspectos referentes ao conteúdo substancial da proposta de emenda à Constituição. Isso porque é prevista expressamente pela Carta Magna a proibição de proposta de emenda constitucional cuja matéria seja tendente a abolir os temas previstos no art. 60, §4º, da CRFB/1988, que são os temas de cláusulas pétreas.

No que diz respeito à compatibilidade com as cláusulas pétreas, o STF exhibe maior refração ao exercício dessa forma de jurisdição constitucional. Isso porque, além de a maioria entender que seria trabalhar em cima dos limites da separação dos poderes, a redação constitucional sobre esse tema é ampla, cabendo sobre ela interpretações variadas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar no MS 38.658/DF, 2001).

Há, frise-se, certa divergência entre os ministros do STF quanto ao parâmetro de julgamento dessa espécie de mandado de segurança. A maior parte deles entende pela possibilidade de averiguação da constitucionalidade material no que concerne às cláusulas pétreas, todavia, há no Supremo uma divergência quanto à

sindicabilidade dos regimentos internos das casas legislativas. Para a maioria dos ministros, a exemplo de Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Carmem Lúcia, as controvérsias envolvendo a interpretação e aplicação dos regimentos deveriam ser resolvidas no âmbito das respectivas casas, mesmo de violações à Constituição de 1988 forem aventadas. Os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, minoritários portanto, posicionam-se de forma contrária à doutrina dos atos *interna corporis*, advogando pela possibilidade do Tribunal Excelso avaliar a constitucionalidade dos ritos previstos nos regimentos internos.

### 5.9.2 Do Controle Difuso

O controle de constitucionalidade do tipo difuso no Brasil é realizado majoritariamente *a posteriori* da promulgação normativa. Pode ser realizado *a priori* se for o caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar questionando a higidez do processo legislativo, como visto na seção antecedente, mas, em geral, é feito após a promulgação da norma.

Esse modelo foi introduzido no Brasil pela primeira vez na Constituição de 1891 por inspiração norteamericana de um dos juristas mais influentes daquele tempo, Rui Barbosa, como já demonstrado também. Desde então, o controle difuso da constitucionalidade foi mantido nas constituições subsequentes, encontrando amparo na atual Constituição de 1988 em seu art. 102, inciso III (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Assim, nessa sistemática, são legítimos à provocação desse modo de controle todos aqueles que integram, de qualquer forma, a relação processual, assim como o Ministério Público, quando officie na ação. Além disso, podem reconhecer o cabimento de controle difuso todo e qualquer juiz ou tribunal, nas causas submetidas a sua apreciação e que estejam de acordo com as regras de competência. O juiz conhecerá deste controle sempre originariamente, é claro, e, os tribunais em grau de recurso ou originariamente. O Superior Tribunal de Justiça só poderá, portanto, exercer o controle difuso no âmbito de sua competência originária e em Recurso Ordinário, visto que cumpre a função de guardião das normas infraconstitucionais, não cabendo sua averiguação de constitucionalidade em Recurso Especial.

Em todo tribunal, vale-se a regra da reserva de plenário. Isto é, se for, na turma, câmara, ou seção, reconhecida a constitucionalidade, segue-se o feito normalmente. Mas, se no colegiado for averiguada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso, então, é necessário que se leve a questão a plenário, pois, a inconstitucionalidade é a exceção, sendo a regra a presunção de legitimidade das normas. E, assim, a reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade.

Quando, no entanto, o controle incidental for realizado por juiz singular, então, não há procedimento específico a ser observado, a não ser a observância do requisito de que seja levantada a questão, no bojo do processo, como fundamento para uma pretensão ou para a resistência a uma pretensão da outra parte.

Tal qual no controle concentrado, tanto atos normativos quanto omissões inconstitucionais do Poder Público são passíveis de análise pelos magistrados. Isso porque, desde os debates constituintes discutia-se acerca da criação de um remédio constitucional capaz de corrigir a lacuna de eficácia dos direitos fundamentais gerada pela falta da criação de uma política pública própria ou pela não-legislação atinente à matéria. Noutros termos, buscava-se concretizar o §1º, art. 5º, da Constituição. Diversas foram as propostas nesse sentido, e, com a redação modificada e compilada, foi, ao final, criado o instituto do Mandado de Injunção, permitindo o controle judicial das omissões do Poder Público, garantindo aos cidadãos a eficácia imediata dos seus direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Nesse sentido, afirma o jurista Dirley da Cunha Júnior:

Além de sua própria instituição e definição, contida nesse preceito, a Constituição de 1988 cuidou do mandado de injunção em mais outros quatro dispositivos, onde fixou normas de competência originária e recursal dos Tribunais para julgá-lo. Com efeito, no art. 102, inciso I, alínea “q”, estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal e no inciso II, alínea “a”, fixou, simultaneamente, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores; no art. 105, inciso I, alínea “h”, fixou a competência originária do superior Tribunal de Justiça (com a ressalva dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal); e art. 121, §4º, inciso V, estabeleceu, também simultaneamente, a competência originária dos Tribunais regionais Eleitorais e a competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral (CUNHA JR., 2016, p. 373-374).

Alguns autores apontam sua origem nas *equity* do direito anglo-americano (como é o caso de José Afonso da Silva), outros, ligam o instituto ao *Verfassungsbeschwerde* da Lei Fundamental de Bonn (Adhemar Ferreira Maciel), há ainda os que apontem a origem nas *injunctio*ns do direito norteamericano, e, há os

que defendam ser o mandado de injunção derivado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português (José da Silva Pacheco). O certo é que devido à novidade trazida pela Constituição de 1988, seria necessário grande esforço de implementação pelos poderes republicanos. Nesse sentido, advertiu Ivo Dantas:

Dentre os vários institutos criados pelo texto constitucional de 1988, sem dúvida que o mandado de injunção será aquele que mais necessitará da criação doutrinária e jurisprudencial, tendo-se em conta que não temos nenhum precedente em nosso ordenamento jurídico que se assemelhe àquele que se encontra no inciso LXXI do artigo 5º, todo este voltado para os Direitos e Deveres individuais e Coletivos. Ademais, os institutos que no Direito Comparado se assemelham ao nosso instituto não respondem satisfatoriamente ao conteúdo que lhe deram os constituintes de 1987/1988, pelo que, no tocante à sua correta compreensão, haverá de repetir-se o que aconteceu com o Mandado de Segurança, ou seja, a doutrina e a jurisprudência é que lhe traçarão os contornos ontológicos (DANTAS, 1989, p. 66).

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade, o mandado de injunção veio em busca de sanar um grande problema do sistema jurídico, que é a efetivação de direitos fundamentais. Muitas vezes, existe a promessa constitucional de um direito, mas, para que se concretize, é necessária a adoção de uma política pública, ou, a redação de uma lei regulamentadora. Como não há possibilidade viável de obrigar os poderes Executivo ou Legislativo de o fazerem, então, a própria Constituição de 1988 passou a prever uma forma de amparar o jurisdicionado sem a necessidade de confrontar diretamente uma esfera de poder.

Além disso, o tratamento do mandado de injunção é simples na Constituição, prescindindo o instituto de uma lei regulamentadora, é claro, tanto assim o é que foi aplicado diversas vezes antes de 2016. No entanto, existe a Lei n. 13.300/2016, que, à semelhança de leis regulamentadoras de outros remédios constitucionais, prevê o passo a passo para processamento e julgamento desse tipo de ação.

Cumprido esclarecer, ademais, que o instrumento ora referido não pode ser usado para toda e qualquer omissão do Poder Público. É necessário que a inércia estatal tenha sido capaz de deflagrar a situação de inacessibilidade de um direito fundamental pelo cidadão para que seja reconhecida sua possibilidade de uso. O Poder Público em sua omissão deve ser a causa imediata da impossibilidade de gozo do direito fundamental (DANTAS, 1989, p. 321).

Também podem ser instrumentos de controle difuso-incidental da constitucionalidade outros remédios constitucionais: a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública. Não há limitação de tipos de ação para que em seu bojo seja deflagrado controle difuso-incidental, qualquer ação pode ter esse incidente processual em seu curso, desde que estabelecidos os critérios previstos constitucionalmente.

O requisito para o controle judicial difuso é a questão constitucional ter sido aventada diante de um caso concreto em que as partes levam sua lide ao Judiciário. Qualquer demanda, desde que fruto de uma situação concreta *inter partes*, pode dar ensejo a esse tipo de jurisdição constitucional.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ação ou omissão no controle difuso deve surgir de modo incidental, localizada como uma prejudicial de mérito. Ou seja, antes de ser julgado o mérito da questão processual, é necessário resolver, antes, se a ação ou omissão estatal é conforme ou não a Constituição de 1988. Assim como ocorre nos EUA, o controle desse tipo é um incidente processual, provocado, no direito nacional, como via de exceção, significando, portanto, não um meio indireto de defesa, mas, em sentido lato, abrangente de qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental, sendo indiferente se a defesa é realizada passivamente ou ativamente. O que importará para sua admissibilidade é o fato de existir um litígio já constituído, e no qual seja imprescindível para a decisão a análise da constitucionalidade de ação ou omissão do Poder Público.

Por esse motivo, é dito que o incidente de inconstitucionalidade pela via difusa pode ser aventado pelo autor, na inicial de qualquer ação, de qualquer natureza (cível, penal, trabalhista, eleitoral, militar, remédios constitucionais, qualquer ação, enfim), em qualquer tipo de processo (conhecimento, execução, cautelar); ou, pode ser suscitado pelo réu, em qualquer ato de resposta (contestação, reconvenção, exceção) ou nas ações incidentais de contra-ataque, como nos embargos à execução, os embargos a terceiros, etc (CUNHA JR., 2016, p. 271).

Ocorre que, em razão da celeridade com que as ações de remédios constitucionais se processam, seja mas comum que em seu bojo é que se avenge a jurisdição constitucional difusa. Esses remédios podem ser propostos individual ou coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuação na condição de

substitutos processuais para defenderem os interesses difusos e coletivos, ou os direitos subjetivos confiados aos substituídos (CUNHA JR., 2016, p. 3280).

Devido à impossibilidade de analisar cada uma das ações possíveis ao controle constitucional difuso, já que é possível em qualquer ação, passemos a discorrer brevemente sobre sua possibilidade de ocorrência na ação popular, no mandado de segurança e na ação civil pública, vez que são mais comuns.

A ação popular, disciplinada pela Lei n. 4.717/1965 (recepcionada pela Constituição de 1988), possui procedimento específico e aspectos processuais próprios. Tal ação constitui a forma de manifestação direta da soberania popular, pois por meio dela o próprio povo pode diretamente defender, preventiva ou corretivamente, a coisa pública. Todo cidadão nacional, desde que em pleno gozo de seus direitos políticos, é parte legítima para propor a ação popular, agindo nesse caso como um substituto processual de toda a coletividade interessada (NEVES, 2019, p. 347). E o objeto desse tipo de ação é precisamente todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Além disso, interpreta-se ato lesivo como sendo ações ou omissões lesivas a esses bens jurídicos.

Dessa forma, é perfeitamente cabível a ação popular no controle difuso-incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, se lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tratando-se de ação comissiva, o magistrado pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, resolvendo a lide por meio da invalidação (nulidade ou anulabilidade) do ato lesivo concreto do poder público expedido com lastro na lei inconstitucional. Se tratar-se de ato omissivo do agente público, então, o magistrado solucionará a demanda pela supressão da omissão inconstitucional, condenando as autoridades públicas omissas a uma obrigação de fazer no sentido de prevenir ou reparar o dano causado ao cidadão (NEVES, 2019, p. 351).

No que concerne ao mandado de segurança como meio de provocação do controle difuso da constitucionalidade, frise-se que este sempre fora o meio mais abrangente de proteção judicial de que dispõe o cidadão. Destinado a proteger os direitos líquidos e certos, de forma individual ou de forma coletiva, na modalidade preventiva ou repressiva, o mandado de segurança é previsto pelo art. °, incisos LXIX e LXX da Constituição de 1988. O instituto já tinha previsão inicial na Carta

Magna de 1934, tendo sido desprezado pela Carta de 1937, retornando na Constituição de 1946 e ficando desde então presente nas ordens constitucionais.

O ato a ser impugnado por mandado de segurança abrange qualquer conduta comissiva ou omissiva de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições públicas, praticados ilegalmente ou com abuso de poder., que tenham lesado direito líquido e certo de uma pessoa ou uma coletividade. E é por essa razão que o Poder Judiciário pode exercer o controle constitucional difuso da constitucionalidade através desse instrumento: o *writ* permite que ações ou omissões lesivas de direitos, praticadas pelo Poder Público, possam ser avaliadas e solucionadas já com um direcionamento judicial concreto e mais rápido quanto à solução da lide instauradora.

Ademais, quando se fala de ação civil pública, o destaque é sempre para o fato de ser o meio mais eficaz de efetivação de direitos constitucionais coletivos e individuais homogêneos. Regida pela Lei n. 7.347/1985 (também recepcionada pela Constituição de 1988), prevê a possibilidade de reparação de danos causados aos bens e direitos difusos e coletivos (NEVES, 2019, p. 393).

A *Lex Mater* de 1988 consagrou a ação civil pública (ACP) como um dos principais instrumentos do Ministério Público, no entanto, este ator não é o único legitimado a sua propositura. De fato, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as associações autorizadas por sua lei regulamentadora também podem realizar a defesa judicial da coletividade.

O que faz pensar na ACP como um instrumento de controle difuso de constitucionalidade é que, embora a regra das decisões judiciais seja ter efeitos *inter partes* processuais, na ACP, o efeito da decisão judicial é *erga omnes*, limitada à competência territorial do juízo prolator da decisão (art. 16, da Lei 7.347/1985). O próprio STF vem entendendo, após resistência jurisprudencial inicial, que na tutela de direitos individuais homogêneos, é a ACP meio idôneo para provocar o controle incidental da constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 554/MG, 1997).

Devido a sua destinação constitucional, a ACP tem sido um instrumento bastante utilizado no combate às omissões inconstitucionais dos agentes estatais, porque essa ação tem a capacidade de propiciar uma atuação judicial mais abrangente no controle para a implementação de políticas públicas, tão necessárias à concreção dos direitos constitucionais, sobretudo os direitos sociais, como a saúde,

a educação, a assistência, meio ambiente, etc. Nesse ponto, ressalte-se: não se entende que a ação judicial como aqui descrita seja uma imprópria interferência de um poder da república em outro, visto que não cabe à discricionariedade do Poder Público efetivar ou não os mandamentos constitucionais, isso seria negar-lhe força normativa, o que, na nossa ordem constitucional, não é possível nem aceitável.

Por último, porém não menos importante, é cabível suscitar a previsão normativa do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, que diz competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Essa disposição, como comentado alhures, adentrou o ordenamento jurídico nacional por meio da Constituição de 1934, restando constante nas constituições seguintes, com o propósito de sanar o problema da inexistência, no Brasil, da técnica do *stare decisis*. Atualmente, essa competência do senado pode ser exercida por meio de resolução, em face de decisão definitiva do STF, em controle incidental, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (de qualquer esfera federativa).

Esclareça-se que essa previsão normativa não autoriza ao Senado Federal nenhuma análise quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, mas, tão somente deliberar sobre a suspensão dela, visto que o STF já a considerou, em definitivo, inconstitucional. A possibilidade de suspensão de execução da norma pelo Senado Federal somente visa ao alcance da eficácia *erga omnes* de uma decisão já terminada pelo Judiciário.

### 5.9.3 Do Controle Concentrado

No que diz respeito ao controle concentrado, este sim, só é possível no Brasil em momento posterior à promulgação da norma. Enquanto passa pelas etapas do processo legislativo, não é possível que uma lei ou ato normativo seja avaliado em sua constitucionalidade pelo Judiciário como pedido principal. É possível apenas, como visto, que o parlamentar impetre mandado de segurança face à carência de correição do processo legislativo constitucional em que está submetido, mas, a apreciação abstrata não é possível.

O controle abstrato da constitucionalidade tem seus antecedentes históricos, no Brasil, com a Constituição de 1934, que por meio da representação interventiva, de legitimidade do Procurador-Geral da República e com competência para julgamento pertencente ao Supremo Tribunal Federal, no caso de violação aos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, inciso I, alíneas a a h, da Constituição de 1934), deu os primeiros passos nesse sentido.

Após isso, foi com a Emenda Constitucional n. 16/1965 que o controle abstrato de constitucionalidade adentrou definitivamente o ordenamento jurídico brasileiro. Com a introdução da representação genérica de inconstitucionalidade, de competência pra julgamento exclusiva do STF, o modelo kelseniano é finalmente estabelecido no país, mas, inicialmente pouco utilizado, devido a contextos políticos e também a entraves de ordem procedimental, como o baixo número de legitimados à propositura desta ação.

Assim, na Constituição de 1988, essa modalidade de controle foi aperfeiçoada e ampliada, criando-se um leque de ações de controle concentrado e estendendo-se o rolde legitimados das ações. Nesse diapasão, anota o professor Ivo Dantas:

a criação de novos institutos (ex: Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), as novas atribuições que foram conferidas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal como decorrência das novéis ações e (repita-se) a amplitude da Legitimação Ativa para a propositura de ADIn. explicam a frequência com que, a partir de 1988, tem sido proposto, junto àquele pretório, grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, isto sem falarmos nas possibilidades de que, por via de Controle Incidental, principalmente, no tocante aos Direitos e Garantias Individuais e Sociais, inúmeras questões sejam submetidas à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário (DANTAS, 2016, p. 482).

De fato, antes de 1988, o único legitimado à propositura das ações representativas (gerais ou interventivas) era o Procurador-Geral da República, que, até por razões de abarrotamento de atribuições, não exercia com plenitude essa hipótese. Após a Constituição de 1988, o rol de legitimados estendeu-se para nove previsões:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.  
(BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

No controle abstrato de constitucionalidade analisa-se a questão constitucional, de forma abstrata e principal por meio de ação direta. O que significa que o STF promove uma análise das leis e atos normativos do Poder Público tendo como parâmetro a Constituição. E a parte proponente da ação, que é direta, tem como pedido principal (e não mais como causa de pedir, como no controle difuso) a própria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, pois esta é a questão principal, o objeto da demanda, não havendo caso concreto associado ou pendente de julgamento à espera da resolução da questão constitucional.

O STF, na busca de efetivar a supremacia da Constituição, realiza o exame da compatibilidade vertical entre a norma questionada e a Constituição Federal, caracterizando o processo objetivo, cujo escopo é a defesa, também objetiva, da Constituição. As ações especiais do controle concentrado, nesse sentido, são chamadas ações objetivas, pois, sem partes litigantes, sem lide, sem fato para compor a premissa menor processual, seguem a fim de concretizar a supremacia constitucional por meio da interpretação normativa do STF. É por essa razão que nas ações de controle concentrado constitucionais não é permitida a ação rescisória, nem a desistência processual, ou a intervenção de terceiros, à exceção da assistência entre seus próprios legitimados ativos, desde que não figure como sendo a autoridade que exarou a norma impugnada.

Ainda sobre os aspectos processuais desse sistema de controle, vale dizer que o órgão que realiza a fiscalização constitucional (STF ou tribunal de justiça do Estado-Membro), embora esteja adstrito ao pedido da causa, não estará limitado às razões apontadas pelo(s) legitimado(s), sendo livre para usar como parâmetro analítico qualquer dispositivo do bloco de constitucionalidade nacional. É o que se chama de causa de pedir aberta, isto é, mesmo que o proponente não tenha sido cirúrgico em sua causa de pedir, é pacífica a jurisprudência do STF em admitir ampla fundamentação jurídica do órgão julgador.

Esse sistema de controle da constitucionalidade é chamado “concentrado” porque só pode ser exercido por um único órgão (o Supremo Tribunal Federal ou o

tribunal de justiça) a despeito de qualquer outro órgãos jurisdicional. E é chamado “principal” porque a ação que deflagra o processo objetivo tem como pedido principal a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada (NEVES, 2019, p. 398).

Aos Estados-Membros da federação, é garantida, pela CRFB/1988, a hipótese de controle constitucional de leis e atos normativos estaduais ou municipais face à constituição do respectivo Estado-Membro, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, em ação ou omissão inconstitucional, sendo a competência de julgamento atribuída ao tribunal de justiça correspondente. Além disso, a Constituição permitiu aos Estados decidirem sobre a adoção ou não de uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ser proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o tribunal de justiça do Estado, nos casos de violação dos princípios constitucionais sensíveis na Carta Estadual.

As hipóteses de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico nacional procuram estabelecer uma relação com a supremacia da constituição rígida. É esse pressuposto que torna presumivelmente constitucional os atos, inclusive normativos, comissivos ou omissivos, do Poder Público. Todos os atos estatais, em qualquer nível da federação precisa estar conforme a Constituição formal e materialmente, sendo esta a presunção relativa. É em caso atípico que ocorre a desconformidade com a Norma Suprema, vez que caracteriza o imediato descumprimento de seus mandamentos (MIRANDA, 2010, p. 827).

A incompatibilidade vertical com a Constituição faz surgir o fenômeno da inconstitucionalidade no mundo jurídico, mas, não é toda incompatibilidade com a Norma Maior que será considerada inconstitucional para efeitos de controle abstrato jurisdicional, porque a inconstitucionalidade é uma avaliação atinente aos atos do Poder Público, não sendo passível de averiguação quanto ao comportamento dos particulares. Além disso, mesmo os atos do Estado podem ferir a Constituição de forma indireta e mediata, caracterizando-se como atos ilegais, e assim apenas indiretamente inconstitucionais. De qualquer forma, para fins de controle abstrato da norma, apenas os atos públicos normativos (comissivos ou omissivos) que afrontem direta e imediatamente a Constituição é que serão objeto de impugnação.

As inconstitucionalidades podem ser classificadas como: formal ou material; total ou parcial; originária ou superveniente; antecedente (imediate) ou consequente (derivada); e, ainda, progressiva, segundo a jurisprudência do STF.

Inconstitucionalidade formal é aquela que afronta alguma etapa do processo legislativo, podendo ser subclassificada em inconstitucionalidade orgânica e inconstitucionalidade formal propriamente dita. Na orgânica, o vício atinge a legitimidade da autoridade proponente do projeto de lei, como seria o caso de o Presidente da República propor projeto de lei de iniciativa privativa do Judiciário, por exemplo. E a inconstitucionalidade formal propriamente dita seria aquela atinente a vícios em qualquer outra etapa do processo legislativo, como, por exemplo, aconteceria se um projeto de lei não observasse a regra do quórum constitucional de aprovação (NEVES, 2019, p. 401). Na inconstitucionalidade material, noutra senda, a afronta é ao próprio conteúdo constitucional, as regras e princípios em substância, seja em seu texto principal ou em outro dispositivo dentro da ideia de bloco de constitucionalidade.

É total a inconstitucionalidade que atinge toda a lei ou ato normativo e parcial a inconstitucionalidade que atinge apenas parte da norma. Por “parte da norma,” entende-se artigo, parágrafo, inciso, alínea, ou mesmo uma expressão dentro do texto, uma vez que não é vedada a análise da constitucionalidade de palavra ou expressão em sede controle abstrato como ocorre no controle prévio político.

A inconstitucionalidade se diz originária quando, da promulgação da norma impugnada, já surge sua incompatibilidade com a Constituição. E diz-se inconstitucionalidade superveniente quando ocorre em momento posterior à promulgação da norma impugnada, seja por mudança na interpretação constitucional, seja por emenda constitucional alteradora da redação autorizadora. Também se entende inconstitucionalidade formal superveniente quando a norma impugnada se torna inconstitucional por advento de nova Constituição. Nesse caso, o Brasil não adota o termo inconstitucionalidade material superveniente, e sim os termos recepção ou não recepção legislativa (CUNHA JR, 2016, p. 299).

A inconstitucionalidade dita antecedente ou imediata é aquela que afronta de forma direta um dispositivo constitucional, enquanto que a inconstitucionalidade derivada, ou consequente, também chamada por arrastamento ou atração, dá-se da violação à norma cujo fundamento de validade é a Constituição e não à própria Constituição diretamente.

Por fim, a inconstitucionalidade progressiva, criada pelo entendimento jurisprudencial do STF, seria aquela em que uma lei, ainda constitucional, transitaria gradualmente, para a inconstitucionalidade por decorrência da passagem

modificadora do tempo. Como exemplo, cite-se o art. 68 do Código de Processo Penal, que, ainda atribui ao Ministério Público a defesa de interesses individuais, mas, somente enquanto, gradualmente, a Defensoria Pública amplia-se e organiza-se para assumir tal papel, seu por determinação constitucional.

As possibilidades de ações principais do controle concentrado abstrato de constitucionalidade são: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva); e, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Na ADI, o objetivo é expugnar do ordenamento jurídico brasileiro lei ou ato normativo diretamente desconforme com a Constituição de 1988, declarando ao final da ação sua inconstitucionalidade. Podem ser objetos de ADI leis ou atos normativos federais ou estaduais desconformes a CRFB/1988, como as emendas constitucionais, as leis ordinárias, complementares, medias provisórias, regulamentos, regimentos internos de tribunais, leis orçamentárias, convenções coletivas de trabalho, etc.

Na ADC, busca-se o inverso, pois o objetivo é conseguir a declaração de conformidade da norma com a Constituição. Em caso de fundada controvérsia judicial (em sede de controle difuso) ou fundada dúvida quanto à correta interpretação da norma, cabe esta ação para a declaração de constitucionalidade ou não do ato impugnado pelo STF.

Na ADO, busca-se a eficácia de um direito fundamental, individual ou coletivo, em face de sua não regulamentação por parte do Poder Público. Parece-se com o mandado de injunção, no entanto, esta é a via concentrada-principal de controle e pretende tornar eficaz a norma constitucional alvo de omissão inconstitucional.

Na ADI Interventiva, busca-se provocar a jurisdição constitucional do STF a fim de solucionar grave conflito federativo, ocasionado por violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34 inciso VII, da Constituição de 1988). A intervenção federal no Estado-Membro ou Distrito Federal, nesse caso, só é possível se a ação for procedente perante o STF.

Na ADPF, o objetivo é ver declarada a inconstitucionalidade de norma editada em contrariedade à Constituição de 1988 quando não couber nenhuma outra ação solucionadora do caso (caráter subsidiário). Sua função é assegurar os preceitos

constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão provocada pelo Poder Público (CUNHA JR, 2016, p. 372).

Cabe ressaltar, por fim, que por tratar-se de processo objetivo, terceiros, mesmo que na condição de particular subjetivamente interessado, não são admitidos nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Diversamente do controle incidental-concreto de constitucionalidade, o controle abstrato-principal tem por escopo a defesa objetiva da Constituição, e por isso, não se aventa a possibilidade de terceiros individualmente interessados adentrarem processualmente na causa (NEVES, 2019, p. 420). No entanto, esclareça-se: o que o ordenamento permite é a intervenção do co-legitimado ativo como assistente do legitimado proponente da ação. Ora, se o co-legitimado pode propor a ação direta, então, também pode intervir em ação já proposta, como assistente litisconsorcial.

Afora isso, existe também a possibilidade de intervenção, no processo objetivo, de terceiro na condição de *amicus curiae*, conforme art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/1999. Prevê o dispositivo que o relator do processo poderá admitir o *amicus curiae* considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. O instituto, também novo no Brasil, é originário do direito anglo-saxão, e, imprescinde de que tal interveniente tenha interesse objetivo na questão jurídico-constitucional *sub judice*. Além disso, é entendido como um verdadeiro instrumento de ampliação do debate e maior abertura democrática dentro da sistemática do controle constitucional, porque, dessa forma, o Tribunal manteria o diálogo com a opinião pública, legitimando a justiça constitucional (CUNHA JR, 2016, p. 302).

#### 5.9.4 Classificações Possíveis ao Sistema Brasileiro

Face à plêiade de possibilidades de realização da justiça constitucional no Brasil, bem como aos percalços político-constitucionais enfrentados por nossa história constitucional para a construção dos institutos que compõe o sistema, constata-se estar diante de um desenho institucional cujo delineamento fora, no mínimo, difícil de construir e de performar.

Vê-se que o controle de constitucionalidade brasileiro abraça uma modelação mista, admitindo tanto elementos do sistema norteamericano como elementos do sistema austro-germânico. Primeiro, recepcionou o controle difuso, aperfeiçoando-o depois, e, concomitantemente a esse processo foi admitindo o controle concentrado,

inicialmente de forma mais tímida, depois ampliando-o até torná-lo o modelo complexo e ramificado que é hoje na Constituição de 1988. Assim, passemos a proposta de classificação do sistema de controle constitucional brasileiro.

Quanto à natureza e ao número de órgãos do controle constitucional, percebe-se que há estruturas de todos os poderes republicanos a realizá-lo. No Poder Judiciário, todos os magistrados podem exercer o controle constitucional em controle difuso, e, em controle concentrado, todos os tribunais de justiça dos Estados-Membros e o Supremo Tribunal Federal, na órbita da União. Além disso, os Chefes do Poder Executivo, em cada órbita da federação, podem realizar o controle político preventivo de constitucionalidade por meio do veto ao projeto de lei ou ato normativo. E, ainda, o Poder Legislativo, em qualquer casa da federação conta em sua estrutura com um órgão interno destinado ao controle político prévio da constitucionalidade pela via interna corporis: as Comissões de Constituição e Justiça.

**No que diz respeito ao modo de manifestação do controle constitucional, observa-se a admissão tanto da via incidental, no controle difuso e concreto da constitucionalidade, quanto da via principal, em sede de controle principal abstrato. Nesse ponto, ressalte-se que o controle denominado concreto e o controle dito incidental, embora estejam abarcados pela mesma previsão constitucional, não são sinônimos: é concreto porque nasce de uma lide subjetiva, e é incidental porque aparece na causa de pedir do conflito como questão prejudicial ao julgamento, sendo imprescindível sua solução para o correto julgamento do mérito principal da demanda.**

Por fim, quanto ao momento de controle, pode-se realizar a justiça constitucional no Brasil em momento anterior ou posterior à promulgação normativa. Se preventivamente, agentes dos três poderes republicanos podem realizá-la: o Legislativo, pela comissão parlamentar específica; o Executivo, pelo veto; e o Judiciário, pelo mandado de segurança de iniciativa de parlamentar. E, se realizado a posteriori, então todo e qualquer magistrado poderá exercê-lo pela via difusa.

## 6 CONCLUSÕES: A EFETIVA COMPARAÇÃO

“Diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens” (Werner Kagi).

O ponto de partida inegável para o deslinde comparativo é, sem dúvida, o ponto de vista histórico. Com maior tempo histórico em acontecimentos políticos que o Brasil, a França, naturalmente, possui uma tradição de respeito e confiança notória na seara representativa, parlamentar. A França conseguiu desenvolver uma representatividade única e efetiva dos setores sociais, de modo a inspirarem maior confiança os atos por eles exarados. Naquele país, portanto, ao revés do que ocorre no Brasil, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos é mais uma categoria fática que jurídica.

No Brasil, o processo legislativo tem maiores marcas de contradição e disputa de interesses, refletindo, ocasionalmente, em vontades majoritárias formadas sob o influxo de um micro contexto político ou partidário, e não refletindo os anseios reais das camadas deficientemente ali representadas. A desesperança de muitos eleitores brasileiros, inclusive, acarreta, não raro, na eleição de figuras-tipo absolutamente despreparadas para o trato público como representantes do povo, não se depositando grandes créditos à expressão de suas vontades. Não é à toa que movem-se inúmeras ações de controle constitucional no Brasil, contestando-se amiúde os atos desses representantes; enquanto que, em França, o número de inconformidades é significativamente menor.

A França, em sua tradição refratária ao controle constitucional, porque representativa de relativização ao princípio da soberania parlamentar, teve uma justiça constitucional estruturada tardiamente em relação ao Brasil, que, desde 1824, como demonstrado, iniciou seus passos nesse sentido. A propósito, diga-se: o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro termina por ser mais amplo, mais complexo, e mais acessível ao cidadão que o sistema francês. Este último, embora tenha-se ampliado significativamente após a adoção da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), ainda refreia-se na concentração do exercício do controle a um único órgão e na impossibilidade de participação popular na interpretação constitucional. Vê-se que, mesmo no campo do controle constitucional incidental, por QPC, aos magistrados franceses não é dado decidir sobre o mérito

constitucional, ao passo que, no Brasil, essa é uma possibilidade patente em controle difuso. Ademais, em controle concentrado no Brasil, pode-se contar com a participação do *amicus curiae*, entendido como um ampliador do debate interpretativo e legitimador da decisão final; em França, noutra senda, a participação do cidadão ou da opinião pública, mesmo em QPC, é bem restrita. A própria deliberação e a decisão do Conselho Constitucional é mantida longe da apreciação popular, resultando-se numa votação e decisão *per curia*, enquanto que aqui existe uma ampla publicidade dos votos de cada ministro e da decisão terminativa de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade francês é exercido pelo Conselho Constitucional, órgão ligado ao Poder Legislativo, mas lhe sendo independente; o controle brasileiro, por sua vez, é exercido por um Tribunal, pertencente à estrutura do Poder Judiciário. O STF é um tribunal judicial (de cúpula), tendo atribuições originárias, recursais, e funcionando, ainda, como o guardião da Constituição, e o Conselho Constitucional embora não integre o Poder Judiciário, nem o Poder Legislativo tampouco, aproxima-se mais do modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, embora, diferentemente do Tribunal Constitucional kelseniano, reserve outras competências além da guarda da Constituição francesa, como a resolução do contencioso eleitoral e o acompanhamento dos referendos.

No tocante à principal competência desses dois órgãos, que é o exame da constitucionalidade da legislação, o seu exercício se dá de forma diversa. No Brasil, o STF realiza controle principal, abstrato e concentrado, por um lado, e, incidental, concreto e difuso por outro. Na França, inicialmente, havia apenas o controle concentrado e preventivo, passando a admitir, com o advento da QPC, um controle incidental, concreto e, diferente do Brasil, concentrado, porque ao magistrado que conhece da ação não cabe negar aplicação normativa, ainda que inconstitucional.

Depreende-se também que o controle da constitucionalidade na França, após a QPC, passou a conferir poderes jurisdicionais ao Conselho Constitucional, não sendo mais escoreita a afirmação de que seja um órgão meramente político. A origem do Conselho Constitucional remete à escolha de ex-representantes políticos, mas, devido à formação jurídica e, principalmente, ao seu papel na defesa de direitos fundamentais, está mais próximo dos tribunais constitucionais do continente europeu que de parte integrante do Legislativo, aproximando-se assim do STF, órgãos jurisdicional em essência.

Por fim, ressalte-se a importância da fiscalização da constitucionalidade acontecer também pela via judicial. A lei não é infalível e não prevê todas as situações possíveis, como terminou por reconhecer a França. Dessa forma, é pela via da exceção que os juízes, por sua capilaridade no exercício jurisdicional, conseguem averiguar melhor a adequação constitucional ou não das normas nos casos concretos. O controle somente prévio não prevê os riscos a direitos fundamentais e, por isso, foi fundamental à defesa da supremacia constitucional o reconhecimento da QPC em solo francês, tal qual, no Brasil, ocorre desde 1891.

Com isso, conclui-se, da análise comparativa dos sistemas de justiça constitucional brasileiro e francês, revelarem ambos institutos e instituições semelhantes, mas, devido às origens marcadamente diversas, com funcionamento cada qual a seu modo. Adotar ou não diversidade nos modelos de controle não garantem a segurança jurídica nem fazem confiar mais nas instituições, ocorre que é o arcabouço histórico e político-institucional que termina por fazer de um sistema mais confiável ou não, cada um com suas imperfeições. Após a QPC, portanto, os dois sistemas guardam mais similitudes que disparidades.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. O Controle de Constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 197-210.
- AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito Internacional Privado**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1988.
- ANCEL, Marc. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado – Elementos de Introdução Geral do Estudo Comparado dos Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980.
- BALEEIRO, Aliomar. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 5. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009 .
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso Proferido na Sessão de 5 de Outubro de 1988**. Promulgação da Constituição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> . Acesso em: 12 abr 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2035-2022.pdf> . Acesso em: 4 abr 2022.
- BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do senado Federal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4> . Acesso em: 4 abr 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal federal. **MS 20.257/DF, 1980**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046> . Acesso em 24 mai 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Medida Cautelar no MS 38.658/DF**, 2001. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS38659deciso.pdf>. Acesso em 24 mai 2022.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução: José Miguel Nanni Soares. Kindle Editions, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CANIZARES, Felipe de Solá. **Introducción al Derecho Comparado**. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARCASSONE, Guy; GUILLAUME, Marc. **La Constitution. Introduite et commentée**. 15. ed. Lyon: Points Essais, 2019.

CARCASSONE, Guy; DUHAMEL, OLIVIER. **QPC. La Question Prioritaire de Constitutionnalité**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 6. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

CAVINET, Guy. **Présentation de La Question Prioritaire de Constitutionnalité**. Corte Europeia de Direitos Humanos, mars 2010. Tradução livre. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-reforme-du-systeme-francais-de-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux>. Acesso em: 02 set. 2022.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. Belo horizonte: Fórum, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

**CONJUR**. Vale, André Rufino. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf> . Acesso em: 04 jan 2022.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jan. **Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Revista**

**Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2521-2543. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27469#:~:text=Em%20seu%20desenvolvimento%2C%20o%20ensaio,controle%20de%20constitucionalidade%20no%20Brasil%2C> . Acesso em: 15 abr 2021.

CUNHA JR., Dirley da. **O Controle de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Ebooks, 2009.

DALLARI, Paulo Massi. **O Instituto do Veto Presidencial no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, p. 104, 2015. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03052016-103219/publico/Paulo\\_Massi\\_Dallari\\_Dissertacao.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03052016-103219/publico/Paulo_Massi_Dallari_Dissertacao.pdf) . Acesso em: 05 mai 202.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo** – Direito Processual Constitucional. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**. Introdução. Teoria e Metodologia. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar Editora, 2006.

DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção**. Guia teórico e prático. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

DANTAS, Ivo. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. Edição Histórica. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Processo e da História Constitucionais**. Uma análise epistemológica na perspectiva comparada. Vol 1. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**: parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Editora Malheiros, 1987.

ESTADOS UNIDOS. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.**

Texto original: Senate USA. Disponível em:

[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm) . Acesso em: 29 mai 2022.

FABIUS, Laurent. *Propos introductif. Les Cahiers du Conseil constitutionnel. Titre VII, octobre 2020.* Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/octobre-2020-hors-serie> . Acesso em: 12 ago 2022.

FATIN-ROUGE, Stefanini Marthe; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; SEVERINO, Caterina. **Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice: une nouvelle étape après la QPC?** Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016. Disponível em: [https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/article/le\\_controlé\\_de\\_constitutionnalite\\_des\\_decisions\\_de\\_justice2.pdf](https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/article/le_controlé_de_constitutionnalite_des_decisions_de_justice2.pdf) . Acesso em: 15 jul 2022.

FAVOUREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FAVOUREU, Louis. *La Justice Constitutionnelle en France. Le Cahiers de Droit,* Vol. 26, número 2, 1985. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1985-v26-n2-cd3763/042667ar.pdf> . Acesso em: 03 mar 2022.

FRANÇA. **Assemblée Nationale. Fiche de synthèse n° 7: Le Conseil d'État.** Tradução livre. Disponível em: <https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/le-conseil-d-etat> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Assemblée Nationale. Fiche de synthèse n° 8: L'autorité judiciaire: l'ordre judiciaire et la Cour de cassation.** Tradução livre. Disponível em: <https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/l-autorite-judiciaire-l-ordre-judiciaire-et-la-cour-de-cassation> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Assemblée Nationale. RapInfo,** 2013. Tradução livre. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Conseil D'État. Déontologie.** Tradução livre. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/deontologie> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décisions.** Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décret du 13 novembre 1999.** Tradução livre. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/decret-n-59-1293-du-13-novembre-1959-relatif-a-l-organisation-du-secretariat-general-du-conseil> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel**. *Guide Pratique de la QPC*. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/guide-pratique-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc> . Acesso em: 04 jul 2022.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel**. *Ordonnance n. 58-1067*. Tradução livre. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/ordonnance-n-58-1067-du-7-novembre-1958-portant-loi-organique-sur-le-conseil-constitutionnel> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel**. *Textes Relatifs*. Tradução livre. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/textes-relatifs-au-conseil-constitutionnel> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Constitution de La République Française**. Texte intégral présenté par Ferdinand Mélim-Soucramanien. Tradução livre. Paris: Dalloz, 2018.

FRANÇA. **Escritos da vida política de Cambacérès**. Livre tradução. Disponível em: <http://www.cambaceres.fr/vie-poli/codif.htm> . Acesso em: 22 set 2021.

FRANÇA. **Vie Publique: au coeur du débat public**. Tradução livre. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/fiches/justice> . Acesso em: 12 ago 2022.

FRANÇA. **Vie Publique**. *Service Public. Qu'est-ce qu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ?*. Disponível em: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F21088> . Acesso em: 03 set 2021.

FRANÇA, Wanderson Édipo de. Gente do povo em Pernambuco: da Revolução de 1817 à Confederação de 1824. **Revista de Pesquisa Histórica CIO**, PPGH/UFPE, volume 33, número 01, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaclio/article/view/24644> . Acesso em:

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2014.

GUILLAUME, Marc. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. **Revue Annuelle des Avocats au Conseil D'État et à la Cour de Cassation**, vol. XV, 2010. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/QPC/qpc\\_mguillaume\\_19fev2010.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf) . Acesso em: 14 ago 2022.

GUILLAUME, Marc. *Le Règlement Intérieur sur la Procédure Suivie Devant le Conseil Constitutionnel pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité*. **Le Gazette du Palais**, n. 54, 23 février 2010. Disponível em: <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-07/pa038\_pa038\_0.pdf . Acesso em: 14 ago 2022.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. ***El Derecho Comparado***. Introducción al Método Comparativo em la Investigación em el estudio del Derecho. Traducción: Enrique Jardí. Barcelona: Institvto de Derecho comparado, 1954.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. ***The Federalist Papers***. Formato Kindle. Seatle: Amazon Classics, 2016.

HAURIOU, Maurice. ***Précis de Droit Constitutionnel***. Paris: Dalloz, 1929.

HESSE, Konrad. ***A Força Normativa da Constituição***. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric. ***Era dos Extremos: o breve séc. XX (1914-1991)***. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HORTA, Raul Machado. ***Direito Constitucional***. 5. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2010.

JOUANJAN, Olivier. Modelos e Representações da Justiça Constitucional na França: Uma Análise Crítica. Tradução: José Emílio Medauar Ommati. ***Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas***, Serro/MG, vol. 27, nº2, 2009.

KELSEN, Hans. ***Jurisdição Constitucional***. 3. ed. Tradução: alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KRAMER, Larry D. ***The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review***. Chicago: Oxford University Press, 2004.

KUHN, Thomas. ***A Estrutura das Revoluções Científicas***. Série Debates: Ciências. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LAMBERT, Édouard. ***Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation social aux États-Uni***. Paris: Dalloz, 1921.

LOTTIN, Dominique. *Avec l'introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel acquiert le statut de juridiction. Les Cahiers du Conseil constitutionnel. Titre VII, octobre 2020*. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/octobre-2020-hors-serie> . Acesso em: 12 ago 2022.

MARQUES, Luiz Guilherme. ***A Justiça da França. Um Modelo em Questão***. Leme: Editora de Direito, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. ***Organización del Poder y Libertad***. Historia del Constitucionalismo Moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1988.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand; PACTET, Pierre. **Droit Constitutionnel**. 39. ed. Formato Kindle. Paris: Sirey, 2021.

MICHAELS, R. **The Functional Method of Comparative Law**. In: REIMANN, M.; ZIMMERMAN, R. (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* [Kindle version]. New York: Oxford University Press, 2008. p. 339–382.

MIRANDA, Jorge. **Manual De Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martin Claret, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019

NOBRE JR., Edilson Pereira. O Triunfo de Sieyès. **Revista CEJ - CJF**, Brasília, ano XIV, n. 50, p. 6-10, jul./set. 2010. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/82> . Acesso em: 12 mai 2021.

NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 1. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e seu Estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 7, 1955, p. 35-51. Disponível em: <file:///C:/Users/Julienne/Downloads/889-Texto%20do%20Artigo-1667-2-10-20140915.pdf> . Acesso em: 12 jul 2022.

PERGORARO, Lucio. El Método em el Derecho Constitucional: La Perspectiva desde el Derecho Comparado. **Revista de Estudios Políticos**, n. 112, Madrid, 2001.

PLATA, José Guillermo Vallarta. **Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado**. Ciudad del Mexico: Porrúa, 1988.

POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PORTO, Walter Costa. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 4. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

POULLAIN, Bernard. *Remarques sur le modèle de contrôle de Constitutionnalité des lois*. **Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques**, n. 9. Paris: PUF, 1986. p. 179-194.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès; ARRETO, Marie-Caroline. *Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel?*. **Les Cahiers du Conseil constitutionnel**. Titre VII, octobre 2020. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/octobre-2020-hors-serie> . Acesso em: 12 ago 2022.

ROUSSEAU, Dominique. **O Processo Constitucional Francês**. Tradução: Thomas Passos Martins. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 38.1, jan./jun. 2018.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: RT, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCARCIGLIA, Roberto. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Dykinson, 2011.

SCHMITT, CARL. **O Guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEIGNOBOS, Charles. **História Sincera da França**. Tradução: Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional, 1938.

STRECK, Lenio Luiz.. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições Brasileiras**. Vol. 7. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

TAVARES, Ana Lucia Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.28, n. 109, jan/mar. 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175845> . Acesso em: 07 ago 2021.

TAVARES, Ana Lucia Lyra. **O Ensino do Direito Comparado no Brasil Contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade, n. 29, p. 69-87, jul./dez. 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

VERPAUX, Michel. **Droit Constitutionnel Français**. 2. ed. Paris: Paris: Puf, 2015

VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y Separación de Poderes**. Traducción: Xohana Bastida Calvo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VILLIERS, Michel de. **Dictionnaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Armand Colin, 1998.