

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA: DA IMPOSSIBILIDADE AO ENTUSIASMO

*JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY IN FRANCE: FROM  
IMPOSSIBILITY TO ENTHUSIASM*

*Eugênio Facchini Neto*

*Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP).  
Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da  
PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.  
Desembargador do TJ/RS.*

*Leonardo Tricot Saldanha*

*Doutorando da PUC/RS. Mestre em Direito Público pela UFRGS  
Professor de Direito Constitucional do UniRitter, FEMARGS e ESMAFE*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Lei Como Expressão da Vontade Geral e o Controle de Constitucionalidade. 1.1 Algumas Ideias Herdadas da Revolução Francesa; 1.2 A Dificil Adequação do Controle de Constitucionalidade à Supremacia da Lei; 2 A Lenta Aceitação do Controle de Constitucionalidade na França; 2.1 O Conselho Constitucional Francês e a Questão Prioritária de Constitucionalidade; 2.2 A Renovação da Democracia Por Meio da “Legitimidade Reflexiva” – Um Entusiasmo Infantil?; 3 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente texto analisa os elementos que levaram ao culto à lei na realidade política francesa pós-revolucionária, bem como os motivos que fizeram com que o controle de constitucionalidade tardasse tanto a, lá, chegar, especialmente no modelo repressivo. Após, apresenta a instituição de tal controle, prévio em 1958, repressivo em 2008. Apresenta e discute posições doutrinárias favoráveis a tal controle para, por fim, concluir no sentido da menor função que o controle possui na França, se comparado a outros países, bem como vincula tal debate à discussão sobre as concepções contemporâneas de democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** França. Culto à Lei. Controle de Constitucionalidade. Questão Prioritária de Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The present text analyzes the elements that led to the cult of law in post-revolutionary French political reality, as well as the reasons why constitutional control took so long to be accepted, especially in the repressive model. Afterwards, it presents the institution of such control, previous in 1958, repressive in 2008. It presents and discusses doctrinal positions favorable to such control in order to conclude in the sense of the smaller function that constitutionality control has in France, when compared to other countries, as well as linking such debate to the discussion on contemporary conceptions of democracy.

**KEYWORDS:** France. Cult of the Law. Control of Constitutionality. Priority Question of Constitutionality.

## INTRODUÇÃO

A relação dentre as fontes do direito e o estabelecimento de uma hierarquia entre elas marcam os diversos momentos na história da humanidade. Decidir qual é a fonte mais importante e estabelecer qual o órgão competente para dizer a última palavra a respeito, são questões fundamentais para saber que tipo de sociedade se quer construir.

A tradição francesa pós-revolucionária possui uma resposta muito clara para a questão. A fonte do direito que deve prevalecer é a lei, reflexo da vontade geral que o parlamento expressa. Só a lei pode manter a unidade nacional e a origem popular do poder ao mesmo tempo – o que não é engenharia fácil. Por muito tempo se acreditou que somente o parlamento tem a legitimidade oriunda do voto popular para, em nome deste, editar as normas que a sociedade deseja para si. O representante eleito do povo, imbuído de espírito cívico e de uma perfeita compreensão das necessidades da nação, editaria – assim dizia a ideologia então dominante, oriunda do iluminismo setecentista – as normas que a sociedade necessitaria a cada momento de sua história. Ao judiciário, nesta concepção, nada restaria senão assumir seu papel de simples ‘boca da lei’, sendo os juízes “seres inanimados, que não podem moderar nem a sua [da lei] força, nem o seu rigor” (na conhecida visão de Montesquieu, expressa no seu *De l’Esprit de lois*, de 1748). Como as normas editadas pelo legislador seriam supostamente completas (pois não haveria lacunas – tudo estaria previsto na lei), claras (os textos normativos não conteriam ambiguidades) e coerentes (pois não haveria antinomias), ao magistrado não caberia mais do que simplesmente aplicar a solução abstrata e previamente dada pelo legislador, para resolver o caso concreto. Seu raciocínio seria simples e mecânico, construído na forma de um silogismo formal, onde a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o fato a ser julgado, extraindo-se da subsunção do fato à norma a única conclusão possível.

Dentro dessa visão do universo normativo, entende-se não haver espaço para um controle de constitucionalidade, muito menos por um juiz, visto como mero funcionário público, sem legitimidade democrática para opor reparos à ou para neutralizar a obra do legislador.

Acrescente-se a isso o fato de que as constituições francesas da última década do século XVIII e ao longo do século XX praticamente se restringiram a disciplinar as relações entre os órgãos públicos, organizando o poder e estabelecendo as competências daqueles. Chegou-se a dizer que as constituições daquele período eram verdadeiros ‘códigos do direito público’,

cabendo ao código civil a função de ‘constituição do direito privado’, já que era neste que se encontravam positivados os valores jurídicos mais caros à sociedade burguesa de então: a propriedade privada e a liberdade contratual, bem como a regulação da família patriarcal.

Todo esse ‘mundo da segurança’ (Stefan Zweig) desaparece em razão dos trágicos eventos do século XX. Os horrores perpetrados pelos regimes nazista e fascista, bem como, em doses menores, pelos regimes totalitários da Espanha (franquismo), Portugal (salazarismo), Grécia (governo dos coronéis), ditaduras latino-americanas e outros, fez com que a sociedade perdesse a ingenuidade de acreditar que as leis sempre cumpririam seu papel de responderem às necessidades sociais e de protegerem os cidadãos. Boa parte das maiores atrocidades cometidas ao longo do ‘breve século XX’ (Eric Hobsbawn) foram feitas sob a égide da lei. Legisladores dóceis ou amedrontados, diante de um Executivo forte, não constituem anteparos suficientes para a proteção da sociedade e de seus cidadãos.

O novo constitucionalismo que surge das cinzas da segunda guerra mundial altera radicalmente esse quadro. Passou-se a entender que as Constituições devem ficar fora do alcance de maiorias parlamentares ocasionais. Devem elas entrincheirar os valores mais caros à sociedade, albergar os horizontes traçados de forma permanente para a nação, posicionar-se não só sobre a organização do Estado, mas também indicar os alicerces sobre os quais deve a sociedade e a vida privada se estabelecerem. As Constituições passam verdadeiramente a ‘constituir’ a sociedade.

Como essas Constituições são fruto de democracias plurais e tendencialmente tolerantes, os valores nelas consagrados igualmente refletem essa pluralidade de visões de mundo. Como as Constituições são feitas para durar, devem elas conter normas com flexibilidade e abertura suficientes para permitir os experimentos sociais que o futuro possa recomendar, bem como absorver as mudanças que o jogo eleitoral necessariamente impõem. Suas normas, portanto, são substancialmente principiológicas, abertas, flexíveis.

Esse pluralismo de valores, aliado à vagueza de suas normas, faz com que conflitos hermenêuticos surjam. Já não é mais tão simples saber se uma determinada norma ou política pública contraria ou não a Constituição.

No momento em que se passa a entender que as Constituições e suas normas principiológicas se impõem ao legislador, resulta claro que o controle da adequação do produto legislativo ao comando constitucional

não mais pode ficar sob a batuta do próprio legislador. Num sistema democrático de divisão de poderes, tal controle deve ser sonegado aos poderes políticos e entregue a um poder mais neutro, com legitimidade mais técnica do que política. Ou se confere tal controle ao próprio Poder Judiciário, difusamente ou através de seu órgão de cúpula, ou se criam cortes constitucionais autônomas, com a função de exercitar tal controle.

Afastando-se do modelo norte-americano e de sua tradição bicentenária, a opção europeia aperfeiçoou o modelo kelseniano, experimentado na Áustria já em 1920, criando cortes constitucionais autônomas, com a missão de controlar a constitucionalidade das normas. A competência, composição, formas de acesso, variam de país a país. Em comum, porém, há o fato de que essas cortes se mostraram à altura do desafio, transformando-se em verdadeiros baluartes dos direitos fundamentais dos cidadãos, protegendo as minorias, evitando radicalizações, influenciando o desenvolvimento inclusive do direito privado, através de uma interpretação das normas privadas em conformidade com a constituição.

A França, porém, herdeira de uma forte tradição ‘legictrista’, resistiu. Sua primeira constituição pós-segunda-guerra, a de 1946, instituiu um *Comité Constitutionnel*, que praticamente restou inoperante. A Constituição de 1958, ainda vigente, alterou o cenário com a criação do *Conseil Constitutionnel*, com a missão de efetuar um controle prévio de constitucionalidade – verdadeira ‘jaboticaba’ francesa.

Tecnicamente, o *Conseil Constitutionnel* não é um ‘tribunal’, mas sim um ‘Conselho’. Isto porque ele não foi originariamente concebido como um tribunal voltado ao controle de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais. Tratava-se de um órgão concebido para dirimir conflitos sobre a competência normativa do Executivo e do Legislativo, evitando que um dos poderes editasse normas que invadissem a seara do outro (na verdade, a intenção de De Gaulle era evitar que o Legislativo viesse a aprovar leis em matérias que a Constituição deixava para a competência regulamentar do Executivo), bem como resolver litígios eleitorais. Sua atual função alterou-se significativamente, embora nem sua estrutura, nem a forma procedimental de agir, tenham se alterado para se parecer mais como uma Corte de justiça. Somente quando decide conflitos eleitorais é que sua atuação se parece mais como um tribunal, em termos procedimentais<sup>1</sup>.

---

1 Nesses termos, BELL, John. *Judiciaries within Europe. A Comparative review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 49.

Durante os cinquenta anos seguintes, somente no pequeno interregno entre a aprovação, pelo Parlamento, de um projeto de lei, e a sua sanção presidencial é que alguns legitimados poderiam suscitar, junto ao *Conseil*, a questão da constitucionalidade do referido projeto. Caso o *Conseil* rejeitasse a arguição, ou não fosse acionado, a lei, uma vez sancionada, não mais poderia ser questionada sob o argumento de sua inconstitucionalidade.

Todavia, na reforma constitucional de 2008, criou-se um instituto que, ideologicamente, contradiz os valores revolucionários. Trata-se da Questão Prioritária de Constitucionalidade, que possibilita a prevalência de vontade outra que não a do parlamento. Pela primeira vez, em solo francês, uma lei em vigor passa a poder ser questionada sob o ângulo de sua higidez constitucional.

O presente texto procura evidenciar, na primeira parte, os motivos pelos quais a França possui uma particular noção de lei, uma noção que é própria, deriva da história do país e que é de difícil exportação. Explica, ainda, por que o controle de constitucionalidade tardou tanto a, lá, surgir, sobretudo no seu modelo repressivo. Na segunda parte, o texto expõe o surgimento da função de controle prévio de constitucionalidade atribuída ao Conselho Constitucional pela Constituição da Vª República (1958), bem como o recente surgimento da função repressiva. Após, apresenta as notas elogiosas que a Questão Prioritária de Constitucionalidade tem recebido da doutrina francesa, discutindo-as.

## 1 A LEI COMO EXPRESSÃO DA VONTADE GERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A lei, como passou a ser compreendida na França após a Revolução, é a rainha das fontes. Sobre sua primazia construíram-se a noção de Estado de Direito, de legalidade, de Direito Penal Liberal. O grande trunfo do parlamento como origem e motor principal do direito assenta-se em características reais, mas também simbólicas, que ele possui, especialmente diante da convicção da legitimidade democrática dos representantes do povo para expressar a *volonté generale* de que falava Rousseau.

Segundo essa tradição, a lei, como expressão direta da vontade geral, necessariamente devia ser respeitada pelos demais poderes. Em comprovação disso, lembre-se de um acórdão da Corte de Cassação, no início do século XIX, ao afirmar que “la loi du 8 octobre délibérée et votée dans les formes prescrites par la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux” (em tradução livre : A lei de 8 de outubro,

deliberada e votada com observância das formas prescritas pela Carta (constitucional), impõe-se aos tribunais e não pode ser atacada perante eles).<sup>2</sup> Isto barrou, por quase dois séculos, a implementação do controle de constitucionalidade.

A concepção da primazia da lei, porém, embora se assentando sobre uma experiência política muito específica, acabou disseminando-se por suas inerentes qualidades racionais e por atender aos anseios da classe média que ao longo do século XIX passou aos poucos a chegar ao poder político nas várias nações ocidentais.

### 1.1 ALGUMAS IDEIAS HERDADAS DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A França moderna é resultado de Revolução Francesa. O primeiro dado que deve ser ressaltado é o nível de ruptura que a revolução representou. A ascensão do liberalismo em todos os países ocidentais gerou uma importante mudança nos campos jurídico, econômico, político, estético. Mas só na França os valores do *ancien régime*, monarquista, absolutista e fundado em classes sociais estanques, foi atacado com tamanha força. Se a revolução inicia burguesa e nobiliária, ela adquire, com o passar do tempo, um aspecto popular e incontrolável<sup>3</sup>. Os mesmos nobres progressistas que apoiaram o início da revolução foram guilhotinados no segundo ano da mesma; bens rurais foram expropriados, direitos medievais extintos. O clero deixou de ser protegido pelo Estado. O sistema judiciário (*noblesse de robe*) existente foi extinto e recriado integralmente.

Um segundo dado relevante é a obsessão da Revolução com a questão da igualdade formal. Se a igualdade material foi sendo, aos poucos, relegada a um segundo plano (com a derrota e o assassinato de Jean-Paul Marat, por exemplo), a igualdade formal erigiu-se como ideia central da revolução. O antigo regime preservava, ainda que modificada, a ideia de pluralismo jurídico medieval. O pluralismo não podia ser, mais, territorial, já que a soberania absolutista o impedia. Mas se manifestava na diversidade de normas que vigoravam para as distintas classes sociais – o direito que se aplicava à nobreza não era o mesmo que se aplicava ao clero, e um terceiro se aplicava ao povo<sup>4</sup>. Havia, ainda, uma *Lex mercatoria* que os

2 Acórdão citado por FROMONT, Michel. "La Justice Constitutionnelle en France ou l'exception française". In: *Mélanges Conac*. Paris: Econômica, 1998. p. 179.

3 TULLARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789 – 1799*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 12.

4 DE LA BRETONNE, Restif. *As Noites Revolucionárias*. Tradução de Marina Appenzeller e Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

comerciantes aplicavam em suas relações, em tribunais por eles mesmo criados (os tribunais consulares), um direito canônico que regia amplas áreas do direito de família, sem falar nos usos e costumes locais e regionais. A fragmentação jurídica, portanto, era intensa. A extinção de privilégios beneficia a ideia de unidade jurídica – só há uma lei aplicável a todos os franceses, numa única nação francesa.

Uma sociedade de iguais (formalmente) passou a ser a chave de compreensão da Revolução. Os próprios representantes do povo deveriam ser guindados a essa condição por aclamação, pois a simples ideia de eleição traria consigo um ‘quê’ de desigualdade. Toda a experiência de poder nos primeiros anos da República passava sempre pelo Parlamento, pois ministros não poderiam ter um poder próprio que não se assentasse, de alguma forma, no poder popular. Em 1794, por exemplo, uma lei extinguiu todos os ministérios, já que só comitês ligados diretamente à assembleia poderiam representar o povo<sup>5</sup>.

Analisando à distância, não é absurdo que o modelo de lei mais antigo – o unanimista – tenha prevalecido na Revolução. A unanimidade é um valor político tradicional. Se tomarmos o clássico acrônimo SPQR (Senatus Populusque Romanus), usado durante várias fases da Roma antiga, ele significa a unidade entre todo o povo e o Senado. Tanto que não há instituições voltadas à parcialidade – os rituais públicos eram de unanimidade. Entre os germânicos antigos, rei e povo se confundem, sendo a palavra *Kin* a que designava povo, e a que resultou em rei.

Com outra roupagem, muito mais racional e científica, a ideia de lei como unanimidade do povo ou da Nação sobrevive durante a Revolução (e, a rigor, sobrevive até os nossos dias). Jean Jacques Rousseau usa o termo “vontade geral” para diferenciar a vontade dos indivíduos, ou da soma dos indivíduos. Não se chega à vontade geral por meio da soma de interesses, mas ao procurarmos os interesses da Nação. Diz Rousseau:

“O povo, por si, quer sempre o bem, mas por si nem sempre o encontra. A vontade geral é sempre certa, mas o julgamento que a orienta nem sempre é esclarecido. É preciso fazê-la ver os objetos tais como são algumas vezes como eles devem parecer-lhe, mostrar-lhe o caminho certo

---

5 ROSANVALLON, Pierre. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXI<sup>ème</sup> siècle, III). Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

que procura, defendê-la da sedução das vontades particulares... Eis donde nasce a necessidade de um legislador.”<sup>6</sup>

O legislador deve possuir uma “inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas”<sup>7</sup>. Difícil é a atividade de legislar, e forte o poder que forma a lei.

O modelo de lei que se percebe em Montesquieu é um pouco diversa, mais ligada à ideia de suprema razão. A lei não seria verdadeiramente um ato de vontade, mas seria neutra por ser necessária.<sup>8</sup> Parece haver um jusracionalismo maior no pensamento de Montesquieu do que no de Rousseau, algo mais Leibniziano; mas ambos os autores posicionam a lei em lugar bem distante da vontade, da negociação de interesses, de acordo possível - ou seja, de tudo aquilo que representa a lei em uma democracia pluralista de nossos dias.

Também Sieyès afirma, em inúmeros discursos<sup>9</sup> que a vontade da Nação é a vontade da unanimidade. Argumenta, porém, que a maioria pode ser equivalente à unanimidade, legitimamente, pois: 1) os membros da associação decidiram, unanimemente, aceitar que a maioria se equiparasse à unanimidade - há, assim, uma unanimidade mediata, renovada a cada decisão; 2) a unanimidade mediata não é menos valiosa do que a unanimidade real. Assim, Sieyès já prevê a possibilidade do dissenso. Mas vê o dissenso como um mal, a ser superado, nem que fosse por artifícios - nos debates parlamentares, os votos vencidos só começaram a ser anotados em atas em 1840<sup>10</sup>, e a dissidência seguiu, por muito tempo, sendo ameaça à lógica democrática da época.

Essa visão unanimista pode parecer-nos estranha e completamente afastada da visão pluralista que acreditamos marcar as democracias modernas. Vemos, hoje, os parlamentos como espaços de negociação e de debate, em que vários interesses colidem para se decidir qual, ou quais, devem prevalecer. O parlamento é visto, de forma mais relevante

6 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução não identificada. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 108.

7 *Ibidem*, p. 109.

8 GAZZOLO, Tommaso. ¿Una “definición” de leyes? Montesquieu y las leyes-sin-ley. Tradução de Antonio Hermosa Andújar. In: *Araucaria*, v.18 (36), p.189-209. Sevilla: Unidade Editora da Universidade de Sevilla, 2016.

9 ROSANVALON, op. cit., podcast 3.

10 *Idem*, *ibidem*.

após a segunda guerra mundial, como o espaço da diversidade - isso por que o totalitarismo criticava, exatamente, a divisão do povo, exaltando a unanimidade.

Politicamente, mesmo em nossos dias, o conteúdo do discurso político é de exclusão do outro. Se a regra da maioria conseguiu prevalecer, isso ocorreu sem grandes entusiasmos, apenas pela importância prática que tem para a solução de problemas reais.

## **1.2 A DIFÍCIL ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À SUPREMACIA DA LEI**

O controle de constitucionalidade parte do pressuposto que uma lei saída, ou que esteja prestes a sair, do parlamento pode ser inconstitucional, ou seja, que ela possa ser agressiva aos valores fundantes da sociedade. Além disso, aceitar o controle de constitucionalidade implica em atribuir a outro órgão, que não o parlamento, o poder de dar a última palavra sobre questões normativas.

Tais implicações são de difícil aceitação para o pensamento majoritário da Revolução Francesa. Não, porém, para Condorcet. O filósofo defendia que a soberania popular deveria se expressar por diversos meios. O povo é duplo, triplo, muitas vezes múltiplo. E, por isso, uma multiplicidade de órgãos deveria encarnar esse povo multifacetário. Seu herdeiro intelectual, Hérault de Séchelles, encaminha o projeto que resultou na Constituição de 1793, em que constavam dois artigos no título “Da Soberania do Povo”:

Art. 1. O povo exerce sua soberania nas Assembleias Primárias.

Art. 2. Ele nomeia imediatamente seus representantes e os membros do Júri Nacional.<sup>11</sup>

Todo o cidadão poderia recorrer a esse júri que visa sancionar os atos do poder constituídos e a bloquear sua ação para proteger os cidadãos da opressão do corpo legislativo e do conselho executivo<sup>12</sup>.

A proposta tinha por objetivo proteger o povo contra eventuais abusos dos poderes constituídos. Apesar de não ser um órgão judicial,

---

11 ROSANVALLON, Pierre. *La contre-democratie*. Paris: Seuil, 2014, p. 141. Traduções, sempre, dos autores deste texto.

12 *Ibidem*, p. 142.

há clara semelhança em termos de funções com o que, hoje, é realizado pelo Poder Judiciário. “Mas essa apreensão bicéfala da soberania do povo é vivamente rejeitada pela Convenção, seguidora de um culto jacobino da totalidade: a soberania só soube se definir, na França, como sob o Um”.<sup>13</sup> Uma instância de controle sobre aquele que exerce a soberania era tido como uma limitação da própria soberania.

Segundo Robespierre, a verdadeira finalidade de um tal júri seria impedir que o povo se rebelasse contra situações tirânicas. Um povo acostumado a reclamar para um órgão estatal quando se sente injustiçado é um povo domesticado, incapaz de se revoltar. E esse era, verdadeiramente, o pensamento de Condorcet: institucionalizar a insurreição, evitando que danos laterais e nefastos prevalecessem. Já aí, e de forma muito clara, a ideia de um controle externo ao do parlamento foi rejeitada muito veementemente.

A ideia de reflexão é a que embasa um poder moderador sobre o parlamento. Referido poder teria uma ligação com a história, com a manutenção de certos valores que são permanentemente importantes a uma comunidade política. Ora, nada disso é simbolicamente compatível com o momento revolucionário, que é o momento da mudança. O pensamento reflexivo é um pensamento conservador. E os revolucionários franceses não entendiam ser o momento de conservar. Rousseau, a respeito, defendia a ideia de democracia imediata. Feita a proposição, um cidadão deveria olhar nos olhos do outro e perceber qual a melhor decisão a ser tomada, e deveria tomá-la imediatamente, sem reflexão, a partir de um tipo de eletricidade moral. Se deixarmos os padres e os ricos falarem, seremos convencidos. Então, ao presente, pois só o presente pode ser revolucionário. Daí emergem várias ilusões típicas daquele momento: a revolução contínua, a democracia pura, sem intermediários, a ética e a estética da barricada.<sup>14</sup>

Mas há outras razões que explicam essa aversão a um controle de constitucionalidade efetuada por um órgão de natureza jurisdicional. Uma das razões é histórica. Trata-se da recordação permanente das interferências abusivas na esfera dos outros poderes que os juízes do *ancien régime* frequentemente perpetravam. De fato, os *Parlements* (tribunais de apelação do *ancien régime*) dispunham de amplos poderes – e não só jurisdicionais. Tais tribunais, que graças ao princípio da hereditariedade e da venalidade

13 ROSANVALON, op. cit.

14 ROSANVALON, Pierre. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXI<sup>ème</sup> siècle, III) Podcast 9.

dos cargos tornaram-se bastante independentes, eram tidos como guardiões das ‘leis fundamentais do reino’ (*‘lois fondamentales du royaume’*) e, através do *droit d’enregistrement* (direito de registro), dispunham de um notável controle sobre os atos legislativos régios. Através do ‘registro’ dos atos normativos do soberano controlava-se se tais atos eram ou não compatíveis com as “leis fundamentais do reino”, tidas como tais de acordo com a mundivisão dos próprios magistrados. Caso entendessem pela incompatibilidade, o registro era negado e, com isso, os atos normativos não entravam em vigor<sup>15</sup>. Além disso, em casos de lacuna normativa, podiam pronunciar *arrêts de règlement*, de natureza substancialmente legislativa.<sup>16</sup> Esta atividade envolvia uma verdadeira produção de normas gerais e abstratas, enunciadas em forma escrita e, portanto, dotadas de caráter ‘legislativo’, às quais as cortes se sujeitariam, futuramente, ao apreciar controvérsias concretas.<sup>17</sup>

Mas os *Parlements* franceses não se colocaram em rota de colisão somente com a realeza: o tom frequentemente reacionário das suas decisões e a obstinada defesa dos privilégios de sua classe (alguns dos quais tidos como absolutamente intoleráveis, como a venalidade dos cargos ou a remuneração dos juízes diretamente pelas partes em conflito), justificaram a profunda aversão dos liberais. Estima-se que cerca de 90% dos juízes do antigo regime pertenciam à nobreza, antes que se adotasse o regime da venalidade dos cargos da magistratura. Isto era um requisito ainda mais importante do que uma láurea em Direito. Assim, o termo “*aristocratie thémistique*” era realmente apropriado<sup>18</sup>. Essa aversão dos liberais a esta “aristocracia de toga” acarretou não só a supressão dos *Parlements* nas reformas revolucionárias de 1789/1790, mas também explicam a profunda desconfiança e antipatia nutrida pela classe política surgida posteriormente à revolução, em relação ao judiciário francês<sup>19</sup>.

Outra razão desta aversão, embora ligada à primeira, é de natureza ideológica. Pense-se em Montesquieu e a uma leitura redutiva da doutrina da

---

15 PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Torino: Einaudi, 3. ed. 1990. p. 31.

16 DE VITA, Anna. La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese. In: *Il Foro Italiano*, v. CII, fasc. 9, n. 76, p. 30-31, 1979.

17 PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 209.

18 Nesses termos, CAENEGEN, Raoul C. Van. I signori del diritto (tradução italiana de Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History). Milano: Giuffrè, 1991. p. 162, n. 15. Sobre o caráter reacionário da magistratura francesa do antigo regime, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 84.

19 PIZZORUSSO, op. cit., p. 32.

separação de poderes, da qual se deduzia a impossibilidade da interferência dos juízes na esfera do poder legislativo.<sup>20</sup>

Todavia, o “envelhecimento” da Revolução faz com que argumentos a favor da reflexividade fossem ganhando espaço. Por um lado, há argumentos a partir da preservação dos princípios republicanos, presentes na constituição. Por outro, a unidade da vontade geral, ainda que expressos em momentos muito diversos da história. Era hora de implementar o controle de constitucionalidade na França: inicialmente, apenas na modalidade prévia. Desde 2008, na forma repressiva também. É a história que passamos a contar.

## 2 A LENTA ACEITAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA

É interessante notar que todas as vezes em que se tentou experimentar um controle de constitucionalidade das leis na França, esta função foi confiada a um órgão de natureza não judiciária. Assim ocorreu, por exemplo, com a Constituição do ano VIII (1799), que, nos seus artigos 21 e 28 confiava tal controle ao *Sénat Conservateur*, formado por sessenta, depois oitenta, senadores nomeados vitaliciamente com o objetivo de controlar a constitucionalidade. Apesar de suas boas intenções, tal órgão não teve nenhuma efetividade.

Posteriormente, na Constituição de 1852, sob o governo de Luis Napoleão, um tal controle foi atribuído ao *Sénat* (art. 25-28)<sup>21</sup>.

Um experimento um pouco mais ousado (segundo os parâmetros franceses) foi feito em 1946, com a Constituição da IV República. Desta vez confiou-se ao *Comité constitutionnel* um poder bastante limitado de controle preventivo (e esta é a ideia que depois passará à Constituição da V República) da constitucionalidade das leis. Se entendesse que a lei era inconstitucional, reenviava a lei para o Parlamento. Se o Parlamento aprovasse novamente a lei, essa só entraria em vigor após uma reforma da Constituição.

Todavia, apesar de dotado de certa autonomia, o *Comité Constitutionnel* era composto por personalidades políticas e não tinha autoridade legal para

20 CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990. p. 81ss.

21 Sobre estes experimentos, consulte-se RIVERO, Jean “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme en droit français ». *Revue internationale de droit comparé*, v. 29, p. 10, 1977.

impor suas decisões aos poderes públicos. Sua insignificância institucional é evidenciada pelo fato de que em doze anos de existência, nenhuma lei foi reconhecida contrária à Constituição<sup>22</sup>.

Nos últimos cinquenta anos, porém, passou-se do ‘legicentrismo’ herdado da Revolução ao pleno reconhecimento do princípio da superioridade da Constituição. Esta passagem se deve fundamentalmente à obra do *Conseil Constitutionnel*<sup>23</sup>, que aprofundou a contribuição anteriormente dada pelo *Conseil d’État* a esse respeito, e estendeu seus efeitos para além do direito administrativo<sup>24</sup>.

Na arquitetura da constituição de 1958, a instituição do *Conseil Constitutionnel* respondia à necessidade de tutela da nova repartição dos poderes normativos entre o legislativo e o executivo, com vantagem para o segundo. Na realidade, sabe-se que os três grandes artífices da Constituição de 1958 (o General De Gaulle, Michel Debré e os Ministros de Estado) chegaram a um acordo relativamente à organização do poder somente quanto ao que não desejavam: a rejeição ao parlamentarismo de tradição francesa e ao presidencialismo no estilo norte-americano. Descartados estes modelos, quanto à nova estrutura de poder havia três diversas orientações: uma favorável à maximização dos poderes presidenciais (De Gaulle); outra favorável à ampliação dos poderes do Governo [Primeiro-Ministro] (Debré); enquanto a terceira se inclinava no sentido do parlamentarismo racionalizado (Ministros de Estado). Estas três orientações diversas de alguma forma foram sobrepostas, sem uma efetiva coordenação, já que “cada um escreveu a sua parte na trilogia sem prestar muita atenção na obra do vizinho”<sup>25</sup>.

De fato, o Conselho Constitucional não foi imaginado para ser uma Corte Constitucional semelhante àquelas previstas nas Constituições alemã e italiana. Foi pensada para preencher outras funções: proteção

---

22 COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). *Introdução ao Direito Francês*. v. 1. Curitiba, Juruá, 2009, p. 144. Segundo Marcou, o Comité reuniu-se uma única vez, por ocasião de um conflito menor. Foi dito deste órgão que ele era destinado a controlar mais a legalidade da constituição do que a constitucionalidade das leis – nestes termos, MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, p. 112, 1997.

23 AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, p. 9ss, 1991.

24 BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 0. 94, 2011.

25 Segundo DUHAMEL, O., citado por AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, p. 27-28, n. 9,1991.

do executivo contra usurpações normativas do Legislativo, controlar o processo eleitoral e examinar a constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais<sup>26</sup>.

O desejo maior era evitar o retorno a um regime de proeminência parlamentar. Tanto é verdade que o Conselho Constitucional substancialmente jamais interveio nas relações entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro<sup>27</sup>. Na eventualidade de uma lei abordar matéria de competência regulamentar, o Conselho poderia ser acionado para o fim de “*délégation*” da lei. Deve ser realçado, porém, que sempre se reconheceu uma presunção (relativa) de constitucionalidade da lei, cabendo ao proponente a demonstração do desbordamento.

A evolução posterior, porém, mostrou um Conselho que se preocupa mais em limitar e controlar os poderes do governo do que aparecer como seu defensor perante o Parlamento. Além disso, este órgão, a partir dos anos setenta, demonstrou ser um verdadeiro protetor das liberdades individuais e dos direitos fundamentais. Em uma célebre decisão de 1971<sup>28</sup>, o *Conseil Constitutionnel* afirmou que seu poder não estava limitado ao exame da compatibilidade da norma frente ao disposto nos artigos 34 e 37 da Constituição (que elencavam os poderes normativos do Parlamento e do Executivo, respectivamente), mas sim se estendia à verificação da compatibilidade da norma em relação à integridade da Constituição.

Esse movimento se deu através da ampliação do chamado *bloc de constitutionnalité*. Ou seja, as leis deviam respeitar não somente os diversos artigos da Constituição, mas também os princípios contidos no seu preâmbulo (bem como aquele da Constituição de 1946, ao qual faz referência o preâmbulo da Constituição de 1958), assim como os

26 BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 150.

27 FAVOREU; PHILIP, op cit., p. 3.

28 Sobre esta decisão e sua importância paradigmática, veja-se M. Cappelletti, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, p. 1391, e FAVOREU, Louis & PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1995, p. 244s. Muitos se referem a esta fundamental decisão como o *Marbury v. Madison* francês - Domenico Amirante, *Giudice costituzionale e funzione legislativa*. L'esperienza francese. Padova, Cedam, 1991, p. 25, n. 2; D. Tallon, “The Constitution and the Courts in France”, 27 *American Journal of Comparative Law*. 1979, p. 567s; Frederick L. Morton, “Judicial Review in France: A Comparative Analysis”, 36 *American Journal of Comparative Law* 1988, p. 90. L. Hamon refere-se a esta decisão como “o segundo nascimento do Conselho Constitucional” - HAMON, Léo. *Les juges de la loi*. Paris : Fayard, 1987, p. 159 e seguintes; BELL, John. “Principles and Methods of Judicial Selection in France”, 61 *Southern California Law Review* 1988, p. 1786s.

princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República<sup>29</sup>. Destes princípios poder-se-ia deduzir a natureza legislativa da norma, ainda que a matéria não estivesse incluída no elenco do art. 34 da Constituição. Posteriormente, com a decisão de 27 de dezembro de 1973<sup>30</sup>, estendeu-se o *bloc de constitutionnalité* até mesmo aos princípios contidos na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, à qual os preâmbulos das Constituições de 1946 e de 1958 também fazem referência.

Se hoje é reconhecida a ausência de uma estrita delimitação entre o domínio legislativo e o regulamentar, isto se deve fundamentalmente às intervenções do Conselho Constitucional. O legislador não observa mais os confins de sua competência e o governo a isso não se opõe. As fronteiras tornaram-se fluídas e flexíveis. A respeito disso, pode-se seguramente sustentar que, na história da V República, a tendência vai no sentido da extensão do domínio legislativo, em detrimento daquele regulamentar. Isso deriva principalmente do aumento das fontes legitimadores da legislação, como, por exemplo, a noção de principio geral de direito que, segundo a jurisprudência do Conselho, pode ser alterada somente por uma intervenção legislativa<sup>31</sup>.

A importância fundamental desta evolução jurisprudencial do Conselho Constitucional reside no fato de que ela conduziu a uma “gradual mas constante constitucionalização das liberdades e dos direitos fundamentais. Isto é particularmente significativo porque ocorre em um ordenamento jurídico-constitucional que, diversamente dos outros ordenamentos europeus contemporâneos, havia omitido a previsão de disposições constitucionais específicas para a proteção das liberdades dos cidadãos”<sup>32</sup>.

Aos poucos, assim, os argumentos a favor da reflexividade vão ganhando espaço. No momento da feitura da Constituição da V<sup>a</sup> República, o controle de constitucionalidade já mostra sinais de vigor especialmente na Alemanha. Especificidades políticas francesas permitiram que o controle surgisse, mas apenas de forma prévia e realizado não propriamente por

29 Sobre o tema, entre outros, Mauro Cappelletti, “Un probleme majeur: contrôle juridictionnel des lois et principe de démocratie. Étude de droit comparé», in: *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 222, 1990.

30 L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 8. ed. Paris: Dalloz, p.277s, 1995.

31 Sobre esse ponto, v. L. Favoreu e L. Philip, *Le Conseil Constitutionnel*. 6. ed. Paris: P.U.F., 1995, p. 112s.

32 GAMBINO, Silvio, “La giustizia costituzionale in Francia. Il “Conseil Constitutionnel” da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”. In: *Politica del diritto*, anno XIX, dezembro de 1988, p. 584.

um órgão jurisdicional, mas sim por um Conselho Constitucional. Por elementos de sua dinâmica interna, referido Conselho ganhou espaço e poder, até o momento em que, por meio de uma mudança constitucional de 2008, foi-lhe reconhecido o poder de declarar a inconstitucionalidade de atos do parlamento já em vigor, por meio da Questão Prioritária de Constitucionalidade. Vejamos como se desenvolveu essa história.

## 2.1 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS E A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Como foi visto, a Constituição francesa de 1958 criou um novo órgão, o *Conseil Constitutionnel*, para realizar o controle prévio de constitucionalidade originariamente apenas quando demandado a tanto pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional ou pelo Presidente do Senado<sup>33</sup>.

Os órgãos citados podiam (e ainda podem) requerer que o *Conseil* analisasse a constitucionalidade do projeto de lei que tivesse sido aprovado pelo Parlamento mas antes de ser sancionado pelo Presidente da República<sup>34</sup>. Esse controle é, portanto, prévio, e surge de uma questão muito peculiar. A Constituição de 1958 encarna uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais poderes. Ela é feita sob auspício direto do general Charles de Gaulle, herói de guerra que só aceitou governar com poderes alargados. A concepção institucional de De Gaulle passa pela clara primazia da Presidência da República sobre os demais poderes. Seus poderes e suas funções são delineados já no início da constituição de 1958, artigos 5 a 19. A Presidência é a tradução, em termos jurídicos, do papel que o general De Gaulle pensava dever desempenhar na França, e efetivamente o desempenhou, de dezembro de 1958 a abril de 1969. Esse papel pode ser sintetizado na tarefa de fazer valer, nas contingências políticas, os interesses permanentes da nação. Ele se via não como um líder político do cotidiano, intérprete de interesses imediatos, particulares, ocasionais, mas um chefe histórico, constantemente ligado ao passado da nação e voltado para o futuro, em uma unidade homogênea de visão e de desenvolvimento<sup>35</sup>.

---

33 FRANÇA. *Constituição da 5ª República*. Atualizada, em português em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

34 KAHN-FREUND, LÉVY, RUDDEN. *A Source-Book on French Law*. 3rd. ed. revised by Bernard Rudden. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 96.

35 Nesses termos, ORTINO, Sergio. *Diritto costituzionale comparato*. Bologna, Il Mulino, 1994. p. 313. Uma excelente síntese da evolução institucional francesa, desde a Revolução Francesa até tempos recentes é

Diante de tal contexto histórico, a Constituição deu ao executivo o poder de dispor sobre muitas matérias via regulamento - a rigor, de todas que não estivessem sob expressa reserva legal. O Conselho Constitucional foi criado com o claro objetivo de salvaguardar tais competências do Presidente, evitando que o Legislativo - tão preponderante na história francesa - viesse a exorbitar suas funções constitucionalmente estabelecidas<sup>36</sup>. Assim, a história do surgimento do Conselho é ímpar na história dos Estados Liberais. Ele não surge para limitar o poder do Executivo, mas, ao contrário, para garantir que tal poder se mantivesse alargado, como desejado pela Constituição.

O Conselho Constitucional é órgão de formação mista, sendo nove membros indicados (três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado) para o mandato de nove anos, não renováveis. São ministros vitalícios todos os ex-Presidentes da República que, em geral, preferem não compor o Conselho - exceção que se faz a Valéry Giscard d'Estaing, Presidente de 1974- 1981. Ainda que críticas existam<sup>37</sup>, a formação do Conselho e o fato da existência de um mandato têm auxiliado no exercício das funções a ele destinadas.

Os estudiosos do *Conseil* acentuam a independência financeira (já que recebem os mais elevados vencimentos dentre os funcionários públicos), política (diante do caráter não renovável dos seus mandatos), frente à opinião pública (já que não devem se manifestar sobre qualquer fato ou evento que possa vir a ser submetido à apreciação do *Conseil*, bem como são obrigados a manter sigilo sobre as deliberações e votos individuais no Conselho, mesmo após terem deixado o cargo<sup>38</sup>, uma vez que os votos individuais dos conselheiros nunca são tornados públicos<sup>39</sup> e, seguindo o

---

dada por JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, p. 507/509, 2006.

36 Remeta-se a FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla E. J. E a França piscou - a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. In: A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 67, jan./mar. 2017.

37 ROUSSEAU, Dominique. op. cit, p. 192. O autor defende que o Conselho Constitucional deva ser refundado, devendo dar importância à competência jurídica e a validação parlamentar.

38 LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*. v. 1, Il Sistema Francese. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1994. p. 110.

39 TROPER, Michel. "Direito Constitucional". In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (org). *Introdução ao Direito Francês*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 48, e ROSENFELD, Michel. «Comparing Constitutional Review by the European court of Justice and the US Supreme Court». 4 I CON 618, 635 (2006), apud JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. "Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?" In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, p. 612, 2011.

estilo francês, as decisões são emitidas em nome da Corte como um órgão compacto, sem votos divergentes ou concorrentes, por mais controvertido que seja o caso e por mais que tenha havido divisões internas), frente ao mundo dos negócios (já que não podem exercer qualquer cargo em qualquer empresa pública ou privada) e de uma forma mais geral pelo fato de que normalmente são escolhidos “sábios” na fase final de carreira<sup>40</sup>.

Com o Conselho Constitucional francês ocorreu o que muitas vezes ocorre com as instituições que conseguem durar no tempo. Se ele foi criado como um guardião das atribuições do Presidente da República, foi conquistando um espaço mais alargado, sobretudo na proteção dos Direitos Fundamentais e das liberdades<sup>41</sup>, como foi visto.

Posteriormente, a Lei Constitucional 74-904, de 29 de outubro de 1974 alarga a legitimação para que o Conselho Constitucional seja acionado – sessenta deputados ou sessenta senadores podem fazê-lo. Com isso, o Conselho ganha o papel que lhe faltava para ser considerado uma Corte Constitucional, um papel de defensor das minorias. Os derrotados no processo legislativo podem, a partir daí, levar a discussão para novos patamares, com a invocação de argumentos jurídicos.

Mas é com a Lei Constitucional 2008-724 de 23 de julho de 2008 que o passo definitivo é dado, embora a reforma só tenha entrado em vigor em 1º de março de 2010, como previsto pela lei regulamentadora (Lei Orgânica n. 2009/1523, de 10.12.2009. Estabelece-se a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), que é o primeiro desembarque do controle repressivo em terras francesas. Se, no curso de um processo, a parte entender que a lei agride direitos fundamentais e liberdades suas (na concepção alargada que vigora em solo francês) pode submeter, por escrito, a QPC para o juiz da causa<sup>42</sup>. Presentes as condições exigidas em lei (que o dispositivo impugnado constitua o fundamento da pretensão ou da defesa de uma das partes, sendo efetivamente pertinente para o julgamento da demanda; que referido dispositivo não tenha sido já considerado constitucionalmente hígido pelo Conselho Constitucional; que a questão apresentada seja séria), o juiz deve transmitir o pedido para

40 Nesses termos, BRANLARD, Jean-Paul. *L'essentiel de l'Organisation judiciaire em France*. 3. éd. Paris: Gualino éditeur, p. 42, 2010.

41 V. a respeito, RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. 2. ed. Aix-en-Provence: PUAM, 1987.

42 Procedimento disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/guide-pratique-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.136976.html>> Acesso em: 29 nov. 2016.

a Corte de Cassação ou para o Conselho de Estado (órgãos de cúpula das Justiças Comum e Administrativa, respectivamente, na França), conforme se trate de um juiz comum ou um juiz administrativo. Essas cortes decidem, em um máximo de três meses, se a QPC deve ser enviada ao Conselho Constitucional, em decisão irrecurável.

Uma vez que o Conselho Constitucional receba a Questão Prioritária de Constitucionalidade, deverá julgá-la em, no máximo, três meses. Para isso, marca-se audiência pública para ouvir sustentações. A decisão, formalmente unânime (já que não são divulgadas eventuais divergências no seio do colegiado), é tomada dias depois. Caso a inconstitucionalidade seja reconhecida, a lei é ab-rogada retroativamente (*ex tunc*), com a possibilidade de modulação de efeitos. Os efeitos são vinculantes, segundo o art. 62 da Constituição da República Francesa.

A nova modalidade de controle aplica-se inclusive aos processos existentes e em curso. A QPC deve ser arguida em petição separada, devidamente fundamentada. Podem ser objeto do novo procedimento as “disposições legislativas aprovadas pelo Parlamento” (expressão que abrange as leis, leis orgânicas ou portarias ratificadas pelo Parlamento). Os demais atos administrativos são controlados pela justiça administrativa (inclusive quanto à sua validade frente à Constituição e ao bloco de constitucionalidade).

Esse controle repressivo tem uma experiência ainda bastante curta. Apesar disso, vem recebendo um olhar benevolente de teóricos, juristas ou não. É de se indagar, porém, se é justificado o entusiasmo que a doutrina francesa tem dedicado ao controle repressivo de constitucionalidade.

## **2.2 A RENOVAÇÃO DA DEMOCRACIA POR MEIO DA “LEGITIMIDADE REFLEXIVA” – UM ENTUSIASMO INFANTIL?**

A adoção de um instrumento de controle repressivo de constitucionalidade no direito francês surpreende por ser o rompimento de um paradigma. Apesar do avanço, há que se reconhecer que a QPC não é tão ampla quanto o controle de constitucionalidade há muito praticado em outros países europeus. Nem é tão acessível quanto o controle concreto brasileiro, por exemplo.

De certo modo, pode-se dizer que a lenta evolução do controle de constitucionalidade francês foi algo inevitável. Seria impossível que a França passasse incólume pela avalanche ideológica e de mudanças institucionais

pós segunda guerra mundial, que fez pender para o judiciário a função de desenvolver o direito, sobretudo em casos difíceis. Ainda mais por ser um país europeu, cercado por países com ampla tradição de desenvolvimento do Direito Constitucional por decisões jurisdicionais, e participante de cortes comunitárias que, há muito, criam ou desenvolvem o direito. A lei continua sendo uma fonte importante – a principal – do Direito, mas deixou de ser considerada ‘todo’ o Direito. Ou seja, não há mais espaço para o legicentrismo. A Constituição hoje ocupa todo o centro do sistema normativo de todos os países europeus.

Sobre a repercussão da inovação, nota-se, na doutrina pesquisada, um grande entusiasmo com o instituto e com as novas funções que o poder judiciário pode vir a desempenhar. Analisaremos argumentos de dois importantes autores que tratam do assunto.

Em primeiro lugar, Pierre Rosanvallon. Em seu curso anual no *Collège de France*<sup>43</sup>, o autor tratou das Metamorfoses da Legitimidade em 2008, ano de inserção da QPC na Constituição Francesa.

O autor identifica que as democracias estão em constante mutação, e que a legitimação representativa, apesar de ser a mais tradicional e importante, está em crise. A história das democracias conheceu, porém, outras espécies de legitimidade, tais como legitimidade por identificação com o interesse geral (exercida por uma administração pública capaz e protegida)<sup>44</sup>, legitimidade por regulação (agências reguladoras)<sup>45</sup> e legitimidade por reflexividade<sup>46</sup>.

A legitimação democrática por reflexividade parte da ideia da falta de unidade do povo, a ideia de Condorcet já apresentada anteriormente. O povo não é uno para que se possa dar a ele uma única voz. O povo pode ser encarado sob, ao menos, três vieses – o eleitoral, o social e o simbólico.

Segundo Rosanvallon, a memória é uma variável chave da democracia. Os problemas que o povo passou, como enfrentou as dificuldades, e o que resultou de suas escolhas, tudo isso é importante para o futuro. E o principal responsável por apreender o povo em sua dimensão múltipla, tradicional

---

43 O curso está disponível, completo, em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

44 Idem, podcasts 4 a 6.

45 Idem, podcast 7 e 8.

46 Idem, podcasts 9 a 11.

e reflexiva é a Corte Constitucional<sup>47</sup>. Ela ocupa o espaço previsto por Hérault de Séchelles no projeto de constituição de 1793, o de ser uma institucionalização do poder de resistência.

A maioria eleitoral pode tender ao imediatismo. Uma corte constitucional pode ser o contraponto desse imediatismo, decidindo com base em valores muito mais democráticos e estáveis do que a maioria eventual. A decisão da corte seria um momento de expressão da vontade geral, tão importante quanto a do parlamento. No parlamento, prevalece a maioria aritmética. Na corte, o raciocínio argumentativo.

Em segundo lugar, apresentamos os argumentos de Dominique Rousseau, em um de seus mais recentes livros<sup>48</sup>, *Radicalizar a Democracia*. Da mesma forma que Rosanvallon, o autor faz uma análise pejorativa da democracia representativa, dizendo que a democracia não deve ficar, apenas, no campo institucional. Para isso, toda a sociedade deve ser democrática. Daí a importância dos direitos fundamentais, a falta de hierarquia entre geração de direitos, a presença de um estatuto garantindo o desenvolvimento do indivíduo em face do Estado. E tudo isso garantido pelo controle de constitucionalidade. “Se o Parlamento sempre foi a instituição da democracia representativa, a Justiça é o da democracia contínua”<sup>49</sup>

Dominique Rousseau conhece as críticas feitas ao poder excessivo do juiz atual, potencializado na tríade mídia – juiz – opinião. Mas acredita que o juiz ainda é o poder mais capaz de resistir às pressões externas, de maneira muito mais eficiente do que o parlamentar. O aumento do poder do juiz é, no seu entendimento, um marco civilizatório. O juiz seria mais próximo das angústias e necessidades do povo, pois:

“os juízes são, por seu modo de acesso à carreira, próximos aos problemas encontrados pelas pessoas em suas vidas cotidianas: uma demissão, um aborto, uma expulsão, o acompanhamento do final de uma vida, etc.; e essa proximidade coloca os juízes em situação de ver a evolução da sociedade, dos costumes, das expectativas da sociedade e fazer evoluir, por conseguinte, a interpretação das regras.”<sup>50</sup>

---

47 Idem, podcast 10.

48 ROUSSEAU, op. cit.

49 Idem, p. 157. Traduções, sempre, dos autores.

50 Idem, p. 169

O juiz constitucional é o guardião de um projeto inacabado e, por isso, não é conservador. “De uma certa maneira, o juiz constitucional institucionaliza a indeterminação do Direito<sup>51</sup>. Ele permite a evolução protegendo a presunção de inocência, a irretroatividade das leis penais, a liberdade de expressão...

Os dois autores compartilham uma visão muito positiva da jurisdição constitucional, idealizada, até. Será que os juízes serão bons guardiões das tradições republicanas, como deseja Rosanvallon? O juiz pode ser considerado “um do povo”, como pretende Dominique Rousseau? São respostas difíceis de dar, sobretudo tão afastados da realidade social francesa. Mas algumas intuições apresentaremos, a guisa de considerações finais.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho apresentou os motivos pelos quais a Revolução Francesa, bem como as instituições pós-revolucionárias, firmaram crença na manifestação unívoca e incontestável da vontade do povo, por meio do parlamento e, por consequência, por meio do seu produto, a lei. Como toda a crença, essa também é firmada em uma série de mitos – a unidade do povo, a naturalidade da regra da maioria, a permanência do momento eleitoral. Esses mitos são, como todos, universalizações de especificidades. Não são verdades absolutas, como se quis fazer crer.

O surgimento do controle de constitucionalidade, baseado no critério da argumentação jurídica, deve ser saudado como avanço em todos os lugares, inclusive na França. Ele combate a visão monolítica de decisão política e pode ser elemento de evolução social. Querer resolver os problemas da democracia a partir dele, porém, parece-nos excessivo.

Que uma decisão de uma corte constitucional possa refletir uma nova legitimidade, é aceitável. Mas não se pode colocar sobre ela todas as esperanças de salvar a democracia. Rosanvallon defende a importância de se resguardar os valores republicanos. Concordamos que esses valores devem estar albergados em uma Constituição estável. Também concordamos que papel maior do Judiciário é o de proteger a constituição e, consequentemente, garantir a validade e eficácia dos princípios albergados na Constituição, sempre que questionados em um caso submetido à sua apreciação.

---

51 ROUSSEAU, op. cit., p. 173

Todavia, não há que se olvidar que o Judiciário padece de algumas limitações, dentre elas a sua passividade, já que só age quando provocado e, quando o é, os rituais do devido processo legal fatalmente acabam retardando a sua resposta.

Por outro lado, é certo que os juízes, pelo seu maior número e pela sua difusão capilar no território da nação, potencialmente estão mais próximos da sociedade, nela diretamente convivendo. Todavia, não se pode olvidar que os juízes são, na sua maioria, concursados e vitalícios, constituindo um grupo muito específico, e privilegiado, dentre os agentes do Estado, o que pode gerar um nicho de corporativismo. Há, portanto, sempre o temor de um refluxo aristocrático em suas decisões.

Todos desejam um governo mais próximo da sociedade. Essa proximidade poderá ser suprida pelos juízes, segundo Dominique Rousseau, pelos motivos acima apresentados. Mas é de se perguntar se o juiz realmente se identificará com o mais fraco, com o demitido, com a mulher que abortou, com o expulso? Não duvidamos que a situação seja diversa em França, contrastada com o Brasil. Mas, mesmo lá, e em qualquer lugar, o judiciário é uma das camadas potencialmente mais conservadoras da sociedade, exatamente por que sua finalidade é a de conservar a ordem jurídica, sempre olhando para trás, resolvendo litígios que já ocorreram no passado. Podemos acreditar no que nos diz Dominique Rousseau, segundo o qual o juiz estará próximo do povo? Além disso, seria essa sua função natural – veículo dos desejos e anseios da sociedade?

Provavelmente tenham sido essas preocupações que fizeram com que praticamente todos os países que criaram um controle de constitucionalidade a partir do segundo pós-guerra não outorgassem tal controle aos seus tribunais ordinários, compostos por juízes de carreira. Preferiu-se a opção de se criar Cortes Constitucionais próprias, providas por elementos oriundos majoritariamente de outros segmentos que não o da magistratura ordinária, escolhidos quase sempre exclusivamente pelos órgãos políticos (Parlamento, Presidente, Primeiro-Ministro) e por critérios igualmente políticos, além da simples qualificação técnica. E isso foi feito exatamente por se entender que a interpretação constitucional exige uma verdadeira sensibilidade política e uma criatividade que normalmente não se encontram em juízes de carreira. Estes, especialmente na fase final de sua carreira, tendem a se tornar conservadores.

Na França, a Q.P.C. deve ser levada ao *Conseil Constitutionnel* a partir dos magistrados de carreira, através de seus órgãos de cúpula, Corte de

Cassação ou Conselho de Estado. Mas os nove componentes do *Conseil*, que julgarão a causa, são pessoas não ligadas ao mundo judiciário, escolhidos pelo Presidente da República, pela Assembleia Nacional e pelo Senado, na proporção de 1/3 para cada órgão. Tal mecanismo visa exatamente retirar do Judiciário ordinário o peso maior do controle de constitucionalidade.

Nenhuma dessas reflexões tem por objetivo diminuir a importância do controle de constitucionalidade, que se desenvolveu de maneira própria e criativa na França. Temos como certo que, usado na correta medida, ele contribuirá para a evolução da sociedade daquele país.

## REFERÊNCIAS

AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, 1991.

BELL, John. Principles and Methods of Judicial Selection in France. In: *Southern California Law Review*, v. 61, 1988.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

BELL, John. *Judiciaries within Europe*. A Comparative review. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRANLARD, Jean-Paul. *L'essentiel de l'Organisation judiciaire em France*. 3. ed. Paris: Gualino éditeur, 2010.

CAENEGEN, Raoul C. Van. *I signori del diritto*. (tradução italiana de Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History). Milano: Giuffrè, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Site do Conselho Constitucional Francês. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). *Introdução ao Direito Francês*. v. 1, Curitiba, Juruá, 2009.

DE LA BRETONNE, Restif. *As Noites Revolucionárias*. Tradução de Marina Appenzeller e Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

DE VITA, Anna. La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese. In: *Il Foro Italiano*, v. CII, fasc. 9, p. 30/31, n. 76, 1979.

FACCHINI NETO, Eugênio ; HENDGES, Carla E. J. “E a França piscou - a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade”. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 67, jan./mar. 2017.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Le Conseil Constitutionnel*. 6. ed. Paris: P.U.F, 1995.

FAVOREU, Louis & PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1995.

FRANÇA. *Constituição da 5ª República*. Atualizada, em português em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portu\\_gais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portu_gais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974*.

\_\_\_\_\_. *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008*

\_\_\_\_\_. *Loi organique du 10 décembre 2009*

FROMONT, Michel. La Justice Constitutionnelle en France ou l'exception française. In: *Mélanges Conac*. Paris: Econômica, 1998.

GAMBINO, Silvio. “La giustizia costituzionale in Francia. Il “Conseil Constitutionnel” da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”. In: *Politica del diritto*, ano XIX, dezembro de 1988.

GAZZOLO, Tommaso. ¿Una “definición” de leyes? Montesquieu y las leyes-sin-ley. Tradução de Antonio Hermosa Andújar. In: *Araucaria*, v.18 (36), p.189-209. Sevilha: Universidade de Sevilha, 2016.

HAMON, Léo. *Les juges de la loi*. Paris: Fayard, 1987.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. “Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?” In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011.

KAHN-FREUND; LÉVY; RUDDEN. *A Source-Book on French Law*. 3. ed. revised by Bernard Rudden. Oxford: Clarendon Press, 1991.

MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1997.

MORTON, Frederick L. “Judicial Review in France: A Comparative Analysis”, 36. *American Journal of Comparative Law*, v. 36, 1988.

ORTINO, Sergio. *Diritto costituzionale comparato*. Bologna, Il Mulino, 1994.

PIZZORUSSO, Alessandro. *L’organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. 3. ed. Torino: Einaudi, 1990.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Giuffrè, 1995.

RIVERO, Jean “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme en droit français». *Revue internationale de droit comparé*, v. 29, 1977.

RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. 2. ed. Aix-en-Provence: PUAM, 1987.

ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie*. Paris: Seuil, 2014.

\_\_\_\_\_. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXIème siècle, III). Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European court of Justice and the Us Supreme Court. 4 I CON 618, 635 (2006), apud JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. “Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?” In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011.

ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la Demoratie*. Paris: Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução não identificada. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROUVILLOIS, Frédéric. *Droit Constitutionnel, fondements et pratiques*. 4. ed. Paris: Flammarion, 2015.

TALLON, Denis. The Constitution and the Courts in France. In: *American Journal of Comparative Law*, v. 27, 1979.

TROPER, Michel. Direito Constitucional. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (org.). *Introdução ao Direito Francês*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TULLARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789 – 1799*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

WEST, Andrew; DESDEVISES, Yvon; FENET, Alain; GAURIER, Dominique; HEUSSAFF, Marie-Clet; LÉVY, Bruno. *The French Legal System*. 2. ed. London: Butterworths, 1998.