



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

## O Último Legado de Sieyès - A Questão Prioritária de Constitucionalidade e o Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade Repressivo na França.

*Alexandre Vitorino Silva \**

**Resumo:** O artigo estuda o desenvolvimento do controle de constitucionalidade na França, que atingiu o seu ponto máximo com a reforma constitucional que instituiu a QPC em 2008.

**Palavras-chave:** Jurisdição  
Constitucional; Direito Constitucional  
Francês.

**Abstract.** This essay describes the historical development of judicial review of legislation in France, dramatically accelerated by the Bill of 2008 which created QPC.

**Keywords:** *Judicial Review of  
Legislation; French Constitutional Law.*

\* Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor do IDP, ex-professor do UniCEUB e do IESB. Procurador do Distrito Federal.

## 1. Introdução

O objetivo do presente ensaio é estudar a reforma constitucional que introduziu o controle repressivo de constitucionalidade da lei na França, após resistência secular às ideias de Sieyès a propósito da necessidade de criação de um *Jury Constitutionnaire*.

A *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (Questão Prioritária de Constitucionalidade - QPC), positivada pela Emenda Constitucional de 23 de julho de 2008, pode ser suscitada por qualquer parte em litígio submetido às jurisdições francesas e configura um meio posto à disposição do cidadão para atacar leis que atentem contra as suas liberdades e direitos fundamentais.

O artigo está assim estruturado: na primeira parte, investigam-se os antecedentes históricos do controle de constitucionalidade repressivo na França; na segunda, examinam-se as notas procedimentais da QPC, que se inicia por um procedimento de exceção, em memorial próprio e motivado, na jurisdição comum ou administrativa, e finda por um julgamento feito pelo Conselho Constitucional, em processo de nítidas feições objetivas. Na derradeira parte, apresentam-se as notas conclusivas da pesquisa.

## 2. Dos Antecedentes do Controle de Constitucionalidade na França e Da Reforma Constitucional de 23 de Julho de 2008.

No dia 2 de Termidor – 20 de julho, no calendário gregoriano – de 1795, Sieyès, preocupado com os possíveis excessos democráticos que poderiam ser cometidos pela soberania popular, proferiu célebre discurso no qual sustentou que a *République* não se deveria converter em uma *Ré-Totale*, tendo lançado as bases para a limitação do poder político pela Constituição.

Já então, defendeu a institucionalização de meios capazes de manter o exercício do poder no âmbito dos limites demarcados constitucionalmente, entre os quais encartava a necessária disciplina de um poder neutro, a complementar a ideia de separação de poderes de Montesquieu.

Como se sabe, a ideia de poder neutro seria, futuramente, uma das mais poderosas ferramentas em torno da defesa de uma garantia da Constituição, e um dos pontos-chave da teoria constitucional de Carl Schmitt<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para um aprofundamento do argumento teórico das relações entre a teoria do poder neutro e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, vide "O Guardião da Constituição". SCHMITT, Carl. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193 a 234. "*O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e se coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu Sistema Constitucional.*" (fl. 232)

Foi, porém, em outra notável oração política, ocorrida pouco menos de um mês depois, em 18 Termidor (5 de agosto) de 1795, que o político francês propôs a criação de um órgão exclusivamente encarregado da defesa da Constituição – o *Jury Constitutionnaire*<sup>2</sup>, com feições jurisdicionais, e iniciou, na França, o debate político sobre a necessidade de instituir-se uma fiscalização permanente da lealdade dos textos legais à Constituição.

A justificativa apresentada para a sua implementação era dupla.

Primeiramente, a supremacia da Constituição deveria ser protegida das contingências e flutuações decisórias da política ordinária.

Em segundo lugar, o ato constitucional, por ter natureza especial, não deveria ser resguardado pela autoridade judiciária – da qual o abade francês desconfiava, ainda impressionado pelo recente histórico pré-revolucionário no qual a nobreza do *Ancien Régime* exercia as funções judicantes<sup>3</sup> –, mas por um órgão distinto, paralelo à estrutura de poderes.

Portanto, em caráter vanguardista, aproximadamente oito anos antes da mundialmente famosa decisão proferida em *Marbury x Madison* (1803), que reconheceu ao Judiciário Americano a prerrogativa de realizar o controle difuso de constitucionalidade, a França já discutia a possibilidade de instituição de um órgão ao qual fosse confiada, como escopo principal, a guarda da Constituição, para a fiscalização objetiva da normatividade emanada dos poderes constituídos.

Na concepção de Sieyès, o *Jury Constitutionnaire* teria específicos<sup>4</sup> poderes de cassação da lei inconstitucional<sup>5</sup> – que hoje se reconhecem, igualmente, com sabida universalidade, às Cortes Constitucionais do modelo-padrão europeu, de inspiração kelseniana<sup>6</sup>.

Além disso, tal órgão teria funções constitutivas (positivas) e poderia sugerir às assembleias primárias o aprimoramento do texto constitucional.

Apesar do seu conteúdo inovador, a ideia de um Tribunal Constitucional a aproximar-se de um legislador negativo já nos albores do Estado Francês pós-

---

<sup>2</sup> SERRAND, Pierre. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. 27 *Giornale di Storia Costituzionale*, 2014, p. 163.

<sup>3</sup> Para uma descrição pormenorizada dos poderes exercidos pela nobreza no Antigo Regime, convém consultar TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 90 e seguintes.

<sup>4</sup> VERPEAUX, Michel. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: Hachette Livre, 2013, p. 19.

<sup>5</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 152.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 237-298. Como o Executivo e o Parlamento são exatamente os poderes mais propensos à prática de atos normativos inquinados de inconstitucionalidade, Kelsen defende, em sua conhecida controvérsia com Schmitt sobre a Constituição de Weimar, que o controle de constitucionalidade há de ser confiado a uma Corte Constitucional, paralela à estrutura de Poderes do Estado e composta de um colegiado de juízes independentes. Os poderes desse órgão especial seriam equivalentes aos de uma terceira câmara com competência ab-rogatória. Nas palavras do mestre de Viena: “Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como formulei anteriormente – como legislador negativo.” (fl. 263)

revolucionário foi combatida, com veemência, por Thibaudeau, que, ceticamente, afirmava que o *Jury* não iria proteger a Constituição, mas provavelmente a subverteria, pelo simples motivo não vir a ser fiscalizado por qualquer autoridade.

Essa objeção merece algum desenvolvimento, para que venha a ser compreendida apropriadamente no contexto legicentrista do fim do século XVIII, caracterizado, em boa medida, pelo paradigma encartado no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Os revolucionários professavam, à época do embate, o ideário segundo o qual, ao termo de uma deliberação parlamentar, necessária à confecção da lei, o trabalho da razão humana permitiria a criação de enunciados que expressariam a verdade política e a vontade geral.

Como, pois, nesse cenário de radicalização democrática, de inspiração rosseauiana, permitir que um ato de soberania popular pudesse ser objeto de controle jurisdicional? Em nome de quem a vontade particular dos juízes poderia obstaculizar a implementação da vontade geral do povo soberano?<sup>7</sup>

A resposta a tais questões não foi tida como satisfatória<sup>8</sup> para justificar a providência de confiar um poder tão importante quanto o de anular a lei aos juízes (ou a um órgão judiciariforme).

Ao fim e ao cabo do embate político, em 25 de Termidor, a proposta de Sièyes foi, assim, derrotada<sup>9</sup>, mas jamais esquecida na França e no resto da Europa.

A sintetizar as razões de insucesso de Sièyes, Michel Verpeaux, professor de direito Constitucional na Universidade de Paris I, assevera que os membros da Convenção rejeitaram a proposição do *Jury* por entenderem que consagraria, potencialmente, a criação de uma nova tirania sob a forma de uma jurisdição – “que se oporia às leis”<sup>10</sup>.

Foi necessário esperar por mais de um século e meio para que a França pudesse contar, primeiramente, com um efetivo controle preventivo de constitucionalidade (1958) e, finalmente, por mais de dois, para que houvesse a

---

<sup>7</sup> SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>8</sup> Em rigor, as respostas a tais questões de profunda indagação no âmbito da Ciência Política e do Direito Constitucional persistem polêmicas até os dias atuais. Não por acaso, sobretudo após a repatriação da Constituição pelo Canadá e da adoção da Carta Canadense de Liberdades, grassa, com firmeza, no direito comparado, a proposta do desenvolvimento de *weak forms of judicial review* cujo propósito é o de superar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional e permitir um permanente diálogo entre as cortes constitucionais e o parlamento, a fim de que excessos interpretativos da primeira possam ser submetidos a alguma espécie de controle (e até mesmo a eventual *legislative override*) da parte dos órgãos representativos da vontade popular. Para uma visão radical moderna que lembra a crítica francesa à jurisdição constitucional, confira-se Mark Tushnet, “*Taking The Constitution Away From The Courts*”, Princeton University Press, 1999.

<sup>9</sup> VERPEAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>10</sup> Convém, aqui, transcrever o discurso de Thibaudeau, reproduzido pelo citado professor da Sorbonne: “*Si le jury constitutionnaire, dont les fonctions seront déterminées para la Constitution, en passe les limites, qui est-ce qui reprimera son usurpation? Je vous avoue que j’ai beau chercher une réponse, je n’en trouve point de satisfaisante*”.

implementação de um controle repressivo (2008) de atos legislativos inconstitucionais, ambos confiados ao Conselho Constitucional.

É bem verdade que, durante o período Napoleônico, houve duas tentativas frustradas de implementação de um arremedo de *judicial review* em solo francês.

No Primeiro Império, a Constituição de 22 de Frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799) instaurou, em teoria, um senado conservador, composto por oitenta membros dotados de inamovibilidade e encarregado de manter ou anular todos os atos que se lhe afigurassem como inconstitucionais<sup>11</sup>.

A competência então prevista limitava-se, porém, ao exame da constitucionalidade das leis antes de sua promulgação, tendo assumido, assim, concepção preventiva, distinta da outrora concebida, em termos mais abrangentes, por Sieyès, no sentido de permitir a anulação da lei desconforme à Lei Magna.

Em tese, o órgão poderia propor modificações de textos legais cujo propósito fosse o de amoldá-los à Carta Constitucional, assistindo-lhe, caso assim entendesse cabível, o prazo de seis dias, contado da sua adoção, para assim proceder<sup>12</sup>.

Contudo, como a composição senatorial dependia diretamente do Imperador, não houve, ao longo do Primeiro Império, propriamente, o exercício de um controle independente da atividade legislativa.

Da mesma falta de independência padeceu o senado durante o Segundo Império.

Tal órgão, na proclamação de Luís Napoleão de 14 de janeiro de 1852, deveria, em tese, ser encarregado de um controle preventivo de constitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento.

De acordo com o texto constitucional, poderia opor-se à promulgação de leis que fossem contrárias à Carta, à moral, à liberdade de cultos, à liberdade individual, à igualdade dos cidadãos, à inviolabilidade da propriedade, ao princípio da inamovibilidade dos magistrados a aos que se referissem à defesa territorial.

Michel Verpeaux adverte, todavia, que tal competência de fiscalização preventiva jamais se converteu em uma realidade política, de tal sorte que a subserviência débil do senado ao Executivo mais desserviuiu à causa do controle de constitucionalidade então previsto do que a reforçou<sup>13</sup>.

Maiores progressos institucionais não foram sentidos no curso da Terceira e da Quarta Repúblicas.

---

<sup>11</sup> VERPAUX, Michel. *Op. Cit*, p. 20.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

Nas Leis Constitucionais de 1875, não se continha sequer uma declaração de direitos individuais, como outrora ocorrera nas de 1791, 1793 e 1795.

Tampouco se previu um preâmbulo constitucional para a Terceira República, como o redigido em 1848, e o princípio mesmo a propósito de qualquer controle de constitucionalidade não fora minimamente positivado.

Logo, a ideia de um controle a serviço da defesa de direitos individuais jamais esteve tão distante da prática institucional francesa.

Com relação à Quarta República, a seu turno, não obstante tenha ocorrido, na assembleia constituinte eleita em 1945, debate franco sobre a oportunidade de criar-se uma autêntica corte constitucional ou de implementar-se um controle de constitucionalidade pela via de exceção, o projeto de Constituição adotado em 1946 não endossou qualquer dessas ideias<sup>14</sup>.

Em lugar disso, investiu-se um *Comité Constitutionnel* da função de arbitrar eventual conflito entre as casas legislativas na França, na hipótese de detectar qualquer proposição materialmente incompatível com a Constituição.

A natureza não jurisdicional de tal controle pode ser ilustrada a contento pelo fato de que, em caso de contrariedade entre a lei e a Constituição, o comitê poderia recomendar a revisão prévia desta.<sup>15</sup>

Em hipótese alguma, porém, estaria em questão a soberania do conteúdo da lei, que prevaleceria, na hipótese de impasse, em autêntica implementação da doutrina de supremacia do parlamento.

Somente em 1958 é que, tendo em vista sobretudo a necessidade de racionalizar o parlamentarismo, a Quinta República investiu o *Conséil Constitutionnel* de funções preventivas em relação à elaboração de leis cujo conteúdo ou forma desafiasse a Constituição.

Contudo, a doutrina afirma que o objetivo de então era, tão-somente, o de subordinar, materialmente, a lei a seu domínio próprio (não confundível com o do regulamento), sem que a República abandonasse a sua tradição de rejeitar a solução de uma autêntica Corte Constitucional com poderes ab-rogatórios ou de cassação<sup>16</sup> e muito menos confiasse o controle de constitucionalidade a órgãos judiciais, à moda estadunidense.

---

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>16</sup> A propósito, convém advertir que o sistema de defesa da Constituição Francesa de 1958, ao menos em sua redação originária, estava muito mais próximo de uma concepção schmittiana do que da kelseniana. De fato, consoante se extrai da redação do art. 16, inspirada no pensamento do General De Gaulle, o texto confia poderes excepcionais e emergenciais ao Presidente da República, em um regime que lembra a magistratura romana da ditadura, para declarar um estado excepcional de suspensão das garantias constitucionais a fim de assegurar a ordem e a perpetuação democrática, em cenários graves de ameaça ao funcionamento dos poderes constituídos. Como se sabe, o professor de Direito Público de Berlim – cujo pensamento apregoava, abertamente, a introdução de elementos políticos na análise da ordem normativa concernente ao Estado, em oposição ao positivismo kelseniano – afirmava, em simetria, no direito alemão, que a missão de defensor da Constituição de Weimar, por expressa escolha do texto e também por necessária deferência à decisão

Daí ter prevalecido a tese de que todo controle de constitucionalidade haveria de ser, necessariamente, preventivo.

Assim seria, ainda que realizado abstratamente e mesmo diante do poder do Conselho de impedir a promulgação da lei, mediante a provocação de legitimados previamente identificados, a saber, o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado.

Com a revisão constitucional de 1974, ampliou-se essa legitimidade ativa, para permitir que também sessenta deputados à Assembleia Nacional ou sessenta senadores pudessem acionar as competências de cassação do Conselho para impedir a promulgação de uma lei inconstitucional.

Uma vera jurisdição constitucional repressiva foi, assim, explicitamente rejeitada, na concepção originária da Lei Maior.

De qualquer sorte, o arranjo previsto para o Conselho Constitucional passou a prever duas modalidades de controle *a priori*, a obrigatória e a facultativa, em relação às proposições parlamentares.

Na descrição de Michel Verpaux:

“Foi somente com a Carta de 1958 que o Conselho Constitucional foi instituído pelo título VIII da Constituição. O art. 61 (...) confiava a tal conselho duas atribuições: a primeira, considerada obrigatória, pois os regramentos das assembleias e a lei orgânica deveriam ser submetidos ao Conselho Constitucional (art. 61, alínea primeira); a segunda, qualificada como facultativa pela doutrina, pois as leis não orgânicas poderiam ser submetidas ao conselho somente por um certo número de autoridades públicas. Em 1958, tratava-se do Presidente da República, do Primeiro Ministro (...), e dos presidentes das duas casas parlamentares, Assembleia Nacional

---

fundamental do constituinte alemão de 1919, deveria ser desempenhada pelo Presidente da República, figura que personificaria o Estado e o povo, com legitimidade direta, haurida do voto. Em consonância com o argumento central desenvolvido em “o Guardiã da Constituição”, a especial posição constitucional do Presidente na organização do Estado alemão seria a correspondente à de uma autoridade moderadora, neutra e equidistante em relação à política partidária praticada no Parlamento. Inspirado na teoria do poder neutro, desenvolvida por Benjamin Constant, a obra do professor de Berlim afirma que a posição de defesa da Constituição deveria, por deferência ao princípio majoritário, estar confiada àquele que detivesse as competências constitucionais para empreender, concretamente, medidas de exceção para enfrentar ataques à ordem constitucional, precisamente o caso do Presidente, por força da famosa cláusula do art. 48 de Weimar. Ao sentir do autor, outras competências e características únicas do cargo também outorgariam ao Presidente do *Reich* tal legitimidade, em especial o fato de seu mandato ser longo (de 7 anos), dificilmente revogável, o seu poder constitucional de dissolver o Parlamento (positivado expressamente nos artigos 45 e 46 da Constituição), bem como a condição de Chefe de Estado e de representante qualificado do povo alemão nas relações internacionais. Como é evidente, a Constituição Francesa de 1958 está muito mais próxima dessa concepção de defesa da Constituição contra fatores reais de instabilidade do que da concepção kelseniana, que vê na defesa da normatividade da lei constitucional por meio de uma corte o remédio para as ameaças à continuidade do regime. Para um aprofundamento da discussão à luz do direito constitucional francês e das condições de decretação do Estado de Exceção, convém consultar a obra de Formery, Simon-Louis, *La Constitution Commentée*. Hachette Supérieur, 2015, p. 46 e seguintes.

e Senado. Juntaram-se a eles com a revisão de 29 de outubro de 1974 sessenta deputados e sessenta senadores" (...)"<sup>17</sup>

Apesar dos aparentes contornos de generalidade do controle de preventivo de higidez das leis da República traçados pelo art. 61, na origem, o verdadeiro mote da criação do Conselho era a necessidade de disciplinar as relações entre os poderes<sup>18</sup> e garantir âmbitos materiais distintos para a lei e para o regulamento.

Ao contrário do que sucedia em muitas das democracias ocidentais, a fiscalização da constitucionalidade da lei servia para proteger o poder executivo contra eventuais excessos de poder legislativo.

É por esse motivo, por sinal, que o art. 61 da Constituição impunha o controle obrigatório às leis orgânicas e aos regramentos das assembleias parlamentares.

Pierre Serrand, por essa razão, afirma que foi necessário aguardar a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971 (CC 71-44, DC), relativa à liberdade de associação, para que o controle de constitucionalidade passasse a ser visto como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais<sup>19</sup>.

Naquela quadra, a lei sob o crivo do citado órgão restringia a liberdade de associação, ao submetê-la a um regime de autorização prévia. O Conselho Constitucional, então, considerou tal medida de limitação manifestamente incompatível com o preâmbulo da Carta de 1958, eis que divorciada das intenções do constituinte.

A censura à norma foi efetuada, em rigor, com apelo à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como aos princípios fundamentais de organização econômica e social prestigiados pela Constituição de 1946 (expressamente recepcionados pela Constituição da Quinta República, de 1958).

Portanto, nesse *leading case*, o Conselho transforma o controle de constitucionalidade preventivo de cão de guarda do Executivo em cão de guarda dos direitos fundamentais contra a ação do legislador, em um autêntico giro de Copérnico que aproximou as suas funções das exercidas pelas Cortes Constitucionais Europeias.

Foi a vontade de radicalizar essa função "acidental" do controle de constitucionalidade que levou, na sequência, a algumas tentativas malogradas de instituir um autêntico controle repressivo.

---

<sup>17</sup> VERPAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>18</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil e Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>19</sup> SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 165.

A forte tradição do legicentrismo, porém, obstruiu ao menos dois projetos de lei de instituição de controle de **constitucionalidade** da lei já promulgada, um elaborado em 1990 e outro, em 1993.

Curiosamente, foi, em tema conexo, o controle de **convencionalidade** das leis francesas diante dos tratados internacionais um dos fatores a impulsionar a superação desse dogma da soberania da lei promulgada e a admitir a sua fiscalização *a posteriori*.

É que, com a adesão da França à União Europeia, a jurisprudência reconheceu a possibilidade de que cada juiz, difusamente, afastasse a aplicação de lei nacional para fazer prevalecer disposição de tratado internacional.

De fato, o art. 55 da Constituição Francesa de 1958 consagra a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais, isto é, situa-os em plano hierárquico com ascensão sobre a lei.

Por essa razão, a Corte de Cassação, em 24 de maio de 1975, na decisão do caso *La Société des Cafés Jacques Vabre*<sup>20</sup>, admitiu a realização do controle de convencionalidade das leis francesas (com exceção das emendas constitucionais e da própria Constituição, que ostentam *status* superior ao dos tratados).

No mesmo sentido foi a decisão do Conselho de Estado (Suprema Corte Administrativa no sistema de jurisdição dual), o que sucedeu no caso *Nicolò*<sup>21</sup> (1989). Assentou-se, nessa oportunidade, a impossibilidade de uma lei posterior derogar norma inserida em convenção internacional.

Como é sabido, o controle de convencionalidade é um instrumento moderno de averiguação de compatibilidade entre normas de direito interno e normas de direito internacional voltado a evitar que o Estado seja responsabilizado no plano internacional por descumprir tratados dos quais seja signatário.

Na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, a obrigação de implementar medidas de cumprimento no ordenamento jurídico nacional impõe ao Estado Signatário do tratado revogar ou se abster de aplicar norma de direito interno cuja aplicação importe em desobediência à convenção internacional.

Como se nota, essa transnacionalização da defesa dos direitos humanos acabou por relativizar, em boa medida, a noção de soberania do Estado<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado*. 9 Direito GV L. Review, 2013, p. 728. De acordo como autor, duplo fundamento legitima o controle de convencionalidade na França. Primeiramente, no plano interno, o fato de a Constituição ter hierarquizado tratado e lei ordinária; em segundo lugar, a regra da inescusabilidade da invocação de motivo de direito interno para justificar o inadimplemento de obrigação internacional.

<sup>21</sup> *Idem, Ibidem*, p. 728.

<sup>22</sup> A soberania passa, curiosamente, a ser vista como atributo de quem tem capacidade para celebrar tratados e, ainda, no plano interno, como espaço de organização não vedado pelos compromissos internacionais.

Apenas a título exemplificativo do ora afirmado, no ano de 2011, a Corte de Cassação Francesa sustentou que o procedimento de detenção aplicado em um dado caso era irregular diante da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagra a todas as pessoas o direito a um processo penal justo no art. 6º.

Por processo justo a Corte Corte Europeia de Direitos Humanos compreende aquele no qual há a assistência de advogado desde o princípio, o que não foi atendido com base na interpretação levada a cabo pela autoridade policial nacional.

Nesse cenário, o Tribunal não só reafirmou a jurisprudência em torno da possibilidade do controle de convencionalidade da lei francesa, como também, explicitamente, asseverou ser o entendimento da Corte Internacional vinculante, de tal sorte que a França não deveria esperar ser acionada perante o Tribunal Europeu para cumprir com seus compromissos internacionais<sup>23</sup>.

Volvendo a questão para o controle de constitucionalidade na França, eis a perplexidade que a realidade antes descrita levantava: se o juiz francês (administrativo ou comum) poderia elidir a aplicação de uma lei nacional para fazer valer uma disposição de um tratado multilateral, por que não poderia fazer o mesmo tendo como norma ápice a Constituição Francesa, nos domínios do direito nacional?

Não havia resposta consistente a tal objeção, do prisma lógico. O único empecilho era o de que a Constituição vedava o controle *a posteriori* à medida em que apenas previa o controle *a priori* de constitucionalidade.

Foi assim que, por meio da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, regulamentada pela Lei Orgânica de 10 de dezembro de 2009, a França, enfim, rendeu-se ao controle de constitucionalidade repressivo.

O Conselho Constitucional, finalmente, adquiriria poderes de cassação da lei concebida em desconformidade com a Lei Magna.

Completou-se, portanto, o legado de Sièyes, com a autêntica criação de uma Corte Constitucional vocacionada à defesa da ordem jurídica objetiva naquilo que dizia respeito às liberdades fundamentais do povo francês, com poderes de cassação.

Na feliz síntese de Philippe Blancher<sup>24</sup>, o Conselho Constitucional transformou-se, finalmente, em *juge de la loi*, seja para impedir o seu ingresso na hipótese de controle preventivo, seja para expulsá-la do sistema jurídico, em

---

<sup>23</sup> *Idem, Ibidem*, p. 731.

<sup>24</sup> BLANCHER, Philippe. *Droit Constitutionnel*. 3 Édition. Paris: Hachette, 2015, p 38. Nas palavras do Professor da Universidade de Lyon III; "O Conselho Constitucional é uma jurisdição. É uma instituição independente que tem por missão afirmar o direito com a eficácia da coisa julgada que se agrega às decisões. (...) O procedimento por meio do qual o Conselho Constitucional lava as suas decisões é um procedimento jurisdicional. A ordenança de 7 de novembro de 1958, portanto lei orgânica relativa ao Conselho Constitucional foi completada pela lei orgânica n.º 2009-1523 de 10 de dezembro de 2009 para as QPCs. O conselho deve ser provocado seja por uma autoridade política (para o controle a priori do artigo 61), seja por um jurisdicionado (para uma QPC)."

decisão ab-rogatória, com força de coisa julgada e efeitos *erga omnes*, por meio do exame da *question prioritaire de constitutionnalité*.

### **3. Da Questão Prioritária de Constitucionalidade como Meio de Controle Repressivo e do Seu Procedimento.**

A *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) é um meio de controle *a posteriori*<sup>25</sup> da constitucionalidade das leis infraconstitucionais diante da Constituição Francesa.

Assume, no juízo de origem, a forma de uma autêntica exceção<sup>26</sup>, porque a questão constitucional pode ser suscitada, em memorial distinto e motivado, por qualquer jurisdicionado<sup>27</sup>, seja na instância administrativa, seja na comum, em todos os graus de jurisdição<sup>28</sup>, mas não pode ser levantada, de ofício, pelo órgão judicante (nem pelo *parquet*, salvo se atuar como parte).

Uma vez admitida a QPC pelo juiz da causa (administrativo ou magistrado comum), suspende-se a tramitação do processo originário, que aguardará a decisão final do incidente de inconstitucionalidade.

A QPC já recebida em primeiro grau (ou em segundo grau) passa, ainda, por um segundo filtro de admissibilidade perante a instância máxima da jurisdição (a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado), que deverá ocorrer em até três meses.

Só então, superado o novo crivo de admissibilidade, nas condições adiante explicitadas em tópico próprio, é remetida ao Conselho Constitucional.

Nesse órgão, a QPC é submetida a típico processo objetivo de fiscalização normativa, em que a compatibilidade da lei com os direitos fundamentais protegidos pela Carta é examinada abstratamente, também no prazo máximo de três meses, não se admitindo sequer a desistência da medida.

Finalizado o contencioso constitucional, a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Conselho Constitucional é dotada de efeitos ab-rogatórios gerais (*erga omnes*) da lei, vincula<sup>29</sup> as demais jurisdições e aproveita, ainda, ao suscitante.

---

<sup>25</sup> Diversos autores franceses referem-se a tal instrumento como uma nova via de direito para o cidadão. A expressão *voie de droit*, ou *moyen de droit*, ante o seu caráter instrumental em relação a liberdades fundamentais, bem poderia ser traduzida como garantia, na acepção de remédio constitucional apto a reparar a lesão a um interesse ou direito juridicamente tutelado pela Constituição.

<sup>26</sup> Desde logo, convém referir que apenas a origem é incidental, pois o julgamento é feito por um único órgão, o Conselho Constitucional, que exerce autêntica jurisdição constitucional repressiva no âmbito dos preceitos que podem servir como parâmetro de controle.

<sup>27</sup> A legitimação universal para suscitar a questão aproxima-a da *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão.

<sup>28</sup> A única exceção diz respeito às *Cours de Assis*, nas quais o incidente não pode ser levantado.

<sup>29</sup> DRAGO, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Français*. 3 Édition. Paris: Thémis Droit, 2011, p. 493. O autor refere que o "efeito da declaração de inconstitucionalidade pela QPC é, assim, um efeito de ab-rogação *erga omnes* cuja autoridade é absoluta. A decisão impõe-se, conforme o artigo 62, alínea 3 da Constituição, aos

Por razões especiais de segurança jurídica, autoriza-se, se necessário for, o *Conséil Constitutionnel* a modular os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, cuja eficácia ab-rogatória poderá ser protraída para data futura (eficácia *pro futuro*).

Assim, comunicado à origem o resultado do julgamento (de procedência ou improcedência da QPC), o feito outrora paralisado retomará a sua marcha regular para que o juiz da causa aplique o direito ao caso, tendo em conta a solução da questão constitucional aventada, dotada de efeito vinculante e força de coisa julgada.

Os aspectos procedimentais do instituto são detalhados adiante.

### 3.1 Do Objeto da QPC

As disposições suscetíveis de controle repressivo de constitucionalidade são os atos legislativos em geral: as leis fiscais, financeiras, ordenações do art. 38 da Constituição.

O fato de a lei atacada ser pré-constitucional (anterior a 1958) é, ainda, irrelevante. Admite-se o seu controle, de par com o direito ulterior, não tendo o Conselho Constitucional, portanto, perfilhado o mesmo entendimento que foi abraçado pelo Supremo Tribunal Federal na famosa ADI n.º 2-DF, na qual se rejeitou a doutrina da inconstitucionalidade superveniente.

Como exceções notáveis a tal regra do controle de qualquer espécie legal, por deferência histórica à vontade geral<sup>30</sup> e também por coerência com o assentado em sede de controle de constitucionalidade preventivo, a maior<sup>31</sup> parte da doutrina reivindica que as leis originárias de *referendum* popular e as emendas constitucionais<sup>32</sup> não poderão ser objeto de QPC.

De igual sorte, os regulamentos executivos escapam à medida introduzida pela Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008.

---

*poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais e não é suscetível de qualquer recurso."*

<sup>30</sup> O mesmo autor (DRAGO) destaca o não cabimento da QPC para averiguar tal hipótese de desconformidade normativa entre essas leis especialmente imantadas de legitimidade democrática e a Constituição Francesa: "*Quanto às outras normas legislativas, a possibilidade de submetê-las a um controle por exceção da QPC pode se analisada, diferentemente, segundo o tipo de norma. As leis adotadas por referendum não devem ser objeto de controle pela via incidental porque, sendo a expressão direta da soberania nacional, não podem ser controladas mesmo a priori, segundo uma jurisprudência clara do Conselho Constitucional (n.º 62-20 DC, 6 de novembro de 1962, Rec. 27; n.º 92-313 DC, 23 de setembro de 1992, Rec. 94). O mesmo deve aplicar-se em se tratando de controle a posteriori. Em igual sentido, as emendas constitucionais, sejam de origem parlamentar ou referendárias, não devem estar sujeitas à QPC."*

<sup>31</sup> Contra essa compreensão, confira-se o artigo de Sophie Hutier e Xavier Philippe, que sustentam que a emenda constitucional, como espécie de lei que é, não estaria fora do rol das que podem ser objeto da QPC. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Marseille: Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2011, p. 45.

<sup>32</sup> BLACHER, *Op. Cit.*, p. 39: "*Escapam ao controle as leis adotadas adotadas por referendum (Decisão n.º 62-20, de 6 de novembro de 1962) e as emendas constitucionais (Decisão n.º 2003 - 49 DC, de 26 de março de 2003)*"

Problema que prende, ainda, a atenção da doutrina francesa é o referente à admissibilidade da QPC contra disposições legais fixadoras de objetivos globais de ação do Estado Francês (*objectifs à valeur constitutionnell*).

Pierre Serrand e Marc Guillaume<sup>33</sup> manifestam-se contrariamente a tal possibilidade, por compreenderem que esses comandos vagos não passam de diretrizes desprovidas de real cogência.

De fato, seria excessivo permitir-se o controle de constitucionalidade, no sistema francês, de disposições que não outorgam autênticos direitos subjetivos, mas, em verdade, condicionam, de forma genérica, a ação do legislador e do administrador ao propor a construção de políticas públicas.

É que a QPC é vista como instrumento de defesa de direitos, sendo, portanto, ônus do jurisdicionado esboçar a estrutura de sua pretensão lesada.

Trata-se de tarefa a cargo da parte de difícil execução na hipótese de estarem em discussão normas de feições programáticas, sem densidade suficiente para a explicitação de deveres jurídicos.

Não podem ser objeto de QPC, outrossim, as leis que já tenham sido consideradas compatíveis com a Constituição Francesa em controle preventivo realizado pelo Conselho Constitucional, salvo excepcional alteração de circunstâncias.

Tal requisito negativo, além de expresso no art. 23-2, alínea primeira, da Lei Orgânica, ostenta o propósito de agregar nota de coerência à jurisdição exercida pelo Conselho Constitucional em caráter preventivo e repressivo.

Não por outra razão, passou a ser denominado pelos comentaristas franceses de vedação ao *bis in idem*.

Malgrado seja essa a regra geral (a da vedação a um novo exame da mesma disposição já tida como compatível com a Carta), em caráter excepcional, a alteração de circunstâncias reabrirá os caminhos da jurisdição constitucional e permitirá o controle *a posteriori*.

Foi o que sucedeu, por exemplo, na célebre decisão de 30 de julho de 2010, na qual o Conselho Constitucional concluiu pela inconstitucionalidade de diversos dos regramentos processuais da *garde à vue* (espécie de prisão provisória).

Na ocasião, acentuou-se que, "*depois de 1993, algumas modificações procedimentais das regras de processo penal, bem como a alteração das condições de sua aplicação, conduziram a uma utilização mais banalizada da*

---

<sup>33</sup> GUILLAUME, Marc. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Justice et Cassation*, Revue Anuelle des Avocats au Conseil D'État et à La Cour de Cassation, 2010, p. 7.

*garde à vue (prisão provisória), o que teria alterado o balanço de poderes e direitos pelo Código de Processo Penal*<sup>34</sup>

O conselho foi categórico ao declarar, a par disso, em tal aresto, que a alteração de circunstâncias autorizadora do aviamento de uma nova QPC pode ser de fato (como a anteriormente citada, que retratou uma alteração da prática policial francesa), ou de direito, a saber, a afetar a norma-parâmetro que servira ao primeiro exame de constitucionalidade.

Bertrand Mathieu e Dominique Rousseau, a exemplo de outros constitucionalistas franceses, aplaudem tal julgado, porquanto a doutrina reclamava, até então, da falta de densidade da cláusula geral do *changement de circonstances*.

Acentuam, de outro ângulo, que, além da alteração da norma-parâmetro (modificação substancial da Constituição), é possível que o câmbio de circunstância de direito se extraia de alteração legislativa (da norma vergastada) e de virada jurisprudencial sobre a lei examinada.

Confira-se:

“A primeira situação concerne à lei mesma, notadamente se a disposição controlada se fez objeto de uma modificação entre a decisão anterior do Conselho e o momento presente. Por exemplo, uma lei vem reforçar os poderes de uma autoridade, e essa modificação poderá justificar um novo controle da lei (...). A segunda situação é mais problemática. A mudança em questão pode referir-se não à lei que é objeto de controle, mas à jurisprudência mesma. Em outras palavras, pode haver uma modificação das circunstâncias jurisprudenciais.”<sup>35</sup>

Em rigor, a interpretação conferida ao art. 23-2, alínea primeira, nesse ponto, acabou por elastecer a competência do Conselho Constitucional, porquanto não havia qualquer referência à situação de reabertura da instância por modificação do parâmetro constitucional ou de jurisprudência.

A possibilidade de reexame por mudança da lei parece óbvia, apesar de catalogada em espécie à parte pelos comentaristas, pois, nesse caso, em rigor, é outra a questão de compatibilidade normativa a ser escrutinada.

O certo é que toda jurisdição constitucional, sobretudo a de feições concentradas, deve, prudentemente, criar válvulas de reexame das questões que lhe são submetidas, senão pela falibilidade natural dos julgamentos em instância única, ao menos pela necessidade de assegurar a possibilidade teórica de mutações constitucionais adaptativas.

---

<sup>34</sup> MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Les Grandes Décisions de La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: LGDJ, 2013, p. 138.

<sup>35</sup> *Idem, Ibidem*, p. 143.

### 3.2 Da Natureza da Norma-Parâmetro de Fiscalização de Constitucionalidade na QPC

Não obstante o inegável avanço do sistema de controle de constitucionalidade havido com a Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, é apropriado registrar que nem toda a Constituição Francesa serve de parâmetro de controle de constitucionalidade diante da lei porventura alvejada por QPC.

Com efeito, o cabimento do controle por essa via de exceção é limitado à hipótese em que seja sustentado, no curso de uma lide de fundo, malferir uma dada disposição os direitos e liberdades albergados pela Carta, consoante revela, sem dificuldade, o art. 61-1, introduzido pela citada emenda.

Tanto significa que eventual violação de uma lei a outros preceitos que não estejam intimamente ligados, em seu suporte material, a direitos fundamentais e liberdades públicas não poderá ser objeto do controle repressivo; resta, nessa hipótese, tão-somente, a alternativa do controle preventivo (pela via de ação), a ser provocado por uma das autoridades públicas taxativamente arroladas no art. 61.

Daí a correta assertiva de Pierre Serrand no sentido de que: "*A QPC não é uma técnica de garantia da supremacia da Constituição, mas uma técnica de proteção dos direitos fundamentais. Toda a dificuldade está em determinar o que se compreende pela expressão 'direitos e liberdades' que a Constituição garantir.*"<sup>36</sup>

Essa disciplina especial das normas-parâmetro na via da QPC certamente levanta questionamentos mais profundos sobre a real existência, na França, de uma Corte Constitucional nos moldes do padrão europeu.

Afinal, as jurisdições constitucionais mais antigas daquele continente (como, v.g., a Alemã e a Austríaca) detêm, como característica geral, poderes amplos de cassação em relação à atividade normativa insubordinada dos poderes constituídos.

Em outras palavras, se nem toda a Constituição serve de parâmetro de confronto para a QPC, então, em rigor, o sistema francês ainda permanece bastante deferente à forma apriorística de controle. Como visto, no âmbito dessa última modalidade de fiscalização normativa (preventiva), qualquer comando de envergadura constitucional serve ao cotejo com a lei.

Logo, a renovadora emenda da QPC franqueia, mesmo de forma sutil, alguma margem à ideia de intangibilidade e soberania da lei promulgada, relativizadas apenas se a norma atacada estiver em confronto com direitos e liberdades fundamentais – hipótese de cabimento da QPC – ou, na linha do

---

<sup>36</sup> SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 166.

permitido pelo art. 55 da Carta, se vulnerar tratados internacionais, quando, então, caberá o controle de convencionalidade.

De qualquer modo, a exceção poderá averter ofensa aos outros textos de valor constitucional aos quais faz referência o Preâmbulo da Constituição de 1958, bem como à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Carta do Ambiente de 2004, por expressa remissão do texto magno que ora está em vigor.

Percebe-se, finalmente, que a jurisprudência endossa essa maleabilidade dos parâmetros de controle. Tanto assim que o próprio Conselho Constitucional, paulatinamente, vem extraindo outros direitos compatíveis com a Carta da 5ª República Francesa de disposições esparsas do texto e permitindo a sua defesa via QPC, como sucedeu, por exemplo, com a previsão de livre associação das coletividades territoriais, mencionada na alínea 3 do art. 72, ou de princípios gerais enunciadores de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

### 3.3 Do Caráter Prioritário da QPC em Relação ao Controle de Convencionalidade

O caráter prioritário da via de exceção traduz-se em que o controle de constitucionalidade repressivo deverá ser realizado antes de se levar a cabo eventual controle de convencionalidade, caso este também venha a ser suscitado no processo em que surgiu a questão constitucional<sup>37</sup>.

Quando a Corte de Cassação e o Conselho de Estado fixaram os precedentes nos quais admitiram a realização do controle de convencionalidade da lei francesa à luz dos tratados internacionais celebrados pela República (referidos no tópico da evolução histórica constante do presente trabalho), restou decidido, em uma e outra instância, que o controle de convencionalidade haveria de ser realizado de forma difusa, ou seja, por todos os órgãos jurisdicionais administrativos ou comuns encarregados de conhecer da causa.

Nesse contexto, quando da tramitação da reforma Constitucional de julho de 2008, um problema que preocupava o constituinte derivado e os juristas franceses era o de saber como harmonizar o sistema de controle de convencionalidade – já admitido como necessário, em razão do direito europeu e das convenções sobre direitos humanos – com um controle de constitucionalidade *a posteriori* da lei.

A solução alvitrada pelo constituinte reformador e pelo legislador orgânico foi bastante simples: a questão constitucional, além de ser julgada, em caráter concentrado, por um único órgão (Conselho Constitucional), teria caráter

---

<sup>37</sup> CAVALLO, *Op. Cit.*, p. 733, assim se expressa sobre tal característica: “Por um lado, (é prioritária) porque, levantada a questão ante a instância, deve ser examinada imediatamente; por outro lado, se se recorre à jurisdição porque se objeta à constitucionalidade da lei e, ao mesmo tempo, porque se objeta à conformidade da lei com os tratados e acordos internacionais, a jurisdição deve primeiro examinar a questão de constitucionalidade”.

prioritário em relação à exceção de inconveniência porventura agitada pelo jurisdicionado.

Assim, restou viabilizada a convivência harmônica dessas formas de fiscalização legislativa.

Se porventura for rejeitada a arguição de inconstitucionalidade da norma hostilizada na QPC, o processo de origem, após retomar a sua marcha, será apreciado em toda a sua extensão remanescente pelo juiz da causa, que poderá, portanto, realizar o exame de eventual incompatibilidade da lei francesa com convenção internacional.

Os instrumentos de controle normativo (de constitucionalidade e de convencionalidade) postos à disposição do cidadão, portanto, exercem funções complementares, não guardando, entre si, qualquer relação de exclusão.

Há, apenas, para efeito de organização do exercício de competências funcionais de órgãos distintos, o estabelecimento de uma ordem de cognição obrigatória das matérias e de desenlace dos procedimentos.

Ou seja, as relações potencialmente sensíveis<sup>38</sup> entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade podem ser assim resumidas, no atual direito francês:

- a) o caráter prioritário da QPC organiza a convivência entre a jurisdição constitucional e o sistema dual de jurisdição ordinária;
- b) os controles normativos de convencionalidade e de constitucionalidade não são incumbência de um mesmo órgão; enquanto o primeiro é realizado por qualquer juízo ordinário ou administrativo, o segundo é levado a efeito, em caráter exclusivo, pelo Conselho Constitucional;
- c) a QPC constitui uma garantia adicional de defesa do interesse do jurisdicionado contra eventuais abusos do legislador que possam comprometer seus direitos e liberdades constitucionais, sem prejuízo da proteção do direito internacional;
- d) a QPC não é de suscitação obrigatória, podendo o jurisdicionado optar, livremente, por articular apenas eventual controle de convencionalidade perante a instância ordinária, o que, se for o caso, não levará à suspensão do processo ocasionada pela via da exceção específica para exame de constitucionalidade.

---

<sup>38</sup> GHEVONTIAN, Richard. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité et le Droit de l'Union Européenne: a propos de l'arrêt de la CJUE de 22 juin 2010*. Analele Universitatii din Bucuresti Seria Drept, 2011, 134.

### 3.4 Das Condições Formais e Materiais de Admissibilidade

A jurisdição (administrativa ou comum) na qual é ofertada a QPC não pode transmiti-la diretamente à jurisdição constitucional.

Há um duplo juízo de admissibilidade (ou de delibação) da exceção.

O primeiro, realizado pelo juiz perante o qual suscitada, se positivo, encaminha a QPC à Corte Superior da instância na qual houve a criação do incidente (Corte de Cassação ou Conselho de Estado).

Nesses órgãos de cúpula, novo exame de admissibilidade é realizado, para, só então, haver a transferência para o Conselho Constitucional.

De todo modo, o duplo regime de admissibilidade submete-se às mesmas condições de direito, que se podem distinguir em formais (extrínsecas) e materiais (intrínsecas).

No plano extrínseco, a QPC há de ser formulada em memorial próprio e motivado<sup>39</sup> (com indicação precisa da disposição atacada<sup>40</sup> e da liberdade ou direito violado pela lei), exigência que tem cabimento não só por força de expressa disposição legal, mas também tendo em vista que tal expediente torna desnecessária a remessa ao Conselho Constitucional do processo de fundo, que permanece suspenso na instância de origem.

A exceção constitucional há ser oposta, ainda, em uma instância em curso (segunda condição extrínseca), em qualquer grau de jurisdição, mesmo recursal (antes, portanto, do trânsito em julgado).

Isso significa, pois, que a QPC não pode ser articulada autonomamente, devendo ser tirada de um processo que descreva uma controvérsia concreta.

Tal pressuposto extrínseco é extremamente relevante, pois a aparta, claramente, dos meios de impugnação de inconstitucionalidade *principaliter*; a questão não constitui uma ação, como ocorre, por exemplo, na jurisdição constitucional brasileira com a ação direta e com a ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, no âmbito do controle *a priori* da própria França, que segue a técnica da via principal, mediante provocação das autoridades designadas taxativamente pelo texto constitucional.

O litígio de fundo, por regra, ocorrerá no âmbito da jurisdição comum ou da jurisdição administrativa, mas há um caso excepcional identificado pela doutrina no qual a QPC poderá ser levantada já no âmbito do próprio Conselho Constitucional: o do contencioso eleitoral.

---

<sup>39</sup> MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Op. Cit.*, p. 54. O artigo informa, ainda, que deverá, no memorial, sob pena de não recebimento, haver a epígrafe Questão Prioritária de Constitucionalidade.

<sup>40</sup> Os citados autores noticiam também que o Conselho vem sendo rigoroso e, assim, exige a indicação precisa da disposição inquinada de inconstitucionalidade.

É que o Conselho Constitucional funciona, na França, como juiz eleitoral, de tal maneira que, em nessa situação, poderá ser suscitada a QPC para que ele próprio venha a julgá-la.

Há, a propósito, precedente específico nos qual o Conselho Constitucional reconheceu essa peculiaridade, conforme descreve Michel Verpeaux:

“Com efeito, o Conselho Constitucional, decidindo como juiz eleitoral das eleições senatoriais no departamento de Loiret, foi provocado por meio de uma QPC (...), na mesma decisão, ele declarou a QPC admissível (como um juiz de direito comum teria feito) e depois a decidiu (como o Conselho em qualidade de juiz constitucional teria feito) e a aplicou, então, o resultado do julgamento pra regradar o litígio de fundo (semelhantemente ao juiz de direito comum) (decisão n.º 2011-4538, de 12 de janeiro de 2012, Senado, Loiret).”<sup>41</sup>

De outro ângulo, por força do art. 23-4 e do art. 23-5 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, articulada a tese de violação a um direito ou liberdade constitucionalmente assegurado, são três<sup>42</sup> as condições intrínsecas necessárias para que haja o recebimento de uma QPC (tanto pelo juiz da instância na qual for suscitada, como pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, que farão um segundo juízo de recebimento e transmissão ao Conselho Constitucional).

Primeiramente, a disposição legal deve ser aplicável ao litígio ou ao procedimento no qual foi suscitada a exceção, ou, no mínimo, deve constituir fundamento das pretensões deduzidas.

Embora o requisito pareça óbvio, o Conselho Constitucional esclareceu o seu sentido na Decisão n.º 2010-39, no caso *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, no qual proclamou poder a parte atacar não só a lei seca, mas a interpretação jurisprudencial<sup>43</sup> da norma aplicável à espécie.

Em segundo lugar, a disposição contestada não pode ter sido, em ocasião anterior, declarada conforme à Constituição por uma decisão do Conselho Constitucional, salvo alteração de circunstâncias.

Nesse ponto, têm lugar as considerações pormenorizadas já realizadas quando do exame do objeto da exceção, que não serão repetidas neste tópico (até em razão dos limites espaciais do presente artigo).

Vale apenas acrescentar que, na hipótese de haver, simultaneamente, diversas QPCs tratando de um mesmo tema, se houver a fixação de um precedente, as demais serão objeto de uma decisão de *non lieu*.

---

<sup>41</sup> VERPEAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>42</sup> LICHÈRE, François et WEAVER, Russel L. *The Remedy of Certiorari. French and U.S. Perspectives*. Stetson Law Review, 2012-13, p. 627.

<sup>43</sup> No considerando de n.º 2, tal é a conclusão textual apreendida do seguinte trecho: “Ao formular uma questão prioritária de constitucionalidade, todo jurisdicionado tem o direito de contestar a constitucionalidade da validade efetiva de uma interpretação jurisprudencial referente à disposição.”

Esse provimento declara, em rigor, prejudicada a exceção, já que o primeiro aresto terá eficácia transcendente.

Em razão do efeito vinculante e do caráter objetivo do controle efetivado pelo Conselho, no entanto, o juiz do feito de origem deverá aplicar o entendimento sufragado pela jurisdição constitucional a propósito do *leading case*.

Em terceiro posto, a questão suscitada não pode ser despropositada, de tal sorte a se exigir, de plano, um mínimo de relevância na argumentação, e não a simples intenção de instaurar um procedimento meramente dilatório.

Tal requisito permite aplicar filtro razoavelmente discricionário à questão suscitada e, assim, erigir diques para uma jurisprudência defensiva capaz de evitar o crescimento em demasia do número de QPCs submetidas à jurisdição constitucional.

Em estudo específico realizado sobre a comparação de tal pressuposto de admissibilidade com a realidade norte-americana do *writ of certiorari*, François Lichère afirma que o caráter sério da questão é enfrentado de forma mais exigente no segundo juízo de delibação, feito pela Corte de Cassação ou pelo Conselho de Estado.

Esses tribunais de cume, na percepção do autor, tendem a enviar ao Conselho Constitucional somente as questões constitucionais tidas por novas<sup>44</sup>, o que não ocorreria nas instâncias inferiores, que tendem, no primeiro juízo de admissibilidade, a ser mais permissivas no encaminhamento da exceção e, assim, rejeitam, de plano, apenas aquelas manifestamente incabíveis ou superadas.

O exame estrito de um critério puramente discricionário de admissão, que, no fundo, confunde-se com a própria plausibilidade da questão constitucional, é, de fato, criticável, pelo fato de que, em rigor, acaba por transferir, de forma oblíqua, para as Cortes Superiores, em juízo de delibação, competência em tema de jurisdição constitucional que a Carta Francesa de 1958 deferiu, com exclusividade, ao Conselho Constitucional.

### 3.5 Dos Efeitos da Decisão do Conselho e das Técnicas de Decisão.

A Constituição reformada em julho de 2008 afirma que uma disposição legislativa declarada inconstitucional pelo Conselho no julgamento de uma questão prioritária de constitucionalidade reputa-se ab-rogada (art. 62) a partir da publicação da decisão proferida.

A leitura de tal dispositivo dá a entender, em um primeiro momento, que estaria descartada a possibilidade de qualquer efeito retroativo do

---

<sup>44</sup> *Idem, Ibidem*, p. 627: "ao determinarem se a terceira condição (seriedade) está satisfeita, no entanto, as Cortes Superiores adotam uma abordagem distinta, focalizando se a questão pode ser tida como séria ou nova".

pronunciamento de incompatibilidade da lei com o ordenamento constitucional francês.

Contudo, o texto magno outorga à jurisdição constitucional, no mesmo preceito a tratar do efeito constitutivo-negativo, o poder de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e de projetar a data da ab-rogação para o futuro, hipótese denominada pela doutrina de ab-rogação protraída.

Comanda, a par disso, que a aplicação da decisão pelo poder público e pela jurisdição ordinária deve ser orientada por condições e limites impostos pelo Guardião da Constituição.

O certo é que a cláusula de manipulação dos efeitos é tão aberta, vaga e genérica que, com base nela, tolera-se todo o tipo de modulação temporal da sanção imposta à lei: a ab-rogação imediata, a ab-rogação diferida, bem como a produção de efeitos retroativos<sup>45</sup>.

Talvez o ponto de maior polêmica tenha sido justamente a eventual proscrição dos efeitos retroativos, que poderia ser extraída de uma leitura incauta da primeira parte do art. 62.

Contudo, levada ao extremo a ideia, nem mesmo aquele que teria suscitado a QPC seria beneficiado com sua aplicação, o que seria iníquo e ainda condenaria à obsolescência e ao desuso o instituto.

Daí o Conselho Constitucional ter, em decisão paradigmática, dissipado todas as dúvidas levantadas pela doutrina, no julgamento de 25 de março de 2011 (*Mme. Marie Christine D – pension des enfants*), ao asseverar que, em todo e qualquer caso, a ab-rogação se acompanha, de forma automática, de um efeito imediato no processo no qual surgiu a exceção constitucional veiculada pela QPC.

Nessa mesma decisão, explicitou o seu poder de, premido por razões de segurança jurídica, modular temporalmente a eficácia das suas decisões.

A modulação temporal *pro futuro* acaba por permitir, ainda, um salutar diálogo com o legislador, à medida em que o convida a elaborar nova lei com conteúdo compatível com a Carta no período remanescente de sua vigência. Evita, de outro prisma, a produção imediata de indesejável vácuo legislativo pela revogação da norma atacada e censurada na jurisdição constitucional.

É bem verdade que a jurisprudência do conselho parece caminhar, a passos largos, para o emprego da sofisticada técnica da decisão intermédia de controle de constitucionalidade (praticada, entre outros países, na Alemanha e na

---

<sup>45</sup> Confira-se, a propósito, esclarecedora coletânea de artigos intitulada *QPC – La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, publicada sob a coordenação de MAGNO, Xavier. Paris: NexisLexis, 2013. Especialmente à p. 285, há um apanhado de todos os poderes do conselho e dos efeitos de suas decisões: “*Ao lado da ab-rogação, o Conselho Constitucional pode aplicar efeitos imediatos ou retroativos, qualquer que seja a solução escolhida, ab-rogação imediata, ab-rogação diferida, efeito imediato ou anulação. É sempre possível que o Conselho Constitucional precise os efeitos no tempo e as consequências da censura.*”

Itália), que é aquela que não se resume ao juízo de conformidade ou desconformidade com a Constituição, mas exara um provimento situado entre esses dois extremos binários.

Já é largamente empregada, nos dias atuais, por exemplo, a técnica da interpretação conforme<sup>46</sup> a Constituição, ou de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, que, na França, assumiram o rótulo genérico de provimentos de *réserve de interpretation*. Por vezes, até mesmo decisões manipulativas reconstrutivas<sup>47</sup> vêm-se desenhando.

A reserva de interpretação faz com que seja fixado o sentido conforme à Constituição passível de ser atribuído a uma dada disposição legal e, assim, define os limites de vinculação da autoridade administrativa e das jurisdições administrativa e comum.

#### **4. Das Notas Conclusivas**

O legado de uma Corte Constitucional com poderes de cassação da lei para a França é, talvez, das ideias de Sièyes, aquela que mais demorou para encontrar ressonância no pensamento político francês.

Apegada à tradição da soberania do parlamento, a França figurava, até 2008, como uma dos últimos redutos de resistência à universalização da jurisdição constitucional, tal como engendrada no modelo kelseniano ou mesmo no modelo americano.

Diante da reforma constitucional da QPC e da sua regulamentação ulterior, o Conselho Constitucional caminha, firmemente, no sentido de se consolidar como autêntica jurisdição constitucional, encarregada não só da fiscalização constitucional das leis francesas *a priori*, mas também *a posteriori*.

Sua jurisprudência atual permite não só o pronunciamento de ab-rogação imediata e com efeitos gerais da norma inconstitucional, mas a ampla modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, bem como garante efeito útil ao cidadão que suscita a questão constitucional incidentalmente.

A novidade desse *moyen* tem sido bem recebida pela doutrina e pela jurisprudência francesas, ainda que levemente apegadas à doutrina da soberania

---

<sup>46</sup> Comentando a jurisprudência recente, Aurey XAVIER *et al.* afirmam que o Conselho vem julgando constitucionais diversas leis ou disposições sob o abrigo da reserva de interpretação, que equivale, em boa medida, à interpretação conforme à Constituição praticada no direito brasileiro. De forma atenta, porém, anotam, de forma crítica – muito assemelhada, por sinal, à recorrente objeção doutrinária feita no Brasil à atuação do Supremo como legislador positivo – que “*por outro lado, nota-se, em um bom número de julgados, que a fronteira é talvez tênue entre o controle estrito de constitucionalidade da lei e o trabalho de legislador quando o órgão se utiliza da técnica da reserva de interpretação*”. XAVIER, Aurey *et al.* *Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle Française*. 12 Revus J. Const. Theory and Phil. Law, 2010, p. 201.

<sup>47</sup> Os autores descrevem provimentos intermediários nos quais “*o juiz constitucional completa substantivamente a lei: (neles), o legislador poderia ter redigido a frase ao fim do artigo contestado*”. A observação refere-se à decisão 2009-595, de 3 de dezembro de 2009, sobre a Lei Orgânica regulamentadora do art. 61-1 da Carta.

da vontade geral, como se vê da resistência ao controle de constitucionalidade das leis de origem popular (referendárias).

Pouco a pouco, a Nação da Revolução caminha para enxergar que não é possível conceber lei soberana senão aquela que homenageie à Constituição.

### **Referências Bibliográficas**

- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BLANCHER, Philippe. *Droit Constitutionnel*. 3<sup>e</sup> Édition. Paris: Hachette, 2015.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El Control de Convencionalidad: Analisis en Derecho Comparado*. 9 Direito GV L. Review, 2013.
- DRAGO, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Français*. 3<sup>e</sup> Édition. Paris: Thémis Droit, 2011.
- FORMERY, Simon-Louis, *La Constitution Comentée*. Hachette Supérieur, 2015.
- GHEVONTIAN, Richard. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité et le Droit de l'Union Européene: A propos de l'arrêt de la CJUE de 22 juin 2010*. Analele Universitatii din Bucuresti Seria Drept, 2011.
- GUILLAUME, Marc. La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Justice et Cassation, *Revue Anuelle des Avocats au Conseil D'État et à La Cour de Cassation*, 2010.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- HUTIER, Sophie et PHILIPPE, Xavier. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Marseille: Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2011.
- LICHÈRE, François et WEAVER, Russel L. The Remedy of Certiorari. French and U.S. Perspectives. *Stetson Law Review*, 2012-13.
- MAGNO, Xavier. *QPC – La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: NexisLexis, 2013.
- MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Les Grandes Decisions de La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: LGDJ, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil e Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERRAND, Pierre. La Question Prioritaire de Constitutionnalité. 27 *Giornale di Storia Costituzionale*, 2014.

VERPEAUX, Michel. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: Hachette Livre, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução: Ivonne Jean. Brasília. Editora da Universidade de Brasília, 1997.

TUSHNET, Mark. *Taking The Constitution Away From The Courts*. Princeton University Press, 1999.

XAVIER, Aurey *et al.* Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle Française. 12 *Revis J. Const. Theory and Phil. Law*, 2010.

*Artigo recebido em 24 de junho de 2015.  
Artigo aprovado para publicação em 06 de novembro de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.07