

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A POSTERIORI DAS LEIS PELO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

*THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY A POSTERIORI
OF LAWS BY THE FRENCH CONSTITUTIONAL COUNCIL*

Renaud Bourget
(Tradução Fernanda Figueira Tonetto)

Para Nelsoncito

RESUMO

Em março de 2010 entra em vigor na França a revisão constitucional de 23 de julho de 2008 e, com ela, nasce o instituto da Questão Prioritária de Constitucionalidade (Question prioritaire de constitucionalité ou QPC), verdadeiro divisor de águas do sistema de controle de constitucionalidade francês, uma vez que até então o controle preventivo era o único existente. Desse modo, antes da reforma constitucional, não era possível contestar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Partindo desse aspecto, o presente artigo tem por objetivo analisar o novel instituto do QPC, bem como as novas conformações do Conselho Constitucional francês, que entrou na paisagem jurisdicional e passou a atuar como verdadeiro juiz constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. Conselho Constitucional. Questão prioritária de constitucionalidade. Controle preventivo. Controle a posteriori.

ABSTRACT

In March 2010, the constitutional revision of 23 July 2008 enters into force in France and, with it, the institute of the Priority Question of Constitutionality is born (Question prioritaire de constitutionnalité or QPC). It is a real turning point in the French constitutionality control system, since until then preventive control was the only one in existence. Thus, before constitutional reform, it was not possible to challenge the constitutionality of a law that had already come into force. Based on this aspect, the present article aims to analyze the new QPC institute, as well as the new conformations of the French Constitutional Council, which entered the jurisdictional landscape and started to act as a true constitutional judge.

Keywords: constitutionality control. Constitutional Council. Priority issue of constitutionality. preventive control. A posteriori control.

INTRODUÇÃO

Se desde a sua criação pela Constituição da 5ª República de 1958 o Conselho Constitucional não tinha consciência do panorama jurisdicional, todo um setor doutrinário ressalta que esse não é mais o caso desde a entrada em vigor, em 1º de março de 2010, da revisão constitucional de 23 de julho de 2008 relativa à Questão Prioritária de Constitucionalidade (Question prioritaire de constitutionnalité ou QPC).

Com efeito, se o controle da constitucionalidade preventiva, ou Controle *a priori*, era até então o único que existia, desde então o Conselho também exerce um controle *a posteriori* sobre as leis. Trata-se de uma evolução fundamental. Antes da reforma constitucional, não era possível, por um lado, contestar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Por outro lado, ao exercer o seu controle no âmbito do processo legislativo, o Conselho Constitucional foi acusado de agir como um “colegislador” ou um tempero da “terceira câmara”. Portanto, não foi considerado como um órgão jurisdicional, mas como um órgão político.

Desde então surgiram as declarações doutrinárias segundo as quais o Conselho Constitucional entrou na “paisagem jurisdicional” ou que se tornou plenamente “juiz constitucional” ou, ainda, que “é pronunciado como um verdadeiro juiz” e que graças à nova sistemática que oferece

o QPC, que mereceria um exame completo. A verdade é que, quando o controle preventivo era o único existente, o Conselho Constitucional intervinha apenas no processo legislativo - imediatamente após a votação da lei e antes da sua promulgação - enquanto que a via de exceção ou forma acidental agora intervém no âmbito do contencioso ordinário. Em suma, com esta nova forma de controle, o Conselho Constitucional entrou no panorama jurisdicional, uma vez que o processo constitucional que ele permite se desenvolve a partir do processo ordinário, seja ele judicial ou administrativo.

O mecanismo consagrado no artigo 61-1 da Constituição pela reforma de 2008 é simples: por meio do envio pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação, o Conselho Constitucional controla se uma disposição legislativa que já entrou em vigor e que, portanto, é aplicável, viola as liberdades e os direitos constitucionalmente protegidos. Neste caso, um recorrente encontra-se na origem do controle de constitucionalidade exercido, porquanto se formula a questão de constitucionalidade por ocasião de uma instância em curso perante uma jurisdição. Especificamente, o réu pode postular a QPC durante qualquer procedimento perante um tribunal de contencioso administrativo (liderado pelo Conselho de Estado) ou perante a jurisdição (encabeçada pelo Tribunal de Cassação). Além disso, o réu pode levantar a questão em primeira instância, em apelação ou em sede de cassação. A QPC deve sempre ser levantada por escrito mediante argumentos distintos dos demais argumentos tecidos no processo. Dito isto, convém adicionar-se uma série de elementos imprescindíveis a fim de que se formem todos os elementos do referido mecanismo.

1) O CARÁTER PRIORITÁRIO DA QPC

Em primeiro lugar, se qualifica a questão de “prioritária” porque assim determina a Lei Orgânica n°2009-1523 de 10 de dezembro de 2009 (LO 2009) relativa à aplicação do anteriormente citado artigo 61-1 da Constituição. O caráter prioritário da QPC significa que, de um lado, quando o jurisdicionado invoca uma questão de constitucionalidade perante um Tribunal de primeira instância ou uma Corte de Apelação, tal

questão deverá ser examinada com maior brevidade. De outro lado, do caráter prioritário da QPC se retira que quando forem simultaneamente submetidas à jurisdição pedidos relacionados à inconstitucionalidade da lei e pedidos relacionados à inconvenção da lei, tais deverão ser examinados em primeiro lugar.

É preciso lembrar que são os juízes ordinários que exercem o controle de conformidade entre a lei e as convenções internacionais, denominando-se esse último de “controle de convencionalidade”. Para sanar qualquer espécie de dúvida, pode-se acrescentar que o Conselho Constitucional exerce, em virtude do artigo 54 da Constituição o chamado “controle de contrariedade”, que lhe permite se pronunciar sobre a constitucionalidade de um instrumento internacional antes de sua ratificação ou de sua aprovação. Tal procedimento corresponde apenas às jurisdições ordinárias, que devem rechaçar a aplicação de uma disposição legislativa contrária a uma estipulação de um tratado internacional, segundo o que estabelece o artigo 55 da Constituição e mediante o qual “os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados teriam, desde o momento de sua publicação, uma autoridade superior às leis, sob reserva, para acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”.

A prática do contencioso judicial ou administrativo demonstra que não raras vezes uma mesma disposição legislativa pode ser impugnada simultaneamente, tanto pelo aspecto de sua constitucionalidade quanto em razão de sua convencionalidade¹. Tal será o caso quando um jurisdicionado sustentar que uma disposição legislativa restritiva da liberdade de expressão ou de imprensa for contrária ao artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim como ao artigo 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Como sustentam Michel Troper y Francis Hamon, o controle de constitucionalidade poderia então dar lugar a um resultado definitivo e relativamente espetacular, posto que se o Conselho Constitucional, depois de exigido, declarasse inconstitucional a previsão legislativa contestada, a mesma seria revogada, enquanto o controle da convencionalidade permite somente evitar aplicá-lo no caso particular. Por outro lado, este último controle permitiria solucionar mais rápido o conflito pendente

já que o juiz do caso teria igualmente competência para se pronunciar sobre a exceção de inconveniência e tendo em vista que, por isso, não necessitaria suspender o procedimento para submeter uma questão prejudicial. Resulta do exposto que os tribunais sobrecarregados que pretendessem reduzir seu atraso e dos jurisdicionados que estivessem em busca de uma solução rápida e menos dispendiosa teriam, ambos, que privilegiar a rota de controle da convencionalidade.

Sem embargo, esta opção processual iria de encontro a um dos objetivos da reforma constitucional de 2008, a saber, a revalorização da Constituição como sendo uma norma de referência. Por este motivo, o artigo 23-2 da LO 2009 estabeleceu que “a jurisdição requerida deve, quando se invocam motivos questionando a conformidade de uma disposição legislativa com, de um lado, os direitos e liberdades garantidos pela Constituição e, por outro lado, os compromissos internacionais da França, pronunciar-se com prioridade sobre a transmissão da questão de constitucionalidade ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação”. Ainda, o artigo 23-5 da mesma LO 2009 prevê idêntica solução para as Cortes Supremas ao estabelecer que “o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação deve, quando se invocam motivos questionando a conformidade de uma disposição legislativa com, de uma parte, os direitos e liberdades garantidos pela Constituição e, de outra parte, os compromissos internacionais da França, pronunciar-se com prioridade sobre a transmissão da questão de constitucionalidade ao Conselho Constitucional”. Ao fim das contas, se qualifica a qualifica a QPC de “prioritária” relativamente ao controle de convencionalidade.

2) A QPC PERMITE IMPUGNAR UMA “DISPOSIÇÃO LEGISLATIVA”

Em segundo lugar, a QPC sendo o direito reconhecido a qualquer pessoa, que seja parte em um processo ou em uma instância perante uma jurisdição, de afirmar que suas liberdades e direitos amparados pela constituição são vulnerados por uma “disposição legislativa”, deverá ela indicar o que entende por esta última fórmula. A expressão “disposição

legislativa” reenvia a um texto adotado pela autoridade titular do poder legislativo. Por essa razão, trata-se essencialmente de um texto votado pelo Parlamento: lei, lei orgânica ou decreto ratificado pelo Parlamento e gozando, deste modo, do status de lei. A disposição impugnada pode ser também uma lei do país adotada Assembleia da nova Caledônia, mas não pode ser uma lei adotada pela Assembleia da Polinésia Francesa. Com efeito, se a ordem jurídica francesa reconhece à primeira a natureza de ato legislativo com caráter regional que, nesse caso, pode ser impugnada perante o Conselho Constitucional, de outro lado atribui à segunda o caráter de ato administrativo de cunho regional cujo controle pertence ao Conselho de Estado². Na mesma ordem de ideias, os decretos que não tenham sido ratificados, as ordens ou resoluções individuais, não podem dar lugar a uma QPC, porquanto são atos administrativos cujo controle pertence ao juiz do contencioso administrativo.

O Conselho Constitucional não controlará uma disposição legislativa aprovada por referendo posto que considera, desde a decisão nº62-20 DC de 6 de novembro de 1962, que uma lei adotada segundo esta via manifesta uma “expressão direta da soberania nacional”: Resulta do espírito da Constituição que o Conselho Constitucional é um órgão regulador da atividade dos poderes públicos e que leis que a Constituição desejou submeter [ao controle de constitucionalidade] são unicamente as leis votadas pelo Parlamento e em nenhum caso as leis que, ao serem adotadas pelo povo no marco de um referendo, constituem a expressão direta da soberania nacional”. Não controlará tampouco uma lei de revisão constitucional que, pela sua essência mesma, é contrária à Constituição vigente já que pretende justamente modificá-la seguindo, para isso, um procedimento adequado³.

Como bem transparece, aa QPC é fundamentalmente distinta do recurso de amparo, tal qual existe na Espanha. Conforme o estabelecido na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC) este último não se dirige contra atos legislativos, mas apenas contra decisões parlamentares (art. 42 LOTC), decisões governamentais e administrativas (art. 43), e decisões judiciais (art. 44). É possível, conforma o permite o artigo 55-2 da LOTC que o Tribunal Constitucional espanhol pode recorrer à chamada “auto-cuestión de inconstitucionalidad”: se a inconstitucionalidade da

decisão impugnada resulta do carácter inconstitucional da lei na qual dita decisão se funda, a Turma que examina o recurso de amparo deve então avocar esta lei ante O Tribunal Pleno que exerce o controle de constitucionalidade de normas com nível legal.

Isto dito, permanece uma diferença fundamental: se toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor Público ou o Ministério Público podem interpor um recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional, somente uma pessoa que seja parte em um processo ou em uma instância perante uma jurisdição pode aduzir uma QPC. Ademais, ver-se-á mais adiante, o jurisdicionado não pode recorrer diretamente ao Conselho Constitucional já que a questão prioritária de constitucionalidade deve ser interposta durante um processo em curso perante uma jurisdição do contencioso judicial ou do contencioso administrativo.

3) OS “DIREITOS E LIBERDADES GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO”

Em terceiro lugar, a QPC permite a qualquer jurisdicionado afirmar que uma disposição legislativa vulnera “as liberdades e direitos garantidos pela Constituição”. Esses últimos são os direitos e liberdades consagrados no chamado “bloco de constitucionalidade” desenhado pelo próprio Conselho Constitucional na decisão n°71-44 de 16 de julho de 1971 sobre a liberdade de associação, integrada pela Constituição da V República tal e qual havia sido modificada em várias ocasiões desde a sua entrada em vigor em 4 de outubro de 1958, assim como os textos a que remete seu preâmbulo, a saber: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946, os princípios fundamentais reconhecidos pela lei da República que o preâmbulo da Constituição de 1946 nomina, mas ainda assim sem determinar seu conteúdo – deixando, assim, essa atividade interpretativa ao Conselho Constitucional – e, para terminar, a mais recente Carta do meio ambiente de 2004. Todos esses textos formam parte das normas constitucionais de referência e podem

ser assim invocadas no marco do controle de constitucionalidade tanto *a priori* como *a posteriori*.

4) AS CONDIÇÕES PARA RECORRER AO CONSELHO CONSTITUCIONAL MEDIANTE UMA QPC

Em quarto lugar, a LO 2009 precisou que os critérios para submeter uma QPC ao exame do Conselho Constitucional são três: 1º) A disposição legislativa criticada deve ser aplicada ao litígio ou procedimento, ou constituir o fundamento do expediente ou ações judiciais em matéria penal; 2º) A disposição legislativa criticada não deve ter sido declarada anteriormente pelo Conselho Constitucional como conforme à Constituição; 3º) A questão deve ter caráter importante.

Quando o jurisdicionado que seja parte em um processo ou em uma instância pretende que uma disposição legislativa que a ele se aplica vulnera sus liberdades e direitos constitucionais tutelados, será a jurisdição encarregada do processo, ou em matéria penal o juiz encarregado da instrução, quem procederá com brevidade a um primeiro exame para determinar se a questão é admissível e se estão cumpridos os três critérios estabelecidos pela LO 2009. A denegação por parte da jurisdição de primeira instância ou de apelação de transmitir a QPC ao Conselho Constitucional poderá ser impugnada tão-somente mediante o exercício de um recurso de apelação (se a denegação se der em um tribunal de primeira instância) ou de cassação (se a denegação for de uma corte de apelação), dirigido contra a sentença pronunciada sobre o mérito da demanda pela jurisdição perante a qual se opôs a QPC.

No caso de estarem reunidos os três critérios anteriormente citados, a jurisdição transmitirá a QPC ao Conselho de Estado, se pertencente a demanda à ordem do contencioso administrativo; transmitirá à Corte de Cassação se pertencente à ordem judicial. O Conselho de Estado ou a Corte de Cassação procederá então a um exame mais profundo da QPC e, confirmando-se que os três critérios consagrados pela LO 2009 se reúnem ou não, decidirá ou não por transmitir a QPC ao exame do Conselho Constitucional. Convém acrescentar que a LO 2009 reforça a

exigência relativa ao terceiro critério quando uma das Cortes supremas examina a QPC, caso em que não mais se exige que a questão seja de “caráter sério”, mas sim que “seja nova ou apresente um caráter sério”. De outro lado, a denegação por parte do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação de transmitir a QPC ao Conselho Constitucional constitui-se em uma decisão irrecorrível.

5) AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

Quando o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação transmite uma QPC ao Conselho Constitucional, este último deverá pronunciar-se no marco de um procedimento contraditório dentro de um prazo de três meses. As hipóteses que restam a examinar são simples: ou o Conselho Constitucional declara que a disposição legislativa impugnada é conforme à Constituição, ou declara que é contrária.

No primeiro caso, a disposição legislativa recorrida continua em vigor no sistema legal. A jurisdição deve aplicar-se ao jurisdicionado desde que não o considere incompatível com a previsão de um tratado internacional. No segundo caso, o artigo 62 da Constituição estabelece que a decisão do Conselho Constitucional terá o efeito de revogar a disposição legislativa impugnada, a qual, portanto, desaparecerá do sistema legal. O Artigo 62 acrescenta que a revogação ocorre a partir da publicação da sentença ou em uma data posterior que o próprio Conselho Constitucional estabelece em seu julgamento por razões de segurança jurídica e manutenção da ordem pública.

Concretamente, esta modulação temporária do efeito do acórdão preserva a competência do Parlamento, ao mesmo tempo que lhe permite intervir de forma legislativa dentro de um prazo razoável⁴. Foi este o caso quando o Conselho Constitucional declarou inconstitucionais as disposições legislativas relativas ao sistema comum de detenção da segurança social (“garde à vue”), porque o direito à assistência efetiva de um advogado e o direito de permanecer em silêncio não eram conhecidos (decisão n° 2010-14 / 22 de 30 de julho de 2010). Ele decidiu adiar

a revogação para evitar que tanto o réu que tinha levantado o QPC e todas as outras pessoas sob custódia estivessem em uma situação de incerteza jurídica pela súbita revogação das regras que regem seu status. Finalmente, o Artigo 62 da Constituição também permite que o Conselho Constitucional determine as condições e limites em que os efeitos que a disposição inconstitucional produz podem ser contestados⁵.

NOTAS

- ¹ HAMON (Francis) y TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, 34a ed., Lextenso, Paris, 2013, n°778, p. 689.
- ² BOURGET (Renaud), « A propos de deux spécificités juridiques polynésiennes : les notions de “Loi du pays” et de motion constructive de renvoi budgétaire », in *Revue Française de Finances Publiques*, n°120, noviembre de 2012, p. 149 à 164 ; « La taxe sur les infrastructures électriques et de télécommunications aériennes a-t-elle été instituée régulièrement par la Collectivité de Saint-Barthélemy ? (CE, n°358701, 16 octobre 2013) », in *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n°12/13, diciembre 2013, p. 839 à 843
- ³ CARCASSONNE (Guy) y DUHAMEL (Olivier), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, 2^{da} ed., Dalloz, Paris, 2015, p. 78 ; ARDANT (Philippe) y MATHIEU (Bertrand), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 25^a Lextenso, 2013, Paris, n°176, p. 104-105.
- ⁴ JAN (Pascal), “Le procès constitutionnel”, in T. RENOUX (dir.), *La justice en France*, col. Les notices, La documentation Française, Paris, 2013, p. 260.
- ⁵ Artículo 62: “No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61. Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse. Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”.

Recebido em: 9-11-2020

Autor convidado

Renaud Bourget

Bacharel em Derecho pela Université Panthéon Assas Paris 2, onde também obteve um DEA em Filosofia do Direito e em Direito Público Financeiro. Doutor em direito pela mesma universidade. Professor titular de Direito Público na Escola de Direito da Sorbonne (Université Panthéon Sorbonne Paris 1) e pesquisador no Instituto de Investigação Jurídica da Sorbonne (Paris 1) e no Centro de Direito Público Comparado (Paris 2). Durante vários anos foi professor convidado na Universidad de Navarra e na Universidad de Barcelona, na Espanha, e atualmente é Professor convidado na Pontificia Universidad Católica del Perú e na Universidad Santo Tomas em Colombia, assim como conferencista e experto em diversas universidades e instituições colombianas, venezuelanas, argentinas, mexicanas, peruanas, bolivianas, dominicanas, italianas e espanholas. Presidente da Seção francesa do Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC-Francia). É autor, entre outros, de *La science juridique et le droit financier et fiscal*, prólogo (fr/cast) de E. SIMON ACOSTA, Dalloz, Paris, 2012, XXV+1347 p.; de *La clemencia en la Ciencia jurídica. Ensayo de dogmática jurídico-comparada sobre la amnistía y el indulto*, prólogo de L. BURGORGUE-LARSEN, Editorial Temis, noviembre del 2018, Bogotá, X+170 p.

Fernanda Figueira Tonetto (tradução)

Doutora em Direito pela Université Paris II Panthéon-Assas - France. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – Brasil. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores– Brasil. Contato: fernandafigueiratonetto@gmail.com

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 Place du Panthéon, 75231 Paris, França

